



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL

2 DE NOVIEMBRE DE 2021

EL CONTENIDO DE ESTE BOLETÍN ES DE CARÁCTER INFORMATIVO, SE RECOMIENDA REVISAR DIRECTAMENTE LA PROVIDENCIA O EL VIDEO.

EL DOCUMENTO SE ENCUENTRA EN LA PÁGINA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/relatoria-tribunal-superior-de-bogota/44>

SALA CIVIL

RETICENCIA	PÁG 3 - 8
CONTRATO DE MUTUO	PÁG 8 - 15
RESPONSABILIDAD CIVIL PRECONTRACTUAL	PÁG 15 - 22
RESPONSABILIDAD MÉDICA	PÁG 22 - 35
PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA DE DOMINIO	PÁG 35 - 38
AFECTACIÓN VIVIENDA FAMILIAR	PÁG 38 - 51
PERTENENCIA	PÁG 51 - 54
INFRACCIÓN MARCARIA	PÁG 54 - 58

SALA FAMILIA

REIVINDICATORIO	PÁG 58 - 60
ADOPCIÓN MAYOR DE EDAD	PÁG 60 - 64
INDIGNIDAD	PÁG 64 - 70

SALA LABORAL

RELIQUIDACIÓN PENSIONAL – RÉGIMEN DE TRANSICCIÓN	PÁG 70 - 75
ACCIDENTE DE TRABAJO – CULPA PATRONAL	PÁG 75 - 83
ACCIÓN DE REINTEGRO – FUERO SINDICAL	PÁG 83 – 88
COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL - UNIDAD DE EMPRESA	PÁG 88 - 96

SALA CIVIL

RETICENCIA

MP DRA. RUTH ELENA GALVIS VERGARA

RADICADO: 11001319900320190012602

Tesis: Ante este panorama fáctico, jurisprudencial y normativo para el asunto examinado al haber el señor Carlos Bermúdez ocultado información sobre su estado de salud al momento de hacer la declaración de asegurabilidad, faltó a los deberes que el contrato le imponía y de ello se sigue la consecuencia consagrada en el artículo 1058 del Código de Comercio, esto es, la nulidad relativa del contrato, tal y como lo concluyera el juzgador de primera instancia, toda vez que al haber encubierto información tan valiosa como la que aquí se destacó hubiera cambiado sustancialmente las condiciones del contrato de seguro o no se hubiese celebrado.

Descriptor: Reticencia - prescripción y nulidad.

ANTECEDENTES

1. El señor Carlos Bermúdez De La Hoz presentó acción de protección al consumidor financiero contra BBVA Colombia S.A. y BBVA Seguros de Vida Colombia S.A., con el fin de que se hicieran las declaraciones y condenas, que en la reforma de la demanda se fijaron así: “Que se obligue a la compañía BBVA Seguros de Vida Colombia S.A. a reconocer su responsabilidad ante la omisión planteada en los hechos, y que como consecuencia de ello se declare responsable y asuma el saldo insoluto de las obligaciones No. 938-9600222791, 938-9600257391, 938-96002600809, 938-9600261732, 938-9600262011, 938-5000635372 y 938-5000703634, contraídos por el señor Carlos Bermúdez de la Hoz con la entidad bancaria BBVA Colombia S.A. en virtud de la póliza seguro de vida/grupo deudores No. VGD0110043.

Que como consecuencia de lo anterior, la entidad (...) BBVA Colombia devuelva a favor de mi representado, las cuotas pagadas a partir de la fecha de estructuración de su invalidez, es decir, desde el 17 de septiembre de 2015, referente a las obligaciones No. 938-9600222791, 938-9600257391, 938-96002600809, 938-9600261732, 938-9600262011, 938-5000635372 y 938-5000703634.

Declárese que además del reconocimiento del saldo insoluto de las obligaciones, las demandas (sic) deben pagar al señor Carlos Bermúdez de la Hoz, intereses comerciales moratorios a la tasa máxima señalada por la Superintendencia Bancaria aumentada a la mitad, sobre la suma correspondiente a la indemnización por el siniestro, desde el día 22 de junio de 2017, fecha en la que venció el término de un mes otorgado por la ley comercial para dar contestación a la reclamación presentada, lo anterior, conforme al artículo 1081 del Código de Comercio Colombiano” 2. La causa petendi se compendia esencialmente así:

2.1. Al demandante le fueron otorgados los siguientes productos financieros i) tarjeta de crédito No. 938- 5000635372, ii) crédito de comercio No. 938- 9600222791, iii) tarjeta de crédito 938-5000703634, iv) crédito de consumo 938-9600257391, v) crédito de consumo 938-9600260809, vi) crédito de consumo 938- 9600261732, vii) crédito de consumo 938-9600262011, viii) 938-5000635372 y ix) 938-5000703634; obligaciones respaldadas por la póliza de vida grupo deudores No. 0110043, expedida por BBVA Seguros de Vida Colombia S.A.

2.2. El demandante fue incapacitado de forma total y permanente como indica el dictamen para la calificación de pérdida de capacidad laboral y determinación de invalidez No. 6556, del 14 de marzo de 2017 expedido por la Junta de Calificación de Invalidez del Cesar en la que se fijó una PCL del 53,60% de origen común, con los diagnósticos de “enfermedad de parkinson, enfermedad mixta de tejido conectivo, hipertensión esencial y trastorno depresivo mayor recurrente” con fecha de estructuración 17 de septiembre de 2015.

2.3. El 22 de mayo de 2017 presentó ante las demandadas reclamación directa, y mediante oficio del 27 de junio de 2017, pero notificada el 2 de octubre del mismo año, BBVA Seguros manifestó que en relación con las obligaciones 9600262011 y 9600257391, y de acuerdo con la historia médica registrada en el dictamen de pérdida de la capacidad laboral del 14 de marzo de 2017, encontró que el señor Bermúdez de la Hoz tenía antecedentes de “hipertensión arterial en tratamiento con losartan de acuerdo a la historia médica del 17 de septiembre de 2015 y cuadro de síndrome depresivo bipolar, teniendo en cuenta la epicrisis por psiquiatría del 29 de enero de 2010, con antecedentes de depresión bipolar marcada” y que al diligenciar la solicitud de seguro de 31 de enero de 2017 y 3 de noviembre de 2016 respectivamente, omitió declarar dicha patologías.

En igual sentido, sobre las obligaciones 9600261732 y 960026089, manifestó que el actor negó las enfermedades descritas en las

declaraciones de asegurabilidad suscritas el 31 y 5 de enero de 2017 respectivamente.

Sobre los productos financieros No. 938-5000635372 y 938-5000703634 no hizo pronunciamiento.

2.4. En las fechas de suscripción de las pólizas, el demandante le otorgó consentimiento a BBVA Seguros de Vida Colombia S.A., lo que significa que el asegurado asume el riesgo de las condiciones en las que se halle, sin que luego pueda reclamar reticencia cuando ni siquiera hubo una declaración espontánea. Además, que la citada compañía no practicó ningún tipo de examen médico con el fin de determinar el estado de salud del tomador.

2.5. BBVA Colombia S.A. inició proceso ejecutivo contra el señor Bermúdez el cual se adelanta ante el Juzgado 3° Civil del Circuito de Valledupar, radicado 20001 31 03 2017 00195 00, pese a tener conocimiento del hecho anterior.

3. La demanda fue admitida el 6 de febrero de 2019; posteriormente, en auto del 28 de noviembre de ese año se aceptó la reforma de la demanda.

3.1. BBVA Seguros de Vida Colombia S.A. contestó y formuló las excepciones de “El dictamen pericial elaborado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del César, bajo ninguna circunstancia puede acreditar la realización del riesgo asegurado; Nulidad de las vinculaciones al contrato de seguro como consecuencia de la reticencia del asegurado; Inexistencia de obligación a cargo de la aseguradora de practicar y/o exigir exámenes médicos en la etapa precontractual; La acreditación de la mala fe no es un requisito de prueba para quien alega la reticencia del contrato de seguro; BBVA Seguros de vida S.A. tiene la facultad de retener la prima a título de pena como consecuencia de la declaratoria de la reticencia del contrato de seguro; prescripción: aplicación del artículo 58 numeral 3 de la ley 1480 de 2011; prescripción de la acción derivada del contrato de seguro; genérica o innominada y otras”.

3.2. BBVA Colombia contestó y formuló las excepciones “falta de legitimación en la pasiva de BBVA Colombia; Dolo o culpa exclusiva del consumidor financiero; improcedencia de la demanda por existir proceso ejecutivo previo; genérica”

4. La primera instancia culminó con sentencia que negó la totalidad de las pretensiones y declaró probadas las excepciones de “nulidad de las vinculaciones al contrato de seguro como consecuencia de la reticencia del

asegurado; prescripción de la acción derivada del contrato de seguro; el riesgo asegurado bajo la póliza VGD es la calificación más no la estructuración de la incapacidad total y permanente” propuestas por BBVA Seguros de Vida Colombia S.A., y de oficio la “Falta de acreditación de los elementos esenciales de responsabilidad del Banco BBVA Colombia S.A.”

EL RECURSO Y SUS FUNDAMENTOS

Indicó el apelante que no se probó que el señor Bermúdez de La Hoz actuara de forma reticente, pues él manifestó las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que firmó las pólizas, es decir, que fue abordado a las afueras del consultorio de forma intempestiva. De igual forma, la aseguradora no probó que cumplió con su deber de informar la cancelación del contrato; aunado a que las respuestas a las reclamaciones fueron emitidas por fuera del término legal establecido.

Se desestimaron las pruebas recaudadas encaminadas a probar el deber de información del asegurado, pues ello no ocurrió.

Finalmente, no comparte el argumento del fenecimiento de la oportunidad para alegar la excepción de reticencia planteada por la compañía BBVA Seguros.

ANÁLISIS DE LA SALA

1. Los presupuestos procesales se han reunido cabalmente y no se observa vicio generador de nulidad de lo actuado y, por ende, se impone emitir una sentencia de fondo.

2. Circunscrita la competencia de la Sala, en los términos de los artículos 320, 327 y 328 de la ley 1564 de 2012, a los puntuales aspectos materia de reparo frente a la decisión de primer grado, sustentados ante esta Colegiatura, el pronunciamiento se concretará a establecer si le asiste o no la razón al apelante.

3. Como primer aspecto a resaltar, es que nada se dijo en la apelación sobre la prescripción declarada sobre las obligaciones 938-5000635372 y 938-5000703634, por lo que sobre el tópico no se hará análisis alguno.

4. En lo que tiene que ver con la oportunidad para alegar la prescripción de la reticencia, conviene destacar preliminarmente que el artículo 1081 del Código de Comercio prevé: “La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria. La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da

base a la acción. La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho. Estos términos no pueden ser modificados por las partes”.

En virtud de las pautas contenidas en la norma recién citada, no resultan necesarias mayores explicaciones para justificar el éxito de la defensa que formuló la aseguradora, esto es, la nulidad relativa (por reticencia) del contrato de seguro y la prescripción de la acción.

En armonía con la que consagra el artículo 1058 del mismo estatuto mercantil, sobre el tema la Corte sostuvo:

“cuando se está en frente de acciones ‘derivadas del contrato’, como sucede con la de reconocimiento de la indemnización a que tiene derecho el beneficiario, el momento a partir del cual ha de correr contra él la prescripción ordinaria, es distinto al que ha de tenerse en cuenta para computar idéntica prescripción contra el asegurador en el supuesto de que éste, apoyado en acciones ‘derivadas de la ley’, demande o excepcione, según el caso, la nulidad relativa del contrato de seguro por inexactitud o reticencia del tomador en la declaración de asegurabilidad, pues en estos supuestos ‘el hecho que da base a la acción’ o el nacimiento del ‘respectivo derecho’ es necesariamente diferente.

En efecto, en el primer caso (‘acciones derivadas del contrato’), el término prescriptivo ordinario correrá a partir del conocimiento -real o presunto- y el extraordinario a partir del acaecimiento del siniestro; mientras que en el segundo caso (‘acciones derivadas de la ley’), operará a partir del momento en que el asegurador conoció o debió conocer el hecho generador de la rescisión del contrato, es decir la inexactitud o reticencia comentadas (...). Lo propio debe decirse en torno a la excepción de nulidad emergente de las citadas circunstancias, toda vez que ésta es disciplinada, igualmente, por el artículo 1.081 del C. de Co., así la norma se refiera, lato sensu, a las acciones, vocablo dentro del cual, en línea de principio, deben quedar cobijadas este tipo de excepciones (...).”.

En este asunto, observa la Sala que por lo menos desde el 6 de septiembre de 2017, la aseguradora ya tenía conocimiento del “hecho que da base a la acción” de nulidad (es decir, la reticencia), pues fue en esa calenda que objetó la reclamación por reticencia, al paso que el escrito de excepciones se radicó ante el juez de primera instancia el **5 de abril de 2019**, es decir, dentro de los dos años que prevé la

norma.

Anduvo afortunado entonces el juez de primera instancia al negar el argumento de la actora de cara a la prescripción de la reticencia, pero no por las razones expuestas, sino por las aquí descritas.

4. Ahora bien, pasando a analizar la nulidad por reticencia que dice el recurrente no se configuró; como primera medida necesario es recordar que el contrato de seguro, según el artículo 1036 ídem, “es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva.”, cuya característica “...es la transmisión de un riesgo mediante el pago de una prima y por el hecho de recibir ese precio el asegurador asume sobre su propio patrimonio el riesgo que gravitaba en el patrimonio del asegurado”, su esencia es indemnizatoria, pues, con él se busca restablecer la situación económica afectada por un siniestro, sin que pueda constituirse para el asegurado en una fuente de enriquecimiento.

Por su parte el artículo 1058 del mismo estatuto, indica que es obligación del tomador del seguro informar con claridad y sinceridad los hechos determinantes del estado del riesgo, declaración que es aspecto de vital importancia en el contrato de seguro, pues es el mecanismo que permite al asegurador conocer las peculiaridades propias del hecho futuro e incierto cuya cobertura va a asumir, siendo esto determinante en su decisión de negociarlo o no, teniendo en cuenta la conveniencia de dicha contratación. Ha manifestado la Corte Suprema de Justicia respecto a esta carga que:

“... la obligación del tomador de pronunciarse sinceramente frente al cuestionario que le formula el asegurador con el fin de establecer el estado del riesgo, no tiene por fuente misma dicho contrato sino que opera en la fase previa a su celebración ya que su objetivo es el de garantizar la expresión inmaculada de la voluntad del primero de consentir en dicho vínculo, de abstenerse de hacerlo, o de contraerlo pero bajo condiciones más onerosas.

“4.2. No importan, por tanto, los motivos que hayan movido al adquirente para comportarse sin fidelidad a la verdad, incurriendo con ello en grave deslealtad que a su vez propicia el desequilibrio económico en relación con la prestación que se pretende de la aseguradora, cuando se le ha inquirido para que dé informaciones objetivas y de suficiente entidad que le permitan a ésta medir el verdadero estado del riesgo; sea cual haya sido la razón de su proceder, con intención o con culpa; lo cierto es que la consecuencia de su actuar afecta la formación del contrato de seguro, por lo que la ley impone la posibilidad de

invalidarlo desde su misma raíz.

4.3. Es palmario que el legislador quiso arropar la falta de sinceridad del contratante y su obrar contrario a la buena fe, bajo la sanción de la nulidad relativa, con lo cual, en ejercicio de una actividad que le es propia y para la cual se halla facultado, construyó un régimen particular que inclusive alcanza a superar en sus efectos el ordenamiento común de los vicios del consentimiento, frente al que, tal como fue instituido en el citado artículo 1058, no puede el intérprete hacer distingos, observándose que el vicio se genera independientemente de que el siniestro finalmente no se produzca como consecuencia de los hechos significativos, negados u ocultados por quien tomó el seguro.”

Se trata entonces, de una carga u obligación que se fundamenta en la buena fe, puesto que, tal y como lo declaró la demandada en su contestación “... de haber sido conocidas en el momento oportuno por ésta última [aseguradora] esto es, con anterioridad a las inclusiones del contrato de seguro, la hubieran traído de celebrar las mismas, o por lo menos, la hubiere inducido a pactar condiciones mucho más onerosas en ellas”. Esta situación reviste importancia en virtud de la libertad contractual y la igualdad, en este sentido dijo la Corte “un contratante no puede quebrar la igualdad, ni tomar ventaja de la ignorancia del otro, especialmente si la ausencia de información de uno de ellos está originada en el silencio del otro que oculta información disponible, información que por ser esencial debe brindarse oportuna y cumplidamente. En la etapa importantísima de formación del contrato de seguro, cuando el asegurador se apresta a brindar la protección, está a merced del asegurado, pues normalmente para estimar el estado de riesgo, aquel requiere de información de ordinario reservada, puesto que la salud personal viene a estar asociada a la intimidad del asegurado”.

Así, en los seguros de vida, cuando el tomador asegurado omite el deber de informar sinceramente su estado de salud y antecedentes médicos, incurre en la reticencia o inexactitud de la declaración del estado del riesgo, las cuales afectan el contrato, más exactamente el pago de la indemnización por parte del tomador, ya sea para negarla o para reducirla.

5. En el sub lite, la parte demandada sostiene que el contrato de seguro materializado en la póliza No. VGDB 0110043 está viciado de nulidad relativa derivada de la reticencia en que incurrió la demandante al diligenciar las declaraciones de asegurabilidad de manera incompleta y faltando a la verdad, argumento al que se opone la parte recurrente al manifestar que era deber de la aseguradora realizar exámenes previos, situación que la inhabilita

para invocarla como causal de nulidad, además, en criterio de la actora debió darle toda la información necesaria sobre la declaración del estado de salud.

No pierde de vista la Sala que el solo hecho de callar información, de suministrarla de forma incompleta o distorsionada, entre otros, no genera la nulidad relativa, puesto que no toda reticencia tiene poder de viciarlo; sin embargo, realizando un estudio detallado de las pruebas allegadas al plenario, se constata que para los días 27 de octubre de 2014, 3 de noviembre de 2016, 5, 26 y 31 de enero de 2017, datas en las que el accionante suscribió las declaraciones de asegurabilidad para ser incluido en el contrato de seguro de vida grupo deudores, se le formularon varias preguntas claras, con redacción sencilla, de fácil comprensión a las que respondió negando padecer enfermedades de hipertensión arterial, cuadro de trastorno bipolar, artrosis no especificada, y polimialgia reumática.

Las citadas respuestas negativas constituyen una falta a la verdad que da lugar a la aplicación del artículo 1058 del Código de Comercio, y así la nulidad de las vinculaciones.

Ahora, de cara a la afirmación del apelante de que fue abordado por fuera del establecimiento de comercio, y que no fue informado correctamente sobre lo que iba a suscribir realmente no fue probado, por el contrario el mismo demandante en el interrogatorio que absolvió aceptó haber leído las condiciones de la póliza de seguro, pese a haber negado y dudado en otras oportunidades sobre ello, conducta procesal que bien calificó el a quo.

En todo caso, no existe explicación alguna para que hubiese suscrito las declaraciones de asegurabilidad referidas, cada una en fecha distinta, pero en todas ellas distorsionando la realidad de su conocido estado de salud personal.

En realidad, el actor tenía pleno conocimiento de su estado de salud, tanto es así que el 28 de septiembre de 2015 llevó a la consulta con el ortopedista una RMN (resonancia magnética nuclear) que reportó “trastorno de disco cervical + espondilosis + radiculopatía, siguen medicamentos específicos.”; el 17 de septiembre de 2015 se documentó “HTA en tratamiento losartan + artrosis de columna lumbrosacra, cuadro de síndrome depresivo bipolar”. En la epicrisis de psiquiatría del 29 de enero de 2010 citada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Cesar se transcribió “irritabilidad, depresión bipolar (...) insomnio mixto, solo toma el medicamento por mes, falta de interés, ideas de minusvalía (...)”, enfermedades que no fueron declaradas para tomar el seguro.

Adicionalmente, como bien lo hizo el juez de primera instancia, es del caso valorar las respuestas evasivas del demandante al momento de ser cuestionado sobre hace cuánto tomaba medicamentos para la tensión, a lo que respondió “no sé responderle, no me acuerdo”; y negó tener tratamientos médicos y farmacológicos mientras que lo descrito anteriormente evidencia que por lo menos en el 2010 tomaba fármacos para problemas mentales, y desde el 2014 para hipertensión arterial.

Valga aclarar que la declaración de asegurabilidad “puede ser dirigida o espontánea. La primera se traduce en un cuestionario concreto sobre lo que es relevante para el asegurador en relación con la situación de riesgo. La espontánea se expresa en una solicitud genérica de información que el asegurador plantea al tomador sobre hechos y circunstancias del riesgo que a juicio del solicitante resulten significativas para el asegurador. En ambos casos el deber de información existe, pero en el segundo, o sea el de la declaración espontánea, necesaria y lógicamente se morigera su severidad, y por ende se reduce el nivel de exigencia para la configuración de la reticencia o la inexactitud como causales de nulidad relativa del contrato...”. Lo que se traduce en que debe ser aún más estricto el análisis de la actitud del señor Carlos Bermúdez al ocultar información sobre su estado de salud que le fue preguntada específicamente y de la cual tenía plena conciencia de su padecimiento.

Así las cosas, la obligación del tomador de “declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado de riesgo, **según el cuestionario** que le sea propuesto por el asegurador” (negrilla por fuera del texto), no aparece cumplida. Sobre el tema, advirtió la Corte:

“(…) La información suministrada en los cuestionarios que se responden en el umbral de la relación aseguraticia, permite que la aseguradora conozca “la extensión de riesgos que va a asumir en virtud del contrato, [los cuales] tienen importancia jurídica porque determinan o precisan el límite de las obligaciones recíprocas de los contratantes. Cuando el asegurador, en esos cuestionarios, hace una pregunta, ésta tiene el sentido de que el hecho a que se refiere es considerado por él como esencial para determinar su consentimiento en el contrato, en cambio, otros hechos que el asegurador pasa en silencio deben considerarse como que no tiene importancia para él, según experiencia en la materia de los riesgos sobre que versa el seguro” (LXXVII, pág. 17, reiterado en G.J. CLII, pág. 265, también en Sent. Cas. Civ. de

30 de noviembre de 2000, Exp. No. 5743 y 19 de julio de 2005, Exp. No. 5665-01).”.

5.1. Sumado a lo anterior, es claro que para realizar el dictamen de pérdida de capacidad laboral, la Junta Regional diagnosticó como deficiencia “enfermedad de parkinson, enfermedad mixta de tejido conectivo (deficiencia por enfermedad del tejido conectivo que afecta hombros, rodillas, columna lumbrosacra y columna vertebral), hipertensión esencial, trastorno depresivo mayor recurrente” y la calificó con un porcentaje de 53.60%¹³, además en los antecedentes médicos se refirió “Epicrisis de ortopedia (...) 28 de septiembre de 2015: trastorno de disco cervical + espondilosis + radiculopatía (...) HTA en tratamiento con losartan + artrosis de columna lumbrosaca, cuadro de depresión bipolar (...) Dra. Sangra Clavijo del 29 de enero de 2010: Irritabilidad, depresión bipolar (...)”

Ante este panorama fáctico, jurisprudencial y normativo para el asunto examinado al haber el señor Carlos Bermúdez ocultado información sobre su estado de salud al momento de hacer la declaración de asegurabilidad, faltó a los deberes que el contrato le imponía y de ello se sigue la consecuencia consagrada en el artículo 1058 del Código de Comercio, esto es, la nulidad relativa del contrato, tal y como lo concluyera el juzgador de primera instancia, toda vez que al haber encubierto información tan valiosa como la que aquí se destacó hubiera cambiado sustancialmente las condiciones del contrato de seguro o no se hubiese celebrado.

6. En la evaluación del caso, no puede perderse de vista que desde la propia Carta Política en su canón 78, se consagró la protección de los consumidores, y acerca de ese derecho la Corte Constitucional ha puntualizado:

“La Constitución ordena la existencia de un campo de protección en favor del consumidor, inspirado en el propósito de restablecer su igualdad frente a los productores y distribuidores, dada la asimetría real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas. Sin embargo, la Constitución no entra a determinar los supuestos específicos de protección, tema este que se desarrolla a través del ordenamiento jurídico. **El programa de protección, principalmente, se determina a partir de la ley, los reglamentos y el contrato. Es claro que la fuente contractual debe interpretarse de conformidad con los principios tuitivos del consumidor plasmados en la Constitución.**

(...)

“Como ya se ha expresado, la razón de ser de este régimen estriba en la necesidad de

compensar con medidas de distinto orden la posición de inferioridad con que consumidores y usuarios, por lo general dispersos y dotados de escasos conocimientos y potencialidades, enfrentan a las fuerzas de la producción y comercialización de bienes y servicios, necesarios en orden a la satisfacción de sus necesidades materiales. Cuando la Constitución encomienda al legislador el desarrollo de un cierto régimen de protección, no está simplemente habilitando una competencia específica para dictar cualquier tipo de normas. Lo que el Constituyente se propone que la finalidad de la protección efectivamente se intente actualizar y se imponga en la realidad política y social - por lo menos en un grado razonable y en la medida de las posibilidades y recursos existentes -, articulando de la manera más armoniosa y eficaz dentro de las políticas públicas las justas demandas de los sujetos merecedores de dicha protección especial” (Resaltado extratextual).

6.1. Siguiendo las nociones que acaban de referirse, al margen de si al cliente se le ofreció toda la información necesaria y comprensible, lo cierto es que aún en una interpretación benévola del contrato para el demandante lo cierto es que no existe elemento de juicio que justifique que haya faltado a la verdad al declarar sobre su estado de salud. El principio pro consumidor no lo eximía de demostrar los

supuestos fácticos en que erige sus aspiraciones procesales; y mucho menos resulta ser herramienta que le permita escudarse en su propio dolo, culpa, error, negligencia o descuido para reportar de ello provecho, “Nemo auditur propriam turpitudinem allegans”, de allí que el juez no puede conceder protección a quien ha procedido de tal manera.

Se sigue de ello que en el sub lite no es factible acceder a las pretensiones del consumidor financiero, sólo por ser tal, cuando ha quedado demostrado que sin excusa alguna fue mendaz al responder las susodichas declaraciones de asegurabilidad, faltando al postulado de la buena fe que debe regir las actuaciones de todas las personas (artículo 83 de la Carta Política), y que de manera superlativa se exige en los contratos de seguro.

7. Colorario de lo anterior, al guardar silencio el tomador sobre la información de importancia para determinar su asegurabilidad y para obtener el consentimiento de la aseguradora, desconoció el principio de buena fe que se exige en este tipo de negociaciones, lo que acarrea el efecto ya anunciado.

8. Careciendo de respaldo la censura, se confirmará la sentencia de primer grado, y al recurrente se le impondrá condena en costas.

CONTRATO DE MUTUO
MP DRA. RUTH ELENA GALVIS VERGARA
RADICADO: 11001310303620140026101.

TESIS: No se remite a duda el derecho que les asistía a los demandantes, como deudores hipotecarios que fueron de la demandada, a reclamar judicialmente la devolución de lo cancelado en exceso; empero, tal facultad de accionar no les eximía de probar, carga que en ellos gravitaba y si bien a ello encaminaron su laborío probatorio los resultados que arroja el material recaudado dan cuenta de que la entidad bancaria realizó la reliquidación, que esta fue acorde con las directrices constitucionales y legales establecidas, y se aplicó al crédito el alivio que las operaciones aritméticas arrojaron; no se demostró el cobro desbordado, ni su cuantía.

ANTECEDENTES

1. Humberto Páez Ortiz y Carmen Elisa Hernández presentaron demanda en contra del Banco Granahorrar hoy BBVA, en la que plantearon como pretensiones:

1.1. Declarar el incumplimiento del contrato de mutuo por parte de la demandada, con base en la ausencia de aplicación de las sentencias C-383 de 1999, C-955 y C-1140 de 2000 de la Corte Constitucional, con relación a la revisión y adecuación constitucional del crédito conferido a los demandantes.

2. Como sustento fáctico se expusieron los hechos que a continuación se sintetizan:

2.1. La demandada otorgó a los demandantes crédito para adquirir vivienda por

\$12'250.000,00, que fue estipulado en UPAC, con una tasa de interés del 9,50% anual y sería amortizado en 180 cuotas mensuales. Crédito por el que pagaron un total de \$63'722.321,65.

2.2. El 26 de mayo de 1999 la Corte Constitucional en la sentencia C-383 declaró la inconstitucionalidad de las obligaciones en UPAC, DTF y elevadas tasas de interés, disponiendo la inmediata revisión y reliquidación de los mismos para depurarlos de los factores inconstitucionales.

2.3. En las sentencia C-955 y C-1140 de 2000 la Corte Constitucional dispuso la forma en que se debía efectuar la reliquidación revisando los créditos desde enero de 1993 y hasta el 31 de diciembre de 1999: en la que la tasa de interés máxima tiene que ser una tasa inferior a la tasa más baja de mercado y esta deberá ser depurada de todo concepto inflacionario o de

corrección monetaria y, el mecanismo de valoración de la corrección monetaria o inflación no podrá ser superior al crecimiento del índice de precios al consumidor que anualmente fija el DANE.

2.4. La demandada debió cumplir el mandato constitucional en los parámetros expuestos y haber restituido los valores declarados inconstitucionales, *“que arroje el respectivo dictamen pericial practicada en el proceso”* (sic).

2.5. No obstante, la solicitud de los demandantes, la demandada se negó a cumplir con el mandato constitucional y continuó exigiendo el pago de cuotas e intereses, engañándoles sobre su derecho a reclamar y amenazándoles con despojarlos de su vivienda.

2.6. La demandada incumplió el deber de ejecutar de buena fe el contrato de mutuo, al negarse a revisarlo y ejecutarlo conforme a las sentencias anotadas.

3. La demanda fue admitida en auto del 17 de junio de 2014 y dispuso su traslado a la demandada.

4. BBVA Colombia S.A. se opuso a las pretensiones, se refirió a cada hecho de la demanda y como medios de defensa planteó: *“Inexistencia de incumplimiento contractual del demandado”*, *“Validez legal y contractual de la obligación hipotecaria”*, *“Pago por parte del establecimiento bancario del alivio ordenado por la ley”*, *“Ausencia de enriquecimiento injusto”*, *“Inexistencia de causa litigiosa”*, *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*, *“Abuso del derecho de los demandantes”*, y *“Caducidad y/o prescripción”*.

5. Enseguida fueron convocadas las partes a la audiencia del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, la cual se desarrolló en todas sus fases y allí mismo se decretaron las pruebas.

6. Evacuadas las probanzas se surtió la audiencia de que trata el artículo 373 de la ley 1564 de 2012, en la cual las partes expusieron sus conclusiones de cierre y el juzgador dictó sentencia que negó las pretensiones de la demanda, declaró probadas las excepciones de *“Inexistencia de incumplimiento contractual del demandado”*, y *“Pago por parte del establecimiento bancario del alivio ordenado por la ley”*, condenó en costas a la actora y dispuso el archivo del plenario una vez ejecutoriada la decisión.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

El extremo actor sustentó su disenso con la providencia apelada en que no se atendieron las reglas jurisprudenciales de las sentencias C-955 y C-1140 de 2000, por cuanto el Estado no es el único obligado a pagar los valores pagados en exceso, sólo es un alivio, no constituye una reparación por los cobros en exceso que hiciera el banco, en cuanto a las tasas de interés y la corrección monetaria.

Posteriormente agregó, que en reciente aclaración el Banco de la República explicó *“la manera de aplicar en los créditos de vivienda los ordenamientos bajo el orden constitucional”*, en los siguientes aspectos: (i) la sentencia C-955/00 fijó la forma de aplicar la tasa de interés remuneratorio y no puede ser compuesta sino simple, (ii) la misma sentencia explicó la forma adecuada de aplicar la tasa de interés sumándola a los puntos de inflación, no multiplicarlos. El concepto JDS-18200 del Banco de la República hizo referencia al artículo 17 numeral 2 de la ley 546 de 1999, a efectos de determinar si una tasa pactada excede los límites fijados por la Junta Directiva del Banco de la República.

Reiteró que debió liquidarse el crédito bajo el amparo de las directrices jurisprudenciales y la ley de vivienda que imponen: • El saldo de los créditos de vivienda debe estar expresado en pesos. • El sistema de amortización no debe contemplar la capitalización de intereses. • La tasa de interés corriente o de plazo, se cobrará sobre los saldos insolutos en pesos, atendiendo la fórmula de interés simple y no compuesto y debe sumarse a los puntos de inflación, no multiplicarse. • La tasa de interés remuneratoria no incluirá la inflación, es decir, será una tasa efectiva anual real. • Los intereses se deben cobrar mes vencido. • Desde la primera cuota se debe abonar a capital siempre y cuando la cuota alcance a cubrir los seguros, los intereses y la corrección monetaria.

Ese procedimiento no fue aplicado por la demandada, ni siquiera desde enero de 2000, pretendiendo dar validez al sistema de financiación en la Circular 007 de 2000 de la Superintendencia Bancaria, que tenía como fin la determinación del alivio, y que es anterior a la sentencia C-955 de 2000, en donde la entidad financiera aplica los intereses sobre los saldos actualizados con la UVR con fórmula de interés compuesto. En la aclaración del dictamen se muestra dicha diferencia.

Ello demuestra que la *“ilegalidad en la operación de recaudo, genera una diferencia a favor de mis poderdantes y que por tanto el mandamiento de pago no es el correcto y su vez se espera que para la liquidación del crédito se realice bajo los ordenamientos de la Sentencia C-955/00”* (sic).

La capitalización de intereses “no fue objeto central del proceso”, pero no puede asegurarse que la que pudo haber existido con anterioridad se remedió con el alivio; dado que el “Alivio no tuvo propósito distinto al de corregir la inclusión de la DTF en el UPAC”, y el procedimiento para aplicarlo utiliza el sistema de financiación declarado inexecutable de la UPAC: intereses en forma compuesta, sobre saldos actualizados.

La tasa de interés y la utilización de la UPAC y la UVR, no han sido objeto de debate en el proceso. La diferencia radica en la forma de aplicar los intereses. Tampoco puede decirse que se liquida en pesos, por el hecho de aplicar los intereses sobre saldos insolutos, “*aspecto del cual existe una clara presentación del propio Banco de la República en el cual se hace un ejercicio matemático*” al que el despacho le resta mérito.

No se entiende la apreciación que se hace de la ley 546 de 1999 que sólo se refiere al alivio que no es materia de lo objetado, pero que no constituye pago o restitución de los valores cobrados a los demandados, que debieron ser depurados de los factores de inconstitucionalidad por el juez con apoyo en los dictámenes o directamente si sabe hacerlo; de allí que no se comprenda por que se desconocieron las sentencias de la Corte que le ordenaron al juez depurar dicho crédito de inconstitucionalidad.

La sentencia C-955 y la C-1140 de 2000 ordenaron que la revisión del crédito deberá hacerse desde enero de 1993 hasta el 31 de diciembre de 1999, para verificar que lo cobrado al deudor fue exclusivamente una corrección monetaria basada en el IPC anual certificado por el DANE y la tasa de interés la más baja del mercado, que debió ser del 4% anual.

Los contratos de mutuo de vivienda se han convertido en contratos de orden público, en los que ha de tenerse en cuenta el equilibrio social, en el que el contrato tiene una finalidad social y el juez es obligado a revisar para formular ese equilibrio.

Por eso pidió que con base en el artículo 4º de la Constitución de manera equilibrada y justa, se revisen esos planteamientos, se revoque la sentencia apelada y se acojan las pretensiones de la demanda. Argumentos que reiteró en esta Sede.

ANÁLISIS DE LA SALA

1. Con la presencia de los llamados presupuestos procesales de la acción y sin que se advierta la incursión en causal que pueda

viciar de nulidad lo actuado, están dadas las condiciones para que esta Corporación decida de fondo la instancia.

2. Preliminarmente se advierte que la Sala de Decisión se pronunciará única y exclusivamente sobre los reparos señalados por el apelante en la primera instancia, sustentados en audiencia, atendiendo la pretensión impugnativa que rige el recurso de apelación de conformidad con lo regulado en los artículos 320, 327 y 328 de la Ley 1564 de 2012.

3. Las sentencias de constitucionalidad, son aquellas en las cuales la Corte confronta una norma dentro del contexto del ordenamiento jurídico con la Constitución, para verificar que se ajusta a ésta; y como consecuencia de ese examen puede disponer la sustracción del precepto del ordenamiento jurídico, o su permanencia dentro de él, de manera simple o condicionada.

Por regla general, las sentencias de la Corte Constitucional tienen efectos ultractivos, lo que se justifica en virtud de la presunción de validez de sus decisiones, la teoría de los derechos adquiridos y la circunstancia de que la finalidad de la acción de inexecutable es la protección de la incolumidad del ordenamiento jurídico, pero en cada sentencia el máximo tribunal puede indicar los efectos temporales de sus providencias.

Conforme al estudio constitucional y legal de las normas que regulaban la financiación de vivienda a largo plazo, el Consejo de Estado en sentencia del 21 de mayo de 1999 Sección 4ª analizó la legalidad de la Resolución 018 de la Junta Directiva del Banco de la República, mediante la cual se determinó el procedimiento para fijar el valor de la UPAC, ligando éste al 74% de la DTF, y luego de evaluar las condiciones jurídicas de dicha resolución, declaró su Nulidad, pues la misma no se ajustaba a lo establecido por el decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que determinaba que la UPAC debía ligarse permanentemente a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda (y no exclusivamente a la fluctuación de las tasas de interés.

De manera casi concomitante, la Corte Constitucional en sentencia C 383 de mayo de 1999, determinó que el artículo 16 de la ley 32 de 1992 Estatuto del Banco de la República era inconstitucional. Esta norma señalaba que el Banco de la República era el órgano encargado de estimar la metodología para el cálculo de la UPAC y que para dicho cálculo, decía la norma, debía atenderse el reflejo de las tasas de interés. Por medio de la declaración de inconstitucionalidad del citado precepto, se expresó que la misma también contrariaba el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, pues

este era el que reglamentaba el sistema de adquisición de créditos a largo plazo a través de la UPAC como sistema de actualización de los créditos, en donde el componente principal debí a ser el IPC, igualmente que la circunstancia de ligarla a la fluctuación de las tasas de interés implicaba hacer demasiado onerosa la situación del deudor, lo que atenta contra la democratización del crédito.

En el mismo fallo y como consecuencia lógica, la Corte Constitucional ordenó al Banco de la República, en concordancia con la sentencia de 21 de mayo de 1999 proferida por el Consejo de Estado, que expidiera una nueva resolución para fijar el valor de la UPAC ligada exclusivamente al IPC, circunstancia ésta que no solo de manera tácita sino también expresa, hace inferir su carácter ultractivo, sin la posibilidad en términos generales de cualquier tipo de retroactividad. Es de anotar que la providencia en comento, como todas las de la Corte Constitucional, hacen tránsito a cosa juzgada, lo cual implica la imposibilidad de que en providencias posteriores se modifiquen los efectos de la misma, ya sean materiales o temporales.

El 1° de junio de 1999 el Banco de la República, expidió la Resolución 010, en la que determinó el valor de la UPAC, el cual tenía como único componente el IPC.

La Corte Constitucional, en aras de abarcar el estudio completo de la regulación en lo referente a la financiación de vivienda a largo plazo en el sistema UPAC, confrontó el ordenamiento jurídico en la sentencia C 700 de 16 de septiembre de 1999 las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, determinando que esas normas atinentes a la actividad financiera, debían ser expedidas a través de una ley marco por parte del Congreso de la República y no a través de decreto extraordinario del Presidente de la República, ya que ello vulneraba la funcionalidad orgánica del Estado.

En consecuencia, se declaró la inexecutable del numeral 3° del artículo 121 del Decreto ley 663 de 1993 y de la expresión que contemplan capitalización de intereses contenida en el numeral 1° del mismo artículo, pero únicamente en cuanto a los créditos para la financiación de vivienda a largo plazo; inexecutable que fue diferida hasta el 20 de junio de 2000, fecha límite que tenía el Congreso de la República para expedir la ley marco de vivienda.

Los fallos del Consejo de Estado de 21 de mayo de 1999, y de la Corte Constitucional del 27 del mismo mes y año en los cuales si bien se

ordenó un cambio en el cálculo de la corrección monetaria, se dejó en claro que tal cambio sólo operaría para cuotas futuras.

Al respecto indica la sentencia C 383 de 27 de mayo de 1999:

“De esta suerte, ha de concluirse entonces por la Corte que por las razones ya expuestas, la determinación del valor en pesos de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante "procurando que ésta también refleje los movimientos de la tasa de interés en la economía", como lo establece el artículo 16, literal f) de la Ley 31 de 1992 en la parte acusada, es inexecutable por ser contraria materialmente a la Constitución, lo que significa que no puede tener aplicación alguna, tanto en lo que respecta a la liquidación, a partir de este fallo, de nuevas cuotas causadas por créditos adquiridos con anterioridad y en lo que respecta a los créditos futuros, pues esta sentencia es "de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares", de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 21 del Decreto 2067 de 1991.” (subrayas fuera de texto)

Esto, por cuanto entendieron los Tribunales que cualquier decisión contraria implicaría vulnerar derechos consolidados y adquiridos, pues la corrección ya causada en los créditos y la ya reconocida a los ahorradores no podía ser objeto de revisión, sin generar un desquiciamiento del sistema. Por tanto, la ley y solo la ley, pudo establecer un sistema de revisión hacia el pasado de las obligaciones a cargo de los deudores. Pero dado que ni siquiera ella, por mandato constitucional puede desconocer derechos adquiridos, fue necesario establecer un sistema de abonos o auxilios con cargo al presupuesto nacional, que son los contenidos en la ley 546 de 1999, empero dicha normativa tiene aplicación restringida a los créditos otorgados para la adquisición de vivienda, y para construcción de unidades de vivienda. En la sentencia C-700 de 16 de septiembre de 1999 señaló:

“Para la Corte es claro que, con miras a un adecuado tránsito entre los dos sistemas, sin traumatismos para la economía, es el caso de que las normas retiradas del ordenamiento jurídico puedan proyectar sus efectos ultraactivos mientras el Congreso, en uso de sus atribuciones, dicte las normas marco que justamente se han echado de menos, y el Ejecutivo, por decretos ordinarios, las desarrolle en concreto. Es evidente que, además de los controles a cargo de la Superintendencia Bancaria sobre el comportamiento de las entidades financieras al respecto, para sancionarlas con la drasticidad que se requiere si llegan a desvirtuar en la práctica o si hacen inefectivo

lo ordenado por la Corte, los deudores afectados por haberse visto obligados a pagar más de lo que debían, gozan de las acciones judiciales pertinentes para obtener la revisión de sus contratos, la reliquidación de sus créditos y la devolución de lo que hayan cancelado en exceso. (Negrilla fuera de texto)

En conclusión, se dispuso sustraer del ordenamiento jurídico las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero correspondientes a la adquisición de vivienda a largo plazo a través del sistema de crédito en UPAC, pero pospuso dicha decisión hasta cuando el Congreso de la República expidiera la correspondiente Ley Marco, ello con el fin de evitar un colapso del sistema, no obstante, mantuvo su decisión y los efectos de la sentencia C-383 de 1999 en lo relacionado a que el valor de la UPAC sólo podía ligarse al IPC. Resta reforzar, que la irretroactividad normativa es una verdad de a puño en el instituto de la seguridad jurídica, pues como lo ha señalado el organismo de cierre de la jurisdicción ordinaria, deja incólumes los derechos configurados en vigencia de la ley que *a posteriori* resultó contraria a la Carta.

Después, en sentencia C-747 de 6 de octubre de 1999, la misma Corte Constitucional determinó enfáticamente que única y exclusivamente para los créditos de adquisición de vivienda a largo plazo, el mecanismo de la capitalización de intereses creaba una situación desventajosa e injusta para el deudor ya que elevaba de manera injustificada el valor del crédito, lo cual resultaba contrario a la equidad y a la justicia, fines supremos del derecho, y opuestos a la vigencia de “*un orden justo*” como lo consagra el artículo 2º de la Constitución. De otra parte, hacía imposible a los deudores acceder al derecho a una vivienda digna, incumpliendo con la obligación del Estado de facilitar las condiciones para que todas las personas pudieran acceder a este derecho.

Fue así como el Congreso de la República expidió la Ley Marco para la Financiación de Vivienda: la Ley 546 de 23 de diciembre de 1999. En esta ley se estableció que los créditos de vivienda que anteriormente estaban denominados en UPAC, se redenominarían en la nueva unidad: UVR, Unidad de Valor Real, a través de la cual se actualizaría el crédito o el dinero desembolsado por el acreedor, teniendo en cuenta el IPC. Igualmente ordenó otorgar alivios a los deudores de los créditos mediante el Fondo de Garantías del Sistema Financiero, automáticamente a todos los deudores de créditos de vivienda a largo plazo que estuvieran al día a 31 de diciembre de 1999, y a los morosos que lo solicitaran dentro de los tres primeros meses del año 2000,

circunstancias estas que implicaban una “Reliquidación del Crédito”.

En cuanto a la prohibición de capitalizar intereses, ella fue consagrada en el artículo 17 numeral 2º, dando así cumplimiento a la sentencia C-747/99: “2. *Tener una tasa de interés remuneratoria, calculada sobre la UVR, que se cobrará en forma vencida y no podrá capitalizarse...*” Este precepto en su sentido expreso, no contiene la protección al cobro pasado de intereses capitalizados, pues es clara al decir que “no podrá” o a partir de dicha regulación, capitalizar intereses.

Así mismo tampoco contempló la ley que en la reliquidación del crédito se tuviera en cuenta con efectos retroactivos la prohibición de capitalización de intereses.

Ordenadamente expresa en su artículo 41 numeral 2, que los establecimientos de crédito reliquidarán el saldo total a cada uno de los créditos, utilizando en su efecto la UVR para cada uno de los días comprendidos entre el 1º de enero de 1993 y el 31 de diciembre de 1999, con el fin de obtener un saldo inferior por la variación en la corrección monetaria, la cual ya no estaría ligada a las tasas de interés DTF sino al IPC.

La reliquidación se motivó objetivamente para la modificación en el cálculo de la corrección monetaria a partir de 1993, lo que genera un alivio para el deudor, no en la capitalización de intereses sino a partir del 31 de diciembre de 1999, fecha en la cual entró a regir la prohibición.

La Ley 546 de 1999, dado su carácter de Ley Marco, fue objeto de revisión por la Corte Constitucional, quien en sentencia C-955 de 2000, se pronunció, siendo aspectos a destacar los siguientes:

- a) Las corporaciones de ahorro y vivienda deben brindar al deudor permanente y completa información sobre el crédito, que le permita calcular el monto de las cuotas y la proyección en el tiempo del crédito.
- b) Los créditos de vivienda a largo plazo, pueden denominarse en UVR, con una tasa de interés fija durante todo el plazo.
- c) No puede contemplarse la capitalización de intereses.
- d) El interés remuneratorio que se cobre dentro del sistema de financiación, para construcción o adquisición de inmuebles destinados a vivienda, debe pagar únicamente el servicio del crédito y los costos de administración, no la inflación porque esta ya viene incluida en la UVR.
- e) El interés remuneratorio para créditos de vivienda a largo plazo, se fija tomando como base, el interés real más bajo que cobran las entidades financieras, certificado por la

Superintendencia Bancaria y descontándole la inflación.

f) La tasa de interés remuneratorio para créditos de vivienda a largo plazo es obligatoria para todos los créditos futuros y respecto a los vigentes debe ajustarse si el pactado es superior.

g) A solicitud del usuario, la entidad financiera debe cotizar en las facturas correspondientes los ajustes por inflación, a medida de su causación; y si el usuario lo decide, en las cuotas mensuales se puede ir pagando la corrección monetaria por inflación a medida que se cause.

h) Dentro de los dos primeros meses de cada año, de acuerdo con la información que la entidad financiera debe hacerle llegar obligatoriamente durante el primer mes de cada año, el deudor puede solicitar a la entidad que no se continúe con la facturación y que se reestructure su crédito, circunstancia ésta última a la que está obligada la entidad financiera si se cumplen con las condiciones objetivas, es decir, si se demuestra capacidad financiera. Y si se presenta alguna discrepancia, ella debe resolverla la Superintendencia Bancaria, y no la Jurisdicción Ordinaria.

i) Independientemente de si los créditos se encontraban al día o no, debían ser reliquidados, aún sin solicitud del deudor.

Adicionalmente en la sentencia C-1140 de 2000 la Corte remitió a lo ya consignado en su sentencia C-955 de 2000, declaró exequibles los artículos 43, 44 y 45 de la ley 546 de 1999, y en lo que aquí interesa anotó:

“En efecto, no se descarta que las lesiones de carácter financiero efectivamente causadas a los deudores hipotecarios del sistema UPAC, en especial a partir de la inclusión de la DTF y la capitalización de intereses, puedan dar lugar a responsabilidades pecuniarias regidas por el artículo 90 de la Constitución, aunque ello no sería posible sin los previos procesos judiciales en los que -dentro de las garantías constitucionales y las posibilidades de defensa de los organismos y servidores oficiales correspondientes- se los encontrara responsables y se los obligara a pagar las indemnizaciones respectivas. Y, por supuesto, el Estado tendría que repetir contra los funcionarios o exfuncionarios involucrados.

Tampoco queda excluido el reclamo de los deudores a las entidades crediticias, en procesos judiciales individuales.

Pero, en la normatividad abstracta de cuyo examen se ocupa la Corte, no se ventila un juicio de responsabilidad pecuniaria colectiva de los entes estatales ni tampoco de las instituciones financieras, por los daños -ciertos y cuantiosos- causados por los excesos

del sistema UPAC a los deudores hipotecarios. Todo ello queda a consideración de los jueces competentes, si son instauradas las correspondientes demandas, con apoyo en los precedentes jurisprudenciales trazados por esta Corte.

(...) Ahora bien, las entidades financieras y sus deudores han proseguido la ejecución de los contratos de crédito, ya que por definición eran de largo plazo. Por tanto, aquéllas siguen cobrando -recíbanlas o no- las cuotas y los saldos correspondientes.

Así, pues, lo que debe darse en el curso de tales relaciones bilaterales no es nada diferente de la compensación, para realizar el objetivo constitucional de un orden justo. Deben cruzarse las cuentas para saber quién finalmente le está debiendo a quién, y cuánto. Y ello sólo se logra si se reliquidan los créditos. Lo anterior debe ocurrir aunque ya se haya cancelado la totalidad del préstamo, para proceder a las restituciones consiguientes, si es el caso.

(...) De las reliquidaciones resulta la obligación de las entidades financieras de devolver o abonar a sus deudores las sumas que habían recibido en exceso, y sus intereses a la misma tasa que ellas vienen aplicando, y no hay motivo válido alguno para que sea el Estado -con el dinero de los contribuyentes- el que de manera absoluta y exclusiva asuma la obligación de restituir en su totalidad los enunciados recursos, pues tal carga, asumida por el Estado, se plasma en la Ley sin perjuicio de la responsabilidad que pueda haber a sus organismos y a sus antiguos servidores por la adopción de las medidas y por la expedición de las normas que propiciaron el injusto traslado de fondos de los deudores hipotecarios a las instituciones crediticias, y también sin detrimento de los recursos que, previa sentencia judicial, corresponda restituir a las propias instituciones crediticias. Estas, en efecto, los recibieron, los usufructuaron y los invirtieron. Es de su cargo su devolución, con los réditos respectivos”.

3. Todo este contexto jurídico, es el cimiento para despachar desfavorablemente la alzada propuesta, si tenemos en cuenta que los entes encargados de determinar la constitucionalidad de los enunciados normativos ya se pronunciaron sobre ellos, y como se anotó al encontrarlos en contra de la Carta Política los retiraron del ordenamiento jurídico, bajo precisas instrucciones impartidas para que el legislador tuviera en cuenta al momento de adoptar las normas que las reemplazarían.

Por otra parte, al haberse expedido la Ley Marco de Vivienda, la que también fue sometida al escrutinio del Juez Constitucional, quien oportunamente se pronunció señalando

cuáles de sus normas se ajustaban a la Constitución y cuáles no; la ley entró a vigor con un concepto positivo previo sobre constitucionalidad.

Al haberse contemplado por la Ley 546 de 1999, la forma en que se haría el tránsito fáctico respecto de los créditos otorgados en UPAC a la nueva unidad UVR, se fijaron las reglas precisas para que en cada caso concreto operara la conversión respectiva; así como la reliquidación de los créditos para despojarlos de los elementos nocivos que desquiciaron el sistema y fueron advertidos por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en las sentencias memoradas.

Debe resaltarse que tanto la ley marco de vivienda, como la Circular Externa 007 de la Superintendencia Bancaria, fueron sometidas a escrutinio de constitucionalidad y legalidad, siendo halladas ajustadas a derecho por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado² por cuyo tamiz previamente pasaron las normas y actos administrativos que dieron origen y desarrollaron, la metodología de reliquidación de los créditos de vivienda a largo plazo.

4. Y la improsperidad del recurso impetrado tiene venero en los argumentos indeterminados sobre los que se erige; pues la pérdida de intereses cobrados en exceso o la indebida liquidación del crédito debían tener como fundamento la comprobación del cobro de tasas superiores a las legalmente permitidas, mediante la confrontación de las autorizadas y las convenidas; de otra parte, porque no se demostró contra la reliquidación ordenada en la ley 546 de 1999, que la practicada por la entidad demandada hubiese desconocido la metodología allí prevista, a más de no resultar procedente la aplicación retroactiva de las sentencias de inexecutable del sistema UPAC.

No se remite a duda el derecho que les asistía a los demandantes, como deudores hipotecarios que fueron de la demandada, a reclamar judicialmente la devolución de lo cancelado en exceso; empero, tal facultad de accionar no les eximía de probar, carga que en ellos gravitaba y si bien a ello encaminaron su laborío probatorio los resultados que arroja el material recaudado dan cuenta de que la entidad bancaria realizó la reliquidación, que esta fue acorde con las directrices constitucionales y legales establecidas, y se aplicó al crédito el alivio que las operaciones aritméticas arrojaron; no se demostró el cobro desbordado, ni su cuantía.

Además, debe destacarse que la única pretensión formulada, como se destacó en mayúsculas en el libelo genitor fue la

declarativa de incumplimiento contractual; no se pidió devolución ni resarcimiento de sumas de dinero, lo que por virtud del principio de congruencia limita el pronunciamiento judicial, aún de hallarse acreditado.

5. Para dilucidar la controversia se decretó y practicó prueba pericial; el auxiliar de la justicia, especialista en matemática financiera³, en su trabajo explicó y dio respuesta a todos los interrogantes formulados por la demandante y concluyó que *“la reliquidación del crédito en litigio se elaboró bajo los preceptos de la ley 546 de 1999 y los parámetros de la Circular 007 del 27 de Enero de 2000, adoptando la proforma F-0000-50, formato 254”*, explicó la metodología utilizada por el banco para red denominar el crédito de UPAC a UVR; además, resaltó que desde enero de 2000 no se capitalizaron intereses, y antes de esa fecha hacerlo estaba permitido, y los excesos fueron resarcidos con el valor del alivio, lo que se acompasa con la normativa y directrices jurisprudenciales *ut supra* reseñados.

Sobre la tasa de interés indicó que la tasa pactada, del 16% efectivo anual, fue aplicada del 23 de julio de 1996 hasta el 1 de mayo de 1999; a partir del 29 de mayo de 1999 la redujo al 12,64% efectivo anual hasta el 31 de diciembre de 1999; de enero a agosto de 2000 aplicó la convenida del 16% efectivo anual; a partir de septiembre de 2000 y hasta julio 23 de 2007, el 13,92% fijada en la Circular Externa 14 de septiembre 3 de 2000; y del 23 de agosto de 2007 al 25 de julio de 2011 -fecha en que fue cancelado el crédito- se aplicó la tasa del 12,70% según la Resolución Externa 008 de agosto 18 de 2007.

Estableció que el valor del alivio correspondía a \$3'494.833,02, semejante al liquidado por el banco en \$3'494.833,00. Indicó que la obligación fue totalmente cancelada con un saldo a favor de los deudores hipotecarios de 180,6792 UVR's equivalentes a \$35.534,70.

Insistió en que *“los pagos en exceso realizados por los deudores hipotecarios fueron resarcidos con el valor del alivio que le correspondió a la obligación hipotecaria”* y *“A partir de Enero de 2000 no se establecieron pagos en exceso, toda vez que por ley, la entidad bancaria aplicó un plan de amortización que abonó a capital desde un principio, eliminando la capitalización de intereses”*.

Al complementar el concepto, según lo solicitado por el extremo demandante, anotó que *“la reliquidación y liquidación del crédito cumple con los parámetros señalados dentro de la Ley marco de vivienda emitida por el gobierno nacional”*; precisó que la

“liquidación del crédito si se hizo sobre saldos actualizados, toda que (sic) los saldos son actualizados periódicamente con el valor de la UVR a la fecha mensual de liquidación hasta su terminación”.

Explicó que *“la fórmula aplicada por la entidad bancaria para cuantificar los intereses corrientes fue compuesta”*, conforme a la fórmula $\{(1+CM)^{(1+i)} - 1\}$ entre julio de 1993 y diciembre de 1999. *“A partir del 1 de Enero de 2000, la fórmula anterior elimina la corrección monetaria y debe aplicarse siempre una tasa fija, que para el caso que nos ocupa, la tasa máxima remuneratoria establecida por la Junta Directiva del Banco de la República del 13,92% y del 12.70%”.*

Experticia respecto de la cual no se hizo reparo alguno.

Es claro que las tasas de interés fijadas por la Junta Directiva del Banco de la República, rigen a partir del acto administrativo que las determina, Resolución Externa 014 de 2000 y 020 de ese mismo anuario, y no tiene eficacia para créditos anteriores a su expedición, sin perjuicio de lo que estableció la ley 549 de 1999 como metodología de transición para reliquidar los créditos de vivienda. Debiendo ser insistente la Sala en ilustrar que las leyes y, con ellas, las decisiones jurisdiccionales que determinan la exequibilidad de las mismas, conforman un cuerpo normativo destinado a tener efectos hacia el futuro, y así lo reconocieron las sentencias que los accionantes reclaman fueron desconocidas por la entidad financiera demandada.

6. Informó la Superintendencia Financiera al responder lo solicitado por el juzgado:

“A través de la reliquidación se consideraron todos los pagos realizados por el deudor y se aplicaron en las mismas fechas en que habían sido recibidos sobre un saldo en UVR. De esta forma, al hacer la reliquidación los valores que habían sido pagados por encima de la inflación se destinaron a reducir en cada fecha

el saldo de capital. Así el saldo en pesos reliquidado al 31 de diciembre de 1999 utilizando la UVR, se comparó con el saldo en pesos que presentaban a esa misma fecha los créditos otorgados en UPAC o en pesos. En los casos en que este último fue superior al primero, se realizó un abono –“alivio”- al crédito equivalente a la diferencia entre ambos.

De lo anterior se desprende que, con la reliquidación y aplicación del alivio, así como la redenominación de los créditos a UVR se eliminó el componente de la DTD. De otra parte, resulta importante precisar que la capitalización de intereses en los créditos para la financiación de vivienda estuvo permitida hasta la expedición de la Ley 546 de 1999 y no debió ser considerada dentro del proceso de reliquidación antes aludido.”

Anotó que, en el caso concreto, el Banco Granahorrar reportó para el crédito otorgado al señor Humberto Páez Ortiz un alivio de \$3.494.833, que fue verificado e informado al Ministerio de Hacienda que ordenó la expedición del Título de Tesorería TES a favor del banco por \$3.524.504, que luego fue ajustado en \$29.671.

7. No habiendo demostrado la demandante que la reliquidación realizada por la entidad bancaria fuere errada, su pretensión única de *“DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE MUTUO POR PARTE DE LA DEMANDADA, CON BASE EN LA AUSENCIA DE APLICACIÓN DE LAS SENTENCIAS ANOTADAS PROFERIDAS POR LA H. CORTE COSNTITUCIONAL, CON RELACION A LA REVISION Y ADECUACIÓN CONSTITUCIONAL DEL CRÉDITO CONFERIDO A MIS REPRESENTADOS”*⁵, no podía resultar exitosa, como quiera que la decisión judicial debe fundarse en las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, connotación de la que carece las vagas afirmaciones o las meras especulaciones de las partes.

RESPONSABILIDAD CIVIL PRECONTRACTUAL
MP DR. IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA
RADICADO: 11001310304120180028701.

TESIS: i) No estando acreditado el perfeccionamiento de un contrato de compraventa en cabeza de la señora Julia Torres, sino un mero interés en adquirir el vehículo y una intervención posterior al accidente para ayudar a solucionar, sobre todo nada revela actuar culposamente de su parte, no hay razones para entender que se estructuró en su contra una responsabilidad civil precontractual.

ii) Si el señor Víctor teniendo la tenencia (guardián) procedió a encomendar la conducción del vehículo a Carlos Ríos, y aceptó transportarse con este para una finalidad distinta a la encomendada por el propietario, no puede beneficiarse de esa situación para reclamar indemnización de perjuicios, puesto que conocía que por lo menos para ese momento, en virtud de las tratativas precontractuales, detentaba el poder de mando, dirección y control mientras se cumplía la condición suspensiva (revisión del carro) o se materializaba la devolución al vendedor.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

Inmobiliaria MVV S. A. S. presentó demanda en contra de Julia Teresa Torres Forero y Víctor Salvi Torres, a fin de que se declararan civilmente responsables por los daños y perjuicios causados al vehículo de placas IWS -925 de propiedad de la demandante.

En consecuencia, se condene a los demandados en forma mancomunada y solidaria a pagar en favor del demandante \$373.980.000 por concepto de daño emergente, más los intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida sobre todas las sumas de dinero que se ordenen pagar, liquidados desde el 20 de noviembre de 2017, hasta el momento en que se haga efectivo el pago.

2. Fundamentos fácticos de las pretensiones

2.1. La demandante es la propietaria de la camioneta marca Mercedes Benz de placas IWS -925, entregada por Carlos Alberto Ríos Sereno a los convocados el 18 de noviembre de 2017, en el edificio Montebello situado en la carrera 1 este No. 74-51 de Bogotá, recibida a satisfacción y con la intención de que la compraran.

2.2. El vehículo quedó bajo la tutela de los demandados, a la espera de la revisión programada en Automercol el 21 de noviembre de 2017, un día antes, esto es el 20 de noviembre del mismo año, en horas de la noche la camioneta fue siniestrada, según informe policial de accidente de tránsito No. 000691479, se causaron daños catastróficos y definitivos en el vehículo.

2.3. Con posterioridad el automotor fue trasladado a los patios de tránsito y luego retirado por los demandados, quienes lo llevaron al taller Multiservicios Tecnicars Asociados S. A. S. de la ciudad de Bogotá y se han negado a responder civilmente por los daños causados.

A la fecha de presentación de la demanda el vehículo se encuentra en estado de abandono, los demandados no han efectuado el pago por pérdida total de la camioneta, y en el taller se vienen generando costos de parqueadero que tampoco han sido sufragados.

3. Posición de la parte pasiva

Los demandados se opusieron a las pretensiones. Formularon a título de excepciones las siguientes:

i) “Falta de legitimación en la causa por pasiva (...)– Inexistencia de obligación o responsabilidad a cargo de la parte demandada”. No existe hecho o conducta atribuible a los demandados que haya podido producir los daños que se reclaman, no contaban con la tenencia o cuidado del vehículo, siempre la tuvo la demandante.

ii) “Inexistencia de responsabilidad civil en cabeza de Víctor Salvi Torres –Ausencia de los elementos fundantes de la responsabilidad civil extracontractual-”. No se encuentran presentes los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, los demandados no incurrieron en culpa alguna.

iii) “Inexistencia de obligación por la configuración de causales eximentes de responsabilidad – acreditación de causa extraña: hecho de un tercero y culpa exclusiva de la víctima-”. Carlos Alberto Ríos era el conductor del vehículo al momento del accidente, intermediario autorizado para su comercialización por la convocante, era el guardián material, los daños presentados son atribuibles a este.

iv) “inexistencia de los perjuicios pretendidos – ausencia de prueba del perjuicio material en lo pretendido en la demanda. Subsidiariamente, tasación excesiva del perjuicio”. No se encuentra acreditado el daño emergente, no se evidencia que se hubiese incurrido en gastos o erogaciones por virtud del accidente, tampoco costos de reparación, y menos pérdida total.

v) “Ausencia de solidaridad – es improcedente reconocer una obligación solidaria en el presente caso-”. En la demanda no se dijo por qué los demandados eran solidariamente responsables.

vi) “Cobro de lo no debido y prohibición del enriquecimiento sin justa causa”. No existe obligación de los demandados de responder y de admitirse una condena se generaría un enriquecimiento sin causa.

4. Demanda de reconvencción.

4.1. Los convocados formularon demanda de reconvencción, a fin de que se declarara que la demandante inicial es civil y extracontractualmente responsable de los daños y perjuicios causados a Víctor Salvi Torres y Julia Teresa Torres (madre del primero), derivados del accidente de tránsito ocurrido el 21 de noviembre de 2017. En consecuencia, se condenen a pagar los siguientes perjuicios:

i) \$5.000.000, o la suma que resulte acreditada en el proceso por gastos médicos, transporte o cualquier índole que tuvieron que incurrir en la atención médica; ii) 40 s. m. m. l. v. por

concepto de daño moral para cada uno de los convocantes en reconvencción; y iii) reconocer intereses a la tasa del interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, liquidados desde la fecha del daño.

4.2. Para esa finalidad, se sostuvo que el vehículo de placas IWS -925 era de propiedad de la Inmobiliaria MVV S. A. S., y el 21 de noviembre de 2017, en horas de la madrugada, Carlos Alberto Ríos, intermediario o autorizado por aquella para el ofrecimiento y gestión comercial, conducía el mismo con destino al barrio Engativá de Bogotá D. C.

En esa oportunidad Víctor Salvi se desplazaba como pasajero, ocurrió accidente de tránsito en el que este presentó graves lesiones, tales como fractura de los huesos de la nariz, politraumatismo, traumatismo cráneo encefálico moderado, trauma cerrado de tórax y abdomen. Según informe de tránsito el conductor fue codificado con las causales 112 -desobedecer señales de tránsito; y 116 – exceso de velocidad. El señor Salvi tuvo que ser intervenido quirúrgicamente, requirió de cirugía plástica y padeció fuertes dolores, además de secuelas que generaron profundo dolor tanto al primero como a su señora madre.

4.3. La demandada en reconvencción formuló las siguientes excepciones de mérito: i) *“Compraventa cierta del vehículo”*. La camioneta se vendió a los demandantes en reconvencción; ii) *“Entrega material del rodante de placas IWS-925, en la dirección que determinaron los aquí demandantes, por acuerdo verbal en el precio y la fecha de cancelación del mismo”*. La entrega del rodante se efectuó el 18 de noviembre de 2017; iii) *“inexistencia de responsabilidad en los hechos narrados”*, no hay prueba de que se hubiera dado instrucción para deambular con el vehículo en la madrugada que ocurrió el accidente; y iv) *“confesión de los demandantes de ser los nuevos dueños de vehículo (...) fueron estos mismos que llevaron el automotor estrellado al taller para que lo arreglaran”*.

ANÁLISIS DE LA SALA

1. La competencia del Tribunal está delimitada por los puntos de controversia expuestos en la sustentación de la apelación, como lo prevén los artículos 320 y 328 del CGP.

2. Se revocará la sentencia atacada en relación con la condena impuesta a Víctor Salvi Torres para en su lugar negar las pretensiones y se confirmará en lo que atañe a la reconvencción. Los puntos de inconformidad de los demandados conllevan a la denegatoria de las pretensiones elevadas en su contra. Empero no abren paso a las súplicas que formularon vía

reconvencción. Los argumentos que respaldan estas tesis se analizan a continuación.

3. Asiste razón a los convocados en que mediante la providencia confutada se aplicó un régimen contractual no formulado en la demanda, en esta no se planteó la celebración de un contrato de comodato y tampoco se alcanzó a perfeccionar la compraventa.

3.1. En la sentencia apelada se dijo: *“[n]o precisa la demanda inicial, la clase de responsabilidad que atribuye a la parte demandada, esto es si se trata de contractual o extracontractual la fuente de la responsabilidad que se atribuye. Tratándose de responsabilidad contractual, tampoco indicó la clase o modalidad de convenio que se celebró, que resultó infringió y lugar a la reparación del daño cuya indemnización se reclama. De la sana interpretación de la demanda (...) resulta procedente atemperar dicho convenio, en el comodato o préstamo de uso”*.

Examinado el libelo genitor, se advierte que literalmente no establecieron el régimen de responsabilidad civil invocado (contractual - extracontractual). Nótese, se dijo: *“con todo respeto me dirijo a su H. Despacho con el objeto de instaurar Demanda Verbal de Mayor Cuantía de Responsabilidad Civil”* y en el acápite de pretensiones se pidió declarar *“civilmente responsable”* a los demandados *“por los daños y perjuicios sobre el bien mueble vehículo de placas IWS-925 de propiedad de la sociedad”* demandante.

Ciertamente la indemnización reclamada no está soportada un régimen de responsabilidad civil contractual o contrato de comodato como se entendió en el primer grado de conocimiento. Véase que se expresó. *“el vehículo mencionado (...) fue entregado, de buena fe [a los demandados] con la intención de que estos comprasen el vehículo al aquí demandante (...)*.

Surge entonces que la causa fáctica denunciada en la demanda es que se entregó el automotor a los demandados con la intención de que compraran el vehículo, y por ningún lado se relató que hubiese sido de manera gratuita para que lo usaran con cargo de restituirlo después de terminar el uso, obstáculo insalvable para prohijar que este juicio se edificó en todo o en parte sobre un contrato de comodato.

Recuérdese, de conformidad con el artículo 2200 del Código Civil, *“[e]l comodato o préstamo de uso es un contrato en que la una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso”*.

Lo anterior basta para acoger el punto de apelación relativo a que no se formuló una pretensión contractual y el caso se debió resolver bajo la óptica de la responsabilidad civil precontractual.

Conforme el artículo 863 del Código de Comercio, las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.

Aunado a lo anterior, conforme el artículo 911 del mismo estatuto, en la compraventa de cuerpo cierto en materia mercantil, el comprador puede reservarse la facultad de gustar o probar la cosa, caso en el cual el contrato sólo se perfeccionará cuando dé su consentimiento, una vez gustada la cosa o verificada la prueba.

En tal virtud, para verificar la responsabilidad del demandado en este juicio, debía la parte actora probar su mala fe y demostrar su culpa en la generación del daño, premisas que no se satisfacen, según se analizará a continuación.

3.2. El automotor objeto de la litis en realidad fue entregado para que lo probaran y se efectuara un dictamen pericial como condición para manifestar el consentimiento de perfeccionar la compraventa, cosa que no ocurrió.

A pesar de que Mauricio Varón representante legal de la actora en su declaración daba a entender que la compraventa se materializó, al preguntarle por qué entregó antes de hacer una negociación, contestó que generalmente uno tiene derecho a probar, a saber, si le gustaba o no, y aceptó también que accedió a que se efectuara previamente una revisión técnico-mecánica (Cfr. interrogatorio de parte).

El convocado en su interrogatorio dijo que le habían entregado el 18 de noviembre de 2017, para ver si el automotor le gustaba (Cf. Interrogatorio de parte). Versión que coincide con lo manifestado por Carlos Ríos, quien al preguntarle si la compraventa se había concretado cuando entregó el vehículo, contestó que lo había dejado para que probara como se sentía (Cfr. declaración de testigos).

Se entiende entonces que al momento en que se entregó el vehículo objeto de la litis no se había perfeccionado el contrato de compraventa, dado que se procedió en ese sentido para que fuera probado por el futuro comprador (tema en el que se profundizará más adelante), de cuya satisfacción pendía el perfeccionamiento de la compraventa.

Inclusive, cuando acaeció el daño tampoco se encontraba perfeccionado ese negocio jurídico porque como lo reconoció el mismo demandante ese negocio quedó supeditado a que se efectuara una revisión técnico-mecánica (condición suspensiva) que la ocurrencia del daño impidió que se efectuara.

4. En este juicio es pacífica la concurrencia del daño como elemento fundante de responsabilidad, la camioneta de placas IWS - 925 de propiedad de la demandante sufrió daños en accidente de tránsito mientras era conducida por Carlos Alberto Ríos Sereno (Cfr. Informe Policial de Accidente de Tránsito No. 000691479).

5. En lo que respecta al criterio de atribución de responsabilidad precontractual (culpa), según la demanda se fundó en que el 18 de noviembre de 2017, el memorado automotor quedó “*bajo la tutela de los demandados*”, y el 20 de noviembre siguiente fue “*siniestrado*”.

Teniendo en cuenta que es pacífico en esta instancia que previo al accidente de tránsito el vehículo objeto de discusión estaba en el lugar de habitación del demandado Víctor Salvi, es necesario establecer las condiciones en que se sacó a transitar cuando ocurrió el daño para ver si se encuentra una conducta reprochable de su parte.

5.1. Dicho convocado en su interrogatorio de parte dijo que la noche del accidente el señor Carlos Alberto Ríos Sereno entre las 8 -9 pm, fue a ayudarlo a encender una motocicleta, luego se fueron a su casa en donde se quedaron dialogando, se tomó unos tragos y como había un torneo de póker en un sitio recomendado, el segundo lo iba a llevar, fueron por la esposa de este y camino a ese lugar ocurrió el accidente.

Al preguntarle cuándo devolvió el vehículo al señor Ríos, contestó que la noche del 20 de noviembre de 2017. Asegura no haberlo autorizado para conducir, sino que lo devolvió porque no estaba interesado en el vehículo. Indica que estaba en el carro al momento del accidente porque esa persona era quien estaba a cargo del mismo, y decidió transportarlo al torneo de póker.

De igual modo sostuvo que desde el momento en que le entregaron el carro había dado una vuelta, máximo durante una hora, y los dos días siguientes más o menos 15 minutos, haber llevado el vehículo a la casa de su novia en donde desde un segundo piso vio que tenía un rayón en la parte superior.

Teniendo en cuenta que la simple declaración de parte debe ser valorada (art. 191 del C. G. P), debe recordarse que estas no son prueba cuando son en su beneficio, es necesario para

su valoración determinar si tienen eco en otros medios de convicción para que tenga fuerza probatoria. Recuérdese, “[l]o único que cabe valorar a la declaración de un litigante es que su relato esté espontáneamente contextualizado y que se vea acreditado por otros medios de prueba. De lo contrario, (...) su fuerza probatoria es tan débil que no tiene por qué ser tenida en cuenta”.

5.2. El único testigo presencial de esos hechos traído a juicio fue el señor Carlos Alberto Ríos Sereno (conductor al momento del accidente), al rendir testimonio dijo que el 20 de noviembre en la noche, fue al apartamento del demandado en respuesta a una llamada de este para que ayudara a reparar una moto, llegó tipo 9-9:30 p.m., y demorado en esa labor aproximadamente 2 horas.

Luego de eso, el señor Víctor preguntó al declarante en qué se iba a regresar a su casa obteniendo como respuesta que en un taxi, razón por la que el primero se ofreció a llevarlo. No haber cogido el vehículo a motu proprio sino que dijo **al convocado que si quería manejaba porque aquel no conocía la ciudad y que lo ubicaba para que se regresara.**

Refirió que advirtió a su esposa que estuviera lista para que lo acompañara a dejar al citado demandado de vuelta en una parte de la vía en donde se pudiera ubicar, haber dejado la herramienta en su casa, recogido a su compañera sentimental y en este transcurso es donde sucedió el accidente de tránsito.

Sostuvo que no le fue devuelto el carro, sino que salieron en la noche porque dicho señor se ofreció a llevarlo. De igual modo, que el primero había dicho que no estaba interesado en el negocio pero que quien quería comprar era la señora Julia Torres y que nunca le dio certeza.

Manifestó no recordar torneo de póker y reiteró que el convocado iba a manejar pero que fue el declarante quien dijo que si quería él manejaba.

5.3. De la confrontación del interrogatorio de parte y el único testigo presencial tanto de la negociación como del accidente de tránsito, se tiene que el señor Salvi antes del accidente puso en conocimiento del señor Carlos Ríos Sereno (quien a estas alturas de la litis no es un secreto que fungió como intermediario entre los intervinientes⁴) que no estaba interesado en comprar la camioneta.

Así se encuentra demostrado en la declaración extrajuicio rendida por Carlos Ríos el 5 de febrero de 2018, en donde dijo: *“el día 20 de noviembre de 2017, en horas de la mañana, el señor Víctor Salvi me manifestó que ya no iba*

comprar el carro” (fls. 6), manifestación que corroboró en su interrogatorio de parte.

Ahora, ambas declaraciones (interrogatorio del demandado y testimonio) coinciden en que ese intermediario estuvo la noche previa al accidente en la casa del convocado con la finalidad de reparar una motocicleta y que concluida su labor salieron en la camioneta mientras era conducida por el señor Ríos -intermediario- y que estando en manos de este ocurrió el fatídico suceso.

No obstante, difieren en las razones por las que sacaron el vehículo. El demandado asegura que lo entregó con la finalidad de que se lo llevara al demandante. Pero que este se ofreció a transportarlo a un torneo, previamente fueron por la esposa del primero y que en ese interregno sucedió el accidente.

Esta declaración solo es prueba de que dicho intermediario se ofreció a conducir, antes del accidente recogieron a la esposa de éste y que estaba en el vehículo al momento del lamentable suceso, esto no está respaldado en otros medios de convicción, es decir, no hay prueba de que se hubiese devuelto el vehículo al intermediario para que lo entregara al vendedor.

Por su parte, Carlos Ríos manifestó que el carro se sacó porque el convocado se brindó a dejarlo en su casa, razón por la que se ofreció a conducir, recogieron a su esposa para que lo acompañara a devolver ese pasajero hasta un punto de la vía para que asumiera la conducción y en ese interregno se accidentaron, versión que no es derribada por ningún otro medio de convicción.

5.4. En este proceso quedó acreditado entonces que el vehículo a pesar de no haber sido devuelto para que fuera entregado al vendedor, fue sacado por el demandado en la noche, conducta esta que no resulta reprochable de cara a que el mismo fue entregado a este para que lo probara sin que se hubiese demostrado limitación de horario para esa finalidad, es más en el escrito de apelación se itera que fue entregado sin restricción alguna.

Otra determinación del demandado fue permitir que el vehículo hubiese sido conducido por el señor Carlos Ríos, decisión que para infortunio del reclamante tampoco puede ser catalogada como constitutiva de culpa.

Lo anterior porque encargó la conducción del vehículo a la misma persona que el demandante eligió como intermediario en las negociaciones, y sobre todo para que manejara el mismo tanto para ponerlo a disposición del

futuro comprador como para traerlo de regreso en caso de que el negocio no se realizara.

No se podía encomendar la conducción a una persona más interesada en obrar con prudencia que el señor Carlos, no solo porque era un interesado directo en que el negocio se efectuara atendiendo la remuneración prometida por el actor, sino por su experiencia como conductor que no fue desconocida por ninguna de las partes.

No puede entenderse que el señor Víctor obró de manera distinta a como lo hubiese hecho una persona prudente, encargó la conducción a la persona de confianza del demandante y quien tenía la obligación ante este último no solo de rendir cuentas sino de desplegar toda su diligencia para devolverlo.

5.5. En el fondo de este asunto, se avizora es que por lo menos en lo que toca al señor Víctor Salvi, además de la revisión técnico mecánica establecida como requisito previo (condición suspensiva), se quiso celebrar una compraventa a prueba o gusto, reglada en el artículo 911 del Código de Comercio, pacto precontractual en el cual se observa en el presunto o interesado comprador, una buena fe exenta de culpa.

Véase, según el chat traído por el demandante el señor Víctor le dijo respecto de la camioneta: *“traígala mañana y la miramos y hacemos la transferencia el lunes si me enamoro”*, situación que corrobora que el perfeccionamiento de ese contrato quedó al gusto del comprador.

Según la doctrina ese tipo de negocio *“en las dos codificaciones ha sido prevista como un pacto precontractual y no como un pacto accidental de la compraventa (...). Según la norma civil no se entenderá haber contrato mientras el comprador no declare que la cosa le agrada; y, de acuerdo con la norma mercantil, sólo se perfecciona el contrato en el momento en que el comprador muestra su conformidad. Las dos normas apuntan en el mismo sentido (...) Es un pacto previo al contrato, puesto que éste aún no ha nacido”*.

Quiere decir que aun cuando se hubiese llegado a un acuerdo en precio y cosa, el contrato de compraventa no se encontraba perfeccionado, quedó supeditado a que gustara al comprador, y según el testimonio del señor Carlos Ríos, antes del accidente de tránsito, esto es, al segundo día de estar el vehículo en manos del señor Salvi, este manifestó su desagrado (no iba a comprar).

Lo anterior para poner de presente que *“[e]sta figura es una excepción a la norma general del artículo 1857 del Código Civil, pues a pesar de que las partes (...) se han puesto de acuerdo en*

los elementos esenciales del contrato, este sin embargo, no se ha perfeccionado para el derecho”.

Memórese sobre dicho precepto la Corte Suprema de Justicia explicó: *“el artículo 1879 del C. C. determina que el contrato a prueba no crea vínculos jurídicos de ninguna especie, hasta tanto el comprador no declare que le agrada la cosa, con lo cual se establece que es la voluntad de éste la que, en último término, viene a decidir sobre el surgimiento de las relaciones jurídicas contractuales”*.

5.6. De otro lado, si a alguien se puede reprochar su conducta es al señor Carlos Ríos Sereno, se ofreció a conducir el vehículo para algo distinto a lo encomendado por la demandante, consistente en custodiarlo tanto para entregarlo al futuro comprador como devolverlo en caso de frustración del negocio.

Según el informe policial de accidente de tránsito citado, contentivo además de hipótesis del accidente que no fue desvirtuada, ocurrió por desobedecer señales de tránsito y conducir en exceso de velocidad (112-113), conductas que no van de la mano con la prudencia que impone esa actividad y que se agudizó desde el instante en que asumió la calidad de intermediario.

5.7. No estando acreditado el elemento culpa que estructura la responsabilidad civil precontractual en contra del demandado Víctor Salvi Torres, ni tampoco de que hubiese obrado de mala fe en las tratativas negociales, las pretensiones de la demanda inicial también debieron ser negadas en contra de este y así será declarado.

6. Igual suerte corre el punto de apelación formulado por el demandante. relativo a que debió extenderse la responsabilidad clausurada en esta instancia a Julia Teresa Torres Forero, y con fundamento en que esta quería adquirir el vehículo para su hijo, y que la negociación dependía de que le gustara y lo probara.

Nótese, Carlos Ríos (único testigo de la negociación -intermediario-) al preguntarle si la señora Julia había comprado la camioneta contestó que entendía era estaban en la negociación de probarla y si era de su gusto hacía la consignación del precio. El que había dicho que ella estaba interesada era el señor Víctor, no sabe hasta donde fue cierto, haber dado a la misma una cuenta que requirió, y luego explicó que la pidió fue el señor Salvi.

7. No obstante, insiste el demandante también en que los chats no solo dan cuenta de la intención previa de comprar el vehículo, sino del interés posterior de Julia Torres de pagar en razón de la pérdida total, hechos que no

permiten colegir el perfeccionamiento de la compraventa que se quiere hacer ver.

Vistos los mensajes intercambiados entre Mauricio Varón representante legal de la actora y la demandada Julia Torres (fls. 17-19), se entiende que el señor Mauricio informó el 20 de noviembre de 2017, el avalúo de la camioneta, y al día siguiente (día del accidente) finalizando la tarde dicha demandada informó al primero que estaba en una clínica esperando que operaran a su hijo Víctor Salvi, y con posterioridad preguntó si el vehículo había sido comprado con leasing o crédito.

Luego de comentar temas relacionados con la recuperación del último, el interesado preguntó a la señora Julia cuándo podían hablar, comentó que el señor Carlos había dicho que estaban cuadrando para sacar el vehículo de los patios y que los documentos autorizando ya estaban firmados, al preguntar a dicha señora si sabía dónde iba a llevar el carro, contestó que lo iban a dejar donde una persona que conocía “*si estás de acuerdo*”.

Con posterioridad esos mensajes solo revelan múltiples reclamaciones del demandante en el sentido que formuló este juicio y en respuesta la señora Julia contestó: “*tu faltaste a la responsabilidad más grande y es no tener seguro. El carro no me lo entregaste a mí, lo entregaste a Carlos. Los documentos nunca se dieron... todo fue un proceso que tuvo un accidente desafortunado el cual mi hijo no iba manejando. El (sic) no iba manejando...de encontrar una solución con los elementos que hay (...) estoy buscando ayuda, porque haré lo que una persona neutral me diga de hacer con los elementos que hay y yo a mi vez transmito a Víctor (...) escribele a victor (...) he querido ayudar (...) estoy trabajando en la solución para que todos quedemos bien*”.

Como puede apreciarse, se podría concluir que la señora Julia en efecto estuvo interesada en el vehículo antes del accidente, dado que preguntó por su avalúo al demandante, y con posterioridad lo que hizo fue intervenir para que todos, incluido su hijo salieran bien de ese impase, más no se advierte una manifestación de la voluntad clara que permita ver conducta reprochable de su parte, en virtud a que no aparece prueba fehaciente de su manifestación de voluntad demostrativa del consentimiento tendiente a la compra del automotor.

Esta conclusión tiene eco en parte en el dicho por el mentado testigo, al preguntarle porque llevó el vehículo a un taller determinado, contestó que había comentado a dicha señora que había sacado el carro y ella aconsejó que lo llevara a un lugar concreto porque en ese sitio podían darle un diagnóstico más económico, explicó que procedió de esa manea porque

tenía más contacto con ella dado que había trabajado con el hermano de esta y que sugirió llevarlo a ese sitio.

No estando acreditado el perfeccionamiento de un contrato de compraventa en cabeza de la señora Julia Torres, sino un mero interés en adquirir el vehículo y una intervención posterior al accidente para ayudar a solucionar, sobre todo nada revela actuar culposo de su parte, no hay razones para entender que se estructuró en su contra una responsabilidad civil precontractual.

8. En lo que tiene que ver con la demanda de reconvencción con pretensión de responsabilidad civil extracontractual, debe mantenerse su denegatoria, porque ya quedó plenamente establecido que los intervinientes tuvieron una relación jurídica que se rige por las reglas de la responsabilidad civil precontractual, que implicó que la guarda del vehículo al momento del accidente estaba en cabeza del interesado en la compraventa (víctima del accidente), pues no se había cumplido la condición suspensiva a la cual sometieron el negocio futuro (revisión técnico mecánica del automotor) ni tampoco se había materializado la devolución del vehículo al vendedor por no emitir el consentimiento de agrado en el contrato Víctor Salvi Torres recibió el vehículo y se reservó la facultad de gustar o probar la cosa y desde ese momento asumió la guarda del mismo.

Dentro del periodo de ejercicio de dicho derecho, el interesado en la futura compra permitió la conducción del vehículo al señor Carlos Ríos, pero no para devolverlo en ese momento, sino que lo usó como conductor temporal, pues está claro que faltaba la revisión del vehículo en los términos negociados, así que para la Sala, para la fecha del siniestro, el señor Salvi tenía a su cargo la guarda y disposición del vehículo.

Recuérdese, “[e]l responsable por el hecho de las cosas inanimadas es su guardián, o sea quien tiene sobre ellas el poder de mando, dirección y control independientes. Y no es cierto que el carácter de propietario implique necesaria e ineludiblemente el de guardián, pero si lo hace presumir como simple atributo del dominio, mientras no se pruebe lo contrario. ...O sea, la responsabilidad del dueño por el hecho de las cosas inanimadas proviene de la calidad que de guardián de ellas presúmese tener. Y la presunción de guardián puede desvanecerla el propietario si demuestra que transfirió a otra persona la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico, como el de arrendamiento, el de comodato, etc., o que fue despojado inculpablemente de la misma, como en el caso de haberle sido robada o hurtada (...)”

(sentencia de 17 de mayo de 2011, exp. 2005-00345-0).

En este orden de ideas, como la inmobiliaria demandada en reconvencción, a pesar de ser la propietaria inscrita del automotor, al momento del accidente no tenía el poder de mando, dirección y control de la actividad que se ejercía con el mismo, no puede entrar a responder por los daños sufridos por quien jurídicamente, bajo una imputación precontractual, detentaba la guarda del bien causante del daño.

Si el señor Víctor teniendo la tenencia (guardián) procedió a encomendar la conducción del vehículo a Carlos Ríos, y aceptó transportarse con este para una finalidad distinta a la encomendada por el propietario, no puede beneficiarse de esa situación para reclamar indemnización de perjuicios, puesto que conocía que por lo menos para ese momento, en virtud de las tratativas precontractuales, detentaba el poder de mando,

dirección y control mientras se cumplía la condición suspensiva (revisión del carro) o se materializaba la devolución al vendedor.

9. Lo discurrido es suficiente para revocar parcialmente la sentencia atacada en relación con la condena impuesta a Víctor Salvi Torres y en su lugar negar las pretensiones formuladas contra este, confirmar respecto de Julia Teresa Torres Forero y en lo que atañe a la denegatoria de las pretensiones de la demanda de reconvencción.

10. Se condenará al 50% de las costas por el trámite de segunda instancia a la parte demandante y en favor de los demandados, dado que el recurso prosperó parcialmente en favor de estos. Teniendo en cuenta que las pretensiones de la demanda principal y de reconvencción no prosperaron, cada parte asume las costas de la acción en la que resultó vencido, esto de conformidad con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

RESPONSABILIDAD MÉDICA
MP DR. IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA
RADICADO: 11001310304020170070201.

TESIS: Quiere decir entonces que no obra prueba en este juicio el desbordamiento de la idoneidad ordinaria calificada de los médicos que atendieron al paciente -culpa-, particularmente de cara a una apendicitis atípica que daba lugar a signos y síntomas diferentes a como habitualmente se manifiesta esta enfermedad, óbice insalvable para concluir que incurrieron en un error inexcusable.

Descriptores: Perfeccionamiento contrato de compraventa - intermediación.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

Daliz María Bello Blanco, Olga Cecilia Blanco Bustacara y Daniela Rivera Bello, presentaron demanda en contra de Fundación Hospital de la Misericordia, Caja de Compensación Familiar Compensar y la Sociedad Pediátrica de los Andes S. A., plantearon las siguientes pretensiones:

1.1. Principales: *i)* Declarar que las demandadas son solidariamente responsables por la muerte del niño Mihael Santiago Rivera Bello; *ii)* condenar al pago de los siguientes perjuicios: 1) **materiales:** \$7.418.395 en favor de Daliz María Bello Blanco; y 2) **inmateriales:** 2.1. **Morales:** 100 s.m.l.m.v. para cada una de las demandantes, además 100 s.m.l.m.v para Daliz María Bello Blanco, como heredera al derecho a ser indemnizado del menor Mihael Santiago Rivera Bello por los perjuicios morales sufridos por este; 2.2. **Daño a la vida de relación:** 100 S. m. l. m. v., para cada una de las demandantes, además 100 s.m.l.m.v. para Daliz María Bello Blanco, como heredera del derecho a ser indemnizado del menor Mihael Santiago Rivera Bello de la dignidad humana e igualdad y derecho a la

familia; 2.3. **Por afectación del derecho constitucional a la familia:** 100 s. m. l. m. v., para cada una de las demandantes.

1.2. Subsidiarias: *i)* Declarar que las demandadas son solidariamente responsables por pérdida de la oportunidad de vivir, ocasionada con la muerte de dicho niño; y *ii)* condenar a los demandados a pagar los mismos perjuicios materiales e inmateriales en listados en las pretensiones principales.

2. Fundamentos fácticos de las pretensiones

2.1. Daliz María Bello Blanco, Daniela Rivera Bello y Olga Cecilia Blanco, tenían en su orden la calidad de madre, hermana y abuela del niño que en vida respondió al nombre de Mihael Santiago Rivera Bello, quien se encontraba vinculado al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiario en la Entidad Promotora de Salud Compensar E. P. S.

2.2. El 23 de abril de 2013, siendo aproximadamente las 2:00 pm, dicho niño empezó a sentir dolor de estómago que incrementaba y vómitos recurrentes. En la madrugada siguiente, dicha molestia no mejoró y tuvo fiebre de 39 grados, la madre llamó a pedir cita médica que fue autorizada ese mismo

día a las 8:00 a.m. El niño mostró que dolía en la parte baja del estómago, se procedió a arrodillarlo, y al palpar el área indicada se observó en la parte baja del costado derecho inflamación que al contacto producía dolor.

2.3. La señora Daliz María se fue con el niño a la Sociedad Pediátrica de los Andes para asistir a la correspondiente cita, a la que llegó retrasada ante las incomodidades del segundo para caminar, en donde fue atendido por el médico Oscar Fernando Torres Alonso, no solicitó exámenes, tampoco plan de tratamiento, indicó que se podía estar tranquilo y que no se requería cirugía, hechos que consignó en la historia clínica.

Una vez se explicó lo anterior, se dio salida con acetaminofén, y quedó consignado en la historia clínica rinitis aguda, resfriado común, se dio salida diciendo a la señora madre que podía estar tranquila, y con dicho medicamento se ocultaron los síntomas del dolor abdominal. Luego de que el niño fue enviado a casa, presentó dificultades para caminar y hacer deposiciones, estuvo decaído, manifestaba sentir calor, y tampoco comía bien.

2.4. El 27 de abril de 2013, esto es 3 días después, inconforme con la atención anterior, se decidió llevar el niño a urgencias en la Fundación Hospital la Misericordia, donde esperó en urgencias aproximadamente 40 minutos, hasta que fueron llamados para triage, oportunidad donde dijeron que no suministrarán al menor alimentos por si era necesario practicar cirugía.

Luego fue atendido por una estudiante practicante quien manifestó que tenía un virus, momento en que la madre decidió que fuera valorado por un médico profesional quien procedió en ese sentido y distraído por las enfermeras, manifestó que se trataba de infección intestinal, a pesar de que se insistía en los síntomas.

No obstante, se ordenó Acetaminofén y exámenes que fueron entregados sobre las 5:00 p.m., tiempo durante el cual el paciente estuvo deshidratado, presentó sed y pedía abundante líquido. Los mismos manifestaron que se trataba de un virus, recetaron el mismo medicamento, el médico aprobó y se dio orden de salida.

2.5. En la misma fecha siendo las 15:52 el médico de turno, señaló que se revaloró el paciente quien persiste con dolor abdominal, sin embargo, refiere que ha disminuido, consideró que se trataba de un paciente que cursaba con gastroenteritis de probable etiología viral, y podía recibir manejo ambulatorio con control de uroanálisis.

A pesar de que el niño tenía síntomas propios de apendicitis, no tomaron medidas, sin tener en cuenta que iban empeorando gradualmente, además que hay un instante donde disminuyen, puede reducirse temporalmente cuando se rompe y se reduce la presión acumulada.

2.6. El 27 de abril de 2013, en la Fundación Hospital de la Misericordia se realizó examen coproscópico, en el cual se observa la presencia de diversos parásitos en particular Tricocéfalo, en los casos de infección fuerte de este los pacientes presentan apendicitis. Interpretaron de manera errónea el cuadro clínico y los exámenes.

2.7. El 28 de abril de 2013, el menor Mihael Santiago Rivera Bello, en compañía de sus padres regresó a la Fundación Hospital la Misericordia, sobre las 6:00 p.m., quien fue atendido por médicos que al hacer una toma de signos vitales, detectaron que estaba taquicárdico y deshidratado. Se diagnosticó hemorragia gastrointestinal, no especificada, y apendicitis aguda con peritonitis generalizada.

2.8. En esa fecha, el menor fue valorado a las 20:50, por cirugía pediátrica, con anotación de que estaba en sala de reanimación, con médico de urgencia, en mal estado general, shock séptico de origen abdominal, sangrado digestivo, se explican riesgos, alta probabilidad de complicaciones perioperatorias.

Al día siguiente, se realizó nota de procedimiento, diagnóstico, abdomen agudo, peritonitis generalizada, choque séptico, apendicitis aguda perforada con peritonitis generalizada, sepsis grave, y como plan traslado a unidad de cuidado intensivo.

También paciente en estado crítico inestable hemo dinámicamente, soporte vasoactivo y abdomen abierto, requiere unidad de cuidado intensivo, no hay disponibilidad de cama, en las condiciones actuales del paciente, no es factible remitir a otra institución, continúa en salas de cirugía, en espera de traslado.

2.9. El traslado se hizo efectivo el 29 de abril de 2013, a las 6:34 a.m., ingresó en pésimo estado general, posteriormente se evidenció actividad eléctrica sin pulso, se iniciaron maniobras de reanimación cardiopulmonar avanzada sin lograr respuesta, falleció a las 7:25 a.m.

Según autopsia presentó choque séptico de origen abdominal, con criterios clínicos y de laboratorio, estado post apendicetomía por apendicitis aguda perforada, y drenaje de peritonitis, focos de isquemia y necrosis miocárdica, congestión visceral generalizada – anasarca-.

2.10. El cuadro clínico del paciente demostró que eran síntomas propios de una apendicitis que nunca se sospechó por los médicos de las entidades demandadas.

3. Posición de la parte pasiva.

Los demandados se opusieron a las pretensiones. Formularon las siguientes excepciones:

3.1. Fundación Hospital de la Misericordia:

i) *“inexistencia de los requisitos para que se presente la responsabilidad civil por parte de la demandada Fundación Hospital la Misericordia, esto es un daño causado, una culpa probada y un nexo de causalidad entre el daño y la culpa”*; ii) *“inexistencia de la obligación de indemnización de eventuales perjuicios a cargo de la demandada Fundación Hospital de la Misericordia por cuanto la muerte del paciente no es atribuible a acción u omisión de la demandada sino a una fuerza mayor”*; y iii) *“cumplimiento cabal de las obligaciones de la demandada”*.

Las anteriores excepciones se fundamentaron todas en que no existió culpa de la demandada, se dio al paciente una atención acorde a sus síntomas y signos clínicos, pese a ello falleció. Esa situación ocurrió por serie de sucesos que no pudieron ser evitados.

3.2. Compensar E. P. S.: i) “Inexistencia de los presupuestos de responsabilidad civil”.

Compensar no intervino en la prestación del servicio. Si se analiza la conducta de los demás demandados no se evidencian los elementos de la responsabilidad civil, no existió conducta culposa.

ii) *“Hecho exclusivo y determinante de la víctima exonerante de toda responsabilidad y/o atenuante de la misma”*. La madre del paciente no manifestó en la consulta del 24 de abril de 2013, que el niño presentaba dolor e inflamación en la parte inferior derecha del abdomen, dolor o dificultad para caminar, sensación de calor, dificultad en deposiciones, o alucinaciones, y reconsultó tres días después.

iii) *“Inexistencia de responsabilidad por falla presunta del servicio – régimen de falla probada”*. No se cumplió con la carga probatoria de acreditar la negligencia de la demandada, la actuación administrativa de Compensar se ciñó a sus obligaciones legales.

iv) *“Inexistencia de responsabilidad solidaria de compensar EPS – hecho exclusivo de determinante de un tercero como eximente de responsabilidad”*. No se demostró participación en la atención médica, procedimientos e intervenciones, estos fueron realizados de manera autónoma.

v) *“Imprudencia de responsabilidad por parte de Compensar EPS, por cuanto sus obligaciones son de asegurador, distinta a la responsabilidad de la IPS que es prestador efectivo”*. La responsabilidad que alegan las demandantes no fue por la afiliación sino por la prestación de servicios médicos.

vi) *“Médicos tratantes tienen responsabilidad en obligaciones de medio y no en obligaciones de resultado, no se configura nexo causal debido a la observancia de los procedimientos médicos establecidos atendiendo a la sintomatología presentada”*. La atención brindada fue ajustada a los procedimientos médicos establecidos y con observación de la *lex artis*.

vii) *“Imprudencia de condena de daño material”*. El perjuicio no cumple con el requisito de certeza es meramente eventual e hipotético. No se aportó prueba de su existencia.

viii) *“Imprudencia de condena por el daño en la vida de relación por inexistencia”*. Se está reclamando el mismo perjuicio dos veces, como daño a la vida de relación y moral, no se probó el daño a la salud de los demandantes.

ix) *“Imprudencia de condena por el daño a la familia”*. El monto reclamado resulta improcedente porque no son las víctimas del daño.

x) *“Estimaciones desmesuradas e injustificadas de las pretensiones – enriquecimiento sin justa causa”*. En caso de acceder a las pretensiones indemnizatorias se estaría causando un detrimento en el patrimonio y un enriquecimiento sin justa causa.

3.3. Sociedad Pediátrica de los Andes S. A. S.:

i) *“Ausencia de los elementos que configuren la responsabilidad civil extracontractual de la SPLA”*. La actuación del médico Oscar Fernando Torres Alonso, especialista en pediatría el 24 de abril de 2013, no constituye la causa por la que se concretó el daño, fue diligente, acorde con la sintomatología y emitió recomendaciones, esto en caso de volver a presentar síntomas o empeorar su situación remitir de manera inmediata a urgencias lo que no se realizó oportunamente.

ii) *“Ausencia de los elementos que configuran la responsabilidad civil contractual”*. La madre del menor no puede fungir como parte del vínculo jurídico que hubo entre la demandada y el menor. No hay incumplimiento.

iii) *“Las obligaciones que tenían la SPLA y el médico pediatra Oscar Fernando Torres Alonso eran de medios y no de resultado”*. Las actuaciones de los demandados estuvieron investidas de diligencia, prudencia, pericia, cuidado, encaminadas a cumplir lo que ordena e instituye los conocimientos de las ciencias de la medicina.

iv) *“Observaciones de la lex artis”*. La atención brindada el 24 de abril de 2013, estaba dentro de las instrucciones y conocimientos de las ciencias de la medicina, a partir de los síntomas relacionados, estuvo correcto, no hubo error.

v) *“falta de diligencia del cuidador del menor”*. La madre del menor omitió entregar una información clara, veraz del estado de salud del menor, el detalle de la evolución del cuadro clínico y no cuantificó el estado febril. Tampoco manifestó el dolor de la parte baja que detectó y que percibió inflamación sobre el costado derecho, información relevante, esperó 3 días sabiendo que no se encontraba bien.

vi) *“Autonomía técnica, económica, administrativa y directiva del médico Oscar Fernando Torres Alonso, derivada del contrato de prestación de servicios suscrito entre este y SPLA”*. El contrato entre estos implicaba autonomía técnica, económica, administrativa y directiva, la ejecución de dicho servicio se prestaría por cuenta del médico.

vii) *“Incompatibilidad de pretensiones”*. Se formuló acción extracontractual cuando el daño proviene de una falla del servicio médico por medio de acción hereditaria que es contractual.

viii) *“Indebida cuantificación de los perjuicios (enriquecimiento sin causa – falta de juramento estimatorio), e indebido planteamiento de los títulos de imputación”*. En este caso no se presentó daño a la salud, y vida de relación. La reparación de la afectación a bienes o derecho convencional y constitucionalmente amparados se efectúa a través de medidas de satisfacción

ix) *“Prohibición de pago doble de daño o perjuicio inmaterial”*. Se debe negar toda pretensión o cuantificación de daño inmaterial disfrazado en varios títulos.

x) *“De la buena fe en las actuaciones de la SPLA y el médico pediatra”*. Las actuaciones del médico deben ser analizadas bajo la óptica de la buena fe, era el debido proceder.

x) *“Incongruencia frente a los hechos de la solicitud de conciliación y los hechos relatados en la demanda”*. La omisión de algunos hechos

tiende a sesgar el juicio al momento de decidir el litigio.

4. Llamamientos en garantía.

En este juicio se admitieron los llamamientos en garantía de: i) Fundación hospital la Misericordia a Seguros del Estado S. A; ii) Caja de Compensación Familiar Compensar a Allianz Seguros Generales S. A., a la Fundación Hospital de la Misericordia y a la I.P. S. Sociedad Pediátrica de los Andes S. A. S.; iii) I.P. S. Sociedad Pediátrica de los Andes S. A. S, a Oscar Fernando Torres Alonso y Seguros Generales Suramericana S. A.

ANÁLISIS DE LA SALA

1. La competencia del Tribunal está delimitada por los puntos de controversia expuestos en la sustentación del recurso de alzada quedando vedados los temas que no hayan sido debatidos frente al fallo de primera instancia, como lo prevén los artículos 320 y 328 del CGP.

2. Se confirmará la sentencia atacada. Los puntos de inconformidad no permiten avizorar la culpa médica como elemento de la responsabilidad que se reclama. Los argumentos que respaldan esta tesis se analizan a continuación.

3. La parte demandante censuró que los médicos Oscar Fernando Torres, Alonso, Fernando Daza Amézquita y Juan Javier Valero, junto con los que rindieron dictámenes periciales *“pueden carecer de imparcialidad”*, dado que podrían verse beneficiados de la sentencia y son subordinados de las demandadas.

3.1. Con respecto a los testimonios no se efectuó tacha contra cada uno en los términos que contempla el artículo 211 del Código General del Proceso, corresponde entonces a un tema que no fue cuestionado y menos decidido en primera instancia, cerrando de esa manera la puerta en este grado de conocimiento para abordar asuntos que no fueron materia de decisión.

Recuérdese, el artículo 320 del Código General del Proceso, dispone: *“el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”* (negrilla fuera de texto).

3.2. No sobra advertir, el efecto de la tacha de un testigo *per se* no mengua su fuerza demostrativa, no impone colegir sin más miramientos que se faltó a la verdad, sino un análisis más celoso de sus manifestaciones en orden a determinar si disipan la prevención que

generan, o si están en contradicción con otros medios de prueba, situación ésta última que la parte actora no hace ver a manera de reparo concreto frente a cada uno de ellos, y sobre todo de cara a alguna prueba específica incorporada a la foliatura.

3.3. Igualmente ocurre con los profesionales que rindieron dictámenes periciales, doctores Olga Lucia Baquero y Andrés Felipe Galindo Ángel, frente a la primera no se evidencia motivo por el cual podría verse beneficiada con la decisión de este asunto, tampoco relación de dependencia respecto de alguna de las partes.

El doctor Galindo en su hoja de vida plasmó que desde abril de 2019 hasta enero de 2020, se desempeñó como “Asesor y evaluador de proyectos de investigación e innovación, nuevas tecnologías y farmacoeconomía. Coordinador del Centro de Investigación y Docencia” en la Fundación Hospital pediátrico la Misericordia (archivo 26, 01 cuaderno principal).

No obstante, a la fecha de rendición del dictamen (13-01-2021), no se avizora el vínculo de subordinación que se pretende hacer ver, tampoco beneficio o perjuicio derivado de esta sentencia que pudiera dar lugar a dudar de imparcialidad, situaciones que tornan infundadas las sospechas que quiere hacer ver la parte demandante.

4. Se rebate que en la atención médica brindada al niño Mihael Santiago Rivera Bello, se incurrieron en una cadena de errores que condujeron a su deceso, tanto en la Sociedad Pediátrica de los Andes S. A., como en la Fundación Hospital de la Misericordia.

4.1. Los medios de convicción incorporados no develan error de diagnóstico inexcusable como elemento de la responsabilidad médica -culpa-, en la atención brindada el **24 de abril de 2013**, en la Sociedad Pediátrica de los Andes S. A., veamos.

4.1.1. Se disiente porque el niño consultó por presentar dolor abdominal, vómito, náuseas, fiebre y diarrea, claros síntomas de apendicitis, no se solicitaron exámenes, no se estableció un plan de tratamiento, se indicó a la señora madre que podía estar tranquila, y ocultaron los síntomas con Acetaminofén, dieron salida sin signos de alarma, y generaron confianza de que no era un dolor grave o quirúrgico.

4.1.2. Según historia clínica el 24 de abril de 2013 a las 8:47 a.m., se consultó por primera vez en la Unidad Pediátrica de los Andes, el niño fue atendido por el médico Oscar Fernando Torres Alonso.

En ese momento presentaba dolor abdominal

“*tipo cólico*”, asociado a vómito, última a las 3:00 a.m., “*no diarrea*”, el día anterior con “*fiebre no cuantificada*”, sin que se hubiese administrado medicamentos, desde hace 10 días con “*rinorrea*”, “**tos húmeda no cianosa no emetizante**”, no síntomas urinarios, e hiporexia (fls. 14, página 29, pdf. C04 Expediente escaneado, 01 cuaderno principal).

Al examen físico se encontró aceptable en estado general, “*afebril, hidratado, decaído, mucosa húmeda (...) escurrimiento posterior hialino y mucosa, abdomen normal no (...) ruidos intestinales aumentados, blando, depresible, no distendido, doloroso en forma generalizada, sin signos de irritación peritoneal, marco cólico derecho*”.

Se estableció como conducta, “*paciente abdominal no quirúrgico e intolerante a la vía oral sin deshidratación, pródromos de diarrea, explico a la madre, alizapride, tolerancia a la vía oral con suero (...), diagnóstico principal rinofaringitis aguda resfriado común*”.

Siendo las 12:14 del mismo día, fue revalorado por el mismo profesional, quien encontró que el paciente aceptó la vía oral, mejoría del dolor abdominal, diuresis normal, buen estado general, afebril, hidratado, no dificultad respiratoria, “**abdomen blando, depresible, no distendido, no doloroso, no masas, no megalias**” (fls. 17, página 35, pdf. C04 Expediente escaneado, 01 cuaderno principal).

También se consignó, “*explico a la madre, salida con acetaminofén, sr 60, dieta astringente, recomendaciones y signos de alarma*”.

4.1.3. A este juicio se incorporó el dictamen pericial rendido por Andrés Felipe Galindo Ángel, médico general (2003), especialista en pediatría (2009) y candidato a magister en epidemiología clínica, quien utilizó como metodología el estudio de la historia clínica del paciente, sumado a la revisión de artículos científicos, protocolos y guías médicas (26 Remisión dictamen pericial, 01 Cuaderno principal).

Sostuvo que el diagnóstico de apendicitis es eminentemente clínico, esto es que un grupo de signos, síntomas y experiencia se unen para una sospecha diagnóstica, y los apoyos diagnósticos son para confirmar o rechazar una hipótesis, no haber síntomas específicos que determinen 100% dicha enfermedad, como tampoco un paraclínico.

Con respecto, a los signos y síntomas que harían sospechar una apendicitis en niños, serían la fiebre, náuseas, vómito, anorexia, migración del dolor hacía fosa iliaca derecha,

dolor al saltar, irritación epigástrica, signo Psoas, signo Rovsing y defensa muscular.

Explicó también que la irritación peritoneal es la inflamación del peritoneo visceral o parietal que denota una posible infección y/o presencia de un irritante a ese nivel, entre los que se encuentran defensa muscular, signos del rebote, signo del Psoas, Signo del Rovsing, los cuales pueden sugerir un proceso inflamatorio de origen abdominal que haría pensar en una posible apendicitis aguda.

Para lo que interesa al caso, explicó frente a “**si el paciente (...) en alguna de las consultas del 24 o**

27 presentó algún signo de irritación peritoneal, no hay dentro del examen físico ningún signo que así lo compruebe (...). No hay (...) signo clínico de apendicitis aguda o de abdomen quirúrgico que haya hecho pensar a los galenos que el paciente hubiese requerido un procedimiento quirúrgico” (fls. 10, 26 remisión dictamen pericial, 01 cuaderno principal).

En audiencia de contradicción al preguntar si la valoración, atención y procedimientos aplicados al menor resultan coherentes con el cuadro clínico que el presentaba, contestó que sí. Con respecto al Acetaminofén dijo que no está dentro de los medicamentos que enmascaran una apendicitis aguda.

4.1.4. También se incorporó experticia elaborada por la doctora Olga Lucía Baquero Castañeda, médico cirujano (1998), especialista en pediatría (1992), en gerencia de la salud pública (2002) y en educación médica (2005), quien como método utilizó sus conocimientos, experiencia, revisión de registros clínicos de atención del paciente y literatura médica (01 Expediente escaneado, 06 Llamamiento garantía pediatra Oscar Torres).

Refirió que el niño fue llevado a consulta prioritaria a la Unidad Médica de los Andes el 24 de abril de 2013, 8:47 a.m. con dolor abdominal tipo cólico, asociado a vómito, no diarrea, tos húmeda, no cianozante, no emetizante, no síntomas urinarios, e hiporexia (pocas ganas de comer).

El paciente se encontraba en aceptable estado general, afebril, hidratado, un poco decaído, mucosa oral húmeda, cabeza normal, ojos normales, orofaringe eritematosa, escurrido posterior hialino y mucoso, cuello normal, cardio pulmonar normal, **a nivel abdominal ruidos intestinales aumentados, blando, depresible, no distendido, doloroso en forma generalizada sin signos de irritación peritoneal, marco cólico derecho.**

Relató que el médico que atendió el niño doctor

Oscar Fernando Torres efectuó un diagnóstico de rinofaringitis aguda (resfriado común) con náuseas y vómitos asociados, y de acuerdo a la sintomatología referida, no se requería para el momento de valoración o solicitud de exámenes.

Manifestó que se estableció como plan de manejo Alizapride para el control del vómito y tolerancia a la vía oral con sales de rehidratación, se dejó en observación y tres horas después realizaría revaloración, siendo 12:17, encontró el paciente en adecuada aceptación y tolerancia.

También se encontró con mejoría del dolor abdominal, no deposiciones, diuresis normal, buen estado general, afebril, hidratado, no dificultad respiratoria. **Abdomen blando, depresible, no distendido, no doloroso, no masas, no megalias, explica a la madre y da salida con acetaminofén, sales de rehidratación oral, dieta astringente y signos de alarma.**

Puntualmente al interrogante, si para esa fecha el paciente presentaba un cuadro clínico que permitiera considerar que la primera posibilidad diagnóstica era apendicitis, respondió: *“tenía síntomas generales que de acuerdo a la valoración completa no hacían sospechar un cuadro clínico de apendicitis, por lo tanto no se podía tratar como una posible apendicitis, el cuadro clínico hacía sospechar proceso viral alto y posible podrosos de enfermedad diarreica (síntomas que se presentan previo al inicio de la diarrea)”* (fls. 121, 01 Expediente escaneado, 06 Llamamiento garantía pediatra Oscar Torres).

Con respecto a si era posible confundir síntomas de gastroenteritis de origen viral, y una apendicitis, explicó que al inicio pueden ser similares, a medida que transcurre el tiempo hay cambios, en los procesos diarreicos el dolor abdominal es tipo cólico, no constante, no es persistente, en los cuadros de apendicitis es constante, persistente, y se tiende a localizar inicialmente y además **presenta signos de irritación peritoneal al examen físico.**

De manera concluyente, con base en la historia clínica sostuvo que la valoración, diagnóstico y manejo realizado por el doctor Oscar Torres, estuvo ajustada a la lex artis, además explicó que el Acetaminofén no enmascara la apendicitis dado que tiene un nivel de seguridad alto.

4.1.5. De igual modo, se recibieron los conceptos técnicos de los médicos especialistas en pediatría Alonso de la Espriella y Edgard Fernando Galvis Alvarado (audiencia del 1 de marzo de 2021).

Para el momento de la audiencia el primero se desempeñaba como director de pediatría en casa en la Sociedad Pediátrica de los Andes S. A. y el segundo como jefe del departamento de pediatría en el Centro Hospitalario Serena del Mar de la ciudad de Cartagena. En particular, este último desde 2017 hasta marzo de 2020, tuvo contrato de prestación de servicios.

El doctor de la Espriella explicó que los síntomas de dolor abdominal tipo cólico, vómito y fiebre no son exclusivos de una apendicitis, pueden indicar una gastroenteritis, o infección urinaria.

Con respecto a la atención médica dice que miraría si el paciente tuviera signos de irritación peritoneal tales como Rovsing o Blumberg, puntualmente al preguntarle si según la atención brindada al niño por el doctor Torres, debió solicitar algún paraclínico o ayuda diagnóstica para determinar una posible apendicitis, contestó que no.

Lo anterior, entre otras porque no se encontraron esos signos en la revisión o algún otro que dieron a pensar que tenía ese diagnóstico, sino que en atención a los síntomas registrados en la historia clínica pensaría en una gastroenteritis que es lo más frecuente en pediatría.

Con respecto a si el acetaminofén puede enmascarar el dolor abdominal, manifestó que este no sirve para ese tipo de dolor, no hace nada en esos casos, a diferencia de los antiespasmódicos que sí tienen ese efecto.

Por su parte, el doctor Edgard Fernando Galvis Alvarado conceptuó que el dolor abdominal para ese momento llevaba menos de 24 horas, y cuando es tipo cólico es disiente de patología infecciosa principalmente viral, tenía también síntomas respiratorios tales como tos, rinorrea húmeda que va a favor de una enfermedad respiratoria, y que en pediatría es frecuente que los virus vayan a la parte gastrointestinal.

Generalmente los cuadros gastrointestinales pueden presentar un dolor difuso, y en este caso no se registró signos de irritación peritoneal, si se hubiese encontrado Blumberg o Rovsing, es muy diciente de una enfermedad quirúrgica y según la historia clínica no se encontraron.

Explicó que en los abdómenes agudos por más que se hidrate el paciente o maneje síntomas estos van aumentando y se van localizando hacía el sitio del apéndice, en este caso hubo mejoría del dolor que no es normal en proceso como este.

Enseñó que el Blumberg consiste en la palpación de la fosa ilíaca derecha, se

introducen los dedos y se retiran, cuando hay irritación ese rebote duele, el niño casi que salta, es un proceso inflamatorio secundario a una apendicitis. Con respecto al Rovsing, es un signo de irritación peritoneal, consiste en idéntico procedimiento pero cuando se practica en la parte izquierda duele en el lado derecho y viceversa.

En relación a si el dolor tipo cólico y vómito eran síntomas exclusivos de apendicitis, contestó que no, que estos se refieren a una enfermedad gastrointestinal, aparecen en otras enfermedades y lo más frecuentes son las gastroenteritis virales.

Dijo también que en los casos en que haya signos de irritación peritoneal el diagnóstico es muy diciente de apendicitis, si se genera sospechas se determinan paraclínicos o imágenes diagnosticas. En este caso según lo que está consignado en la historia clínica se trata de un proceso viral, manifestó que también hubiese considerado un diagnóstico de gastroenteritis viral.

Con respecto al uso del Acetaminofén, refirió que como el niño presentó fiebre es recomendable prescribirle este antipirético que junto con los medicamentos que llaman de primera línea no enmascaran los síntomas de una apendicitis.

4.1.6. Como puede apreciarse, en esa primera atención los síntomas y signos que presentó el niño no eran claros de una apendicitis, tampoco se trataba de un abdomen quirúrgico y el acetaminofén no enmascara síntomas de la infortunada enfermedad.

Téngase en cuenta, se trata de un diagnóstico clínico, atiende a una serie de síntomas y signos. Si bien se consultó por fiebre no cuantificada el día anterior, su dolor abdominal para ese momento era generalizado, sin signos de irritación peritoneal, tales como Psoas y Rovsing, situación que no denotaba una posible infección o sospecha de cuadro de apendicitis aguda, sino más bien un proceso viral.

Cabe poner de presente que los síntomas del cuestionado diagnóstico, no se enmascaran con la prescripción de acetaminofén, más puntualmente en lo que tiene que ver con el dolor abdominal que por demás para ese momento era “*tipo cólico*”, o sea intermitente y no como el de dicha enfermedad, caracterizado por ser constante, persistente y que presenta signos de irritación peritoneal a la valoración física, razones por las que no había lugar a solicitar paraclínicos y resulta entendible la razón por la que se concluyó que no sea un dolor grave o quirúrgico.

4.2. Se alega también que a partir del **27 de abril de 2013**, en el Hospital de la Misericordia trataron un diagnóstico erróneo, a pesar de haberse manifestado dolor abdominal, dificultad para caminar, diarrea, fiebre mayor a 40 grados, alucinaciones, pérdida del control de esfínteres, y dolor recurrente, no hicieron exámenes que impidieran la muerte, no tuvieron en cuenta que esos dolores aumentan y disminuyen cuando el apéndice se rompe.

4.2.1. Se incorporó al expediente historia Clínica del niño Mihael Santiago Rivera. Acredita que el **27 de abril de 2013**, siendo las **11:34**, en compañía de su señora madre, llegó al Hospital Fundación de la Misericordia donde fue atendido por el pediatra Fernando Daza Amezcua, consultó por presentar cuadro de 5 días de evolución de dolor abdominal de predominio en “hipogastrio”, deposiciones líquidas amarillentas con abundante moco sin sangre.

Se relató que ese día con 4 deposiciones, refirió síntomas urinarios como disuria, poliuria, tenesmo asociado a un episodio emético, en la mañana con fiebre cuantificada de hasta 40 grados, regular aceptación de la vía oral, acepta líquidos y suero, refirió haber consultado el lunes pasado donde clasificaron como gastroenteritis viral.

Al examen físico se determinó que llegó con temperatura de 37 grados, mucosas húmedas y rosadas, orofaringe sin placas, “*abdomen blando, sin masas, doloroso a la palpación en fosa iliaca izquierda, puñopercusión positiva*”, se diagnosticó “*diarrea y gastroenteritis de presunto origen impresión, fiebre, no especificada*”.

El mismo día a las 11:53, fue evolucionado, en particular se dijo: “*abdomen blando, sin más, ni signos de descompensación hemodinámica, paciente cursa con dolor abdominal de etiología a determinar, no sugestivo de patología quirúrgica, posiblemente relacionado con gastroenteritis de etiología bacteriana vs parasitaria, en relación con síntomas urinarios inespecíficos y puñopercusión*”, se solicitó uroanálisis con sedimento y densidad, además coproscópico.

A las 15:52, se valoró nuevamente, se dejó consignado que el paciente persistía con dolor abdominal, sin embargo, refirió que había disminuido, se revisó uroanálisis que presentó proteinuria aislada, esterasas positivas, nitritos negativos sin reacción leucocitaria en el sedimento, coproscópico sin evidencia de infección por parasitosis, sugestivo de disbacteriosis.

Se consideró que el paciente cursaba con gastroenteritis de probable etiología viral que

podía ser manejada de manera ambulatoria, con control de uroanálisis, se dio salida con recomendaciones y signos de alarma por escrito, se ordenó manejo con sulfato de Zinc, y probióticos, se explicó al padre la conducta a seguir. El mismo día a las 16:13, se anotó que el examen coproscópico fue sugestivo de “*disbacteriosis, uroanálisis no sugestivo de infección*”.

4.2.2. Según el dictamen del pediatra Andrés Felipe Galindo Ángel, de la revisión de la historia clínica no emerge que se hubiese informado dificultad para caminar, posiblemente si se hubiera informado el enfoque diagnóstico hubiese sido diferente.

Con respecto a las recomendaciones entregadas por escrito en la primera atención del 27 de abril de 2013, puntualmente de reconseultar en caso de que “*vomite todo lo que compra y/o presente deshidratación*”, refirió que la familia hizo caso omiso, toda vez que en el segundo ingreso el paciente había presentado 15 episodios de emesis, se trató de una consulta retrasada que pudo incidir en el diagnóstico.

También explicó que para la consulta del 27 de abril, el paciente no cursaba con signos o síntomas exclusivos de apendicitis, y tampoco con signos clínicos de apendicitis aguda o de abdomen quirúrgico, que haya hecho pensar que se hubiese requerido procedimiento quirúrgico.

Explicó que el resultado del coproscópico no evidenció parásitos distintos a “*Blastocystis hominis*” que no son indicativos de proceso inflamatorios, incluso pueden estar dentro de la flora intestinal normal, el resultado de esos exámenes no aporta ningún signo de apendicitis aguda.

La puño percusión positiva, coluria, disuria, reportadas en la historia clínica del 27 de abril de 2013, eran signos muy característicos de infección urinaria, enfocaban el diagnóstico hacía esta.

De conformidad con los hallazgos de esa fecha, manifestó: “*el paciente mejoró con el manejo establecido, es concordante con el diagnóstico con el manejo establecido*”.

En audiencia de contradicción, explicó que en la reconseulta el paciente refirió síntomas urinarios, se iniciaron líquidos, al examen físico tenía dolor en fosa iliaca izquierda con puño percusión que hace pensar es una infección urinaria, se solicitaron paraclínicos para descartar y en ese momento se habló de un dolor abdominal no quirúrgico.

Al preguntarle qué asociación podría tener este nuevo cuadro con el de gastroenteritis que se había advertido días anteriores, dijo que como

el colon y vejiga están cerca, pueden migrar bacterias razón por las que se podría pensar en la infección urinaria.

Refirió que se hizo un parcial de orina que descartó infección, no requería antibióticos, se dan recomendaciones por escrito, y se dio fórmula clásica para pacientes con diarrea que es sulfato de Zinc y probióticos, esa decisión se puede explicar porque el cuadro de dolor abdominal puede persistir por el gastroentérico de cólicos y diarrea, dado que no se encontró sintomatología asociada.

Al preguntarle que si en la primera o segunda atención se requería de una ecografía para verificar sobre el cuadro que presentaba el menor, contestó que no porque había mejorado, y el dolor se había localizado en la fosa iliaca izquierda y no en la derecha, además el paciente no tenía signos de irritación peritoneal, y los laboratorios son para confirmar sospecha clínica de apendicitis que no era el caso.

4.2.3. La pediatra Olga Lucía Baquero Castañeda, perito en este juicio, sobre la atención brindada el 27 de abril de 2013 en el Hospital de la Misericordia, sostuvo que de acuerdo con la historia clínica, el paciente no presentaba *“signos de irritación peritoneal en el examen abdominal, lo cual nos puede sugerir que la peritonitis se presentó posterior a esa valoración”*.

4.2.4. Según el concepto técnico del médico especialista en pediatría Alonso de la Espriella, cuando un menor ingresa con 5 días de evolución de dolor abdominal de predominio en hipogastrio, deposiciones líquidas amarillas con abundante moco, vómito de contenido alimenticio, fiebre cuantificada en 40 grados, con alguna tolerancia a líquidos, con consulta anterior por gastroenteritis no se pensaría que tenga apendicitis.

A su juicio, pensaría que está evolucionando una gastroenteritis, y debería descartar una infección urinaria, además de los síntomas del primero, el paciente estaba haciendo síntomas urinarios y tocaría mirar esta infección.

4.2.5. De conformidad con el concepto técnico rendido en audiencia por el especialista en pediatría Edgard Fernando Galvis Alvarado, en caso de reconsulta del paciente se debía hacer un nuevo examen físico riguroso de la parte abdominal, para la evolución que se tenía la palpación diría mucho, si se dio salida fue porque no se encontró signos de irritación peritoneal o un abdomen con defesa.

Explicó que existe sospecha de apendicitis cuando el dolor persiste, cuando haya signos de irritación peritoneal, y en esa medida se

determinarían paraclínicos.

Dijo que con un coproscópico y un uroanálisis no se puede descartar una apendicitis, lo que se puede hacer o hay que tener en cuenta es que muchas infecciones gastrointestinales que salen con coproscópico normal, no quieren decir que no se tenga una gastroenteritis viral.

4.2.6. Se entiende entonces que en la atención que se realizó el 27 de abril de 2014, en estrictez tampoco se emitió un diagnóstico erróneo culposo, los síntomas y signos presentados por el niño no eran disidentes de un cuadro clínico de la lamentable enfermedad.

No presentaba signos clínicos de apendicitis aguda o de abdomen quirúrgico, si bien presentó puño percusión positiva en fosa iliaca izquierda, coluria, disuria, estos eran signos característicos de infección urinaria, y enfocaron el diagnóstico hacía esta, razón por la que se solicitaron paraclínicos para descartar infección.

Dado que el paciente presentó días antes gastroenteritis viral, podía pensarse en una infección urinaria, el colon y vejiga se encuentran cerca, pueden migrar bacterias, pero una vez descartada la infección no se requería de antibióticos, se podría entender que el cuadro gastroentérico podría persistir ante la ausencia de signos de irritación peritoneal.

Teniendo en cuenta que el coproscópico no demostró la presencia de parásitos indicativos de procesos inflamatorios, ese resultado no aportó ningún signo de apendicitis. Y si se dio salida era porque no se encontró los signos echados de menos o abdomen con defensa, no había lugar a sospechar una apendicitis.

5. Cabe preguntarse entonces qué pudo causar la muerte de dicho niño, en particular por un choque séptico con foco abdominal por apendicitis perforada y peritonitis secundaria que dio lugar a una falla multisistémica con disfunción miocárdica (fls. 27, pág. 55 pdf. 04 Expediente digital). Mas puntualmente, surge el interrogante en punto a la razón por la que dos especialistas en pediatría que atendieron al niño previo a la agravación de su estado clínico no pudieron siquiera sospechar una apendicitis.

5.1. Una respuesta inicial ya se tiene, el menor no presentó signos clásicos de irritación peritoneal que llevaran a considerar esa posibilidad. Ahora, esta tesis tiene explicación en el expediente. Los medios de convicción permiten colegir que se trató de una apendicitis atípica que impidió un diagnóstico oportuno y que desafortunadamente culminó con el lamentable suceso.

5.2. En este juicio se presentó como testigo

técnico médico Juan Javier Valero Halaby, quien es pacífico en esta instancia que fue el especialista que realizó laparotomía exploratoria a Mihael Santiago Rivera y encontró su apéndice perforado junto con todos los diagnósticos secundarios a esto.

Refirió ser cirujano pediatra desde 1998, profesor de cirugía pediátrica de la Universidad Nacional y trabajar con el Hospital de la Misericordia desde hacía 23 años, y bajo la gravedad del juramento expuso los siguientes hechos.

Manifestó que llevó al paciente a cirugía y encontró *“una apendicitis localizada en la pelvis perforada con una peritonitis generalizada, fue necesario dejarlo con abdomen abierto dado su estado séptico, tenía compromiso respiratorio, hemodinámico corazón y vasos no estaba funcionando bien, falla renal y alteraciones de la coagulación.”*

Explicó que el diagnóstico para ese momento se llamaba abdomen agudo, dado que se trataba de una condición intraabdominal grave y que en los niños la causa más frecuente es apendicitis, pero la razón para llevarlo a cirugía es la peritonitis. Relató que en este caso la causa del abdomen agudo era una *“apendicitis pélvica con peritonitis generalizada”*.

Al preguntarle, si con respecto al menor se presentó una apendicitis atípica, contestó: *“lo que llamamos apendicitis atípica es cuando los síntomas y signos no son los que uno espera en una apendicitis normal, en este paciente la parte más atípica, es que le dolía el lado izquierdo, esto puede ocurrir en las apendicitis de localización pélvica como la que él tiene (...) la apendicitis en los niños es mucho más difícil de diagnosticar (...) que las de los adultos. (...) Las apendicitis que dan dolor en el sitio donde no queda el apéndice, el apéndice queda en el lado derecho, normalmente cuando uno tiene dolor en un sitio que no es el del apéndice uno no piensa en apendicitis, eso es lo que hace este caso atípico”*.

Relató que según estudios realizados en el hospital, se encontró que las apendicitis de *“ubicación pélvica”* son las que con más frecuencia se perforan, al estar localizadas en la pelvis y perforarse, a veces desarrollan peritonitis de una vez, o hacen un absceso, o sea se perfora los tejidos forman como una cápsula que se llama absceso, si el absceso queda al lado izquierdo duele de este lado, *“eso explicaría en este paciente por qué le dolía al lado izquierdo y eso explica la razón de la dificultad diagnóstica, le dolía al otro lado de donde queda el apéndice”*.

Relató que aunque el apéndice del paciente

estaba al lado derecho, la punta estaba hacia el lado izquierdo, esto es completamente atípico, estaba en la pelvis. Explicó **que en la descripción quirúrgica dice que “el apéndice estaba en la pelvis con un fecalito, significa que estaba roto el apéndice y parte de la causa de esta apendicitis es la formación de la concreción de materia fecal que se llama fecalito y estaba en la pelvis, eso explica los hallazgos atípicos”**.

Expuso también, el hecho de que la punta del apéndice estuviera al lado izquierdo porque la base estaba localizada donde normalmente queda, esto es al lado derecho, se perforó en la punta, la colección de pus, se hizo en la pelvis, desafortunadamente los abscesos en la pelvis a veces duelen a lado izquierdo, a su juicio fue el factor de confusión para que no se hiciera el diagnóstico de este paciente dado que dolía del lado izquierdo.

Continua el doctor Valero, el problema en este paciente es que tenía una apendicitis atípica y el dolor es exactamente al lado opuesto de dónde queda el apéndice, en los casos de urgencia se piensa en lo más frecuente que al lado izquierdo son otras cosas no apendicitis, esa es la dificultad grande en este caso.

Relata que este paciente muy posiblemente tenía un absceso, una apendicitis después de 24 horas de dolor se perfora, y el niño tenía 7 días de evolución, la única forma de que esto hubiese sucedido es que la perforación se haya convertido en absceso, salió pus y los tejidos del cuerpo la controlaron, sino hubiese ocurrido esto, a los 3 días hubiese tenido la peritonitis generalizada.

Dijo que, entre la primera y segunda consulta en esas 27 horas, el absceso se debió romper entonces el dolor dejó de ser localizado en el lado izquierdo, que era donde tenía el absceso y el pus se regó por toda la cavidad y al ocurrir eso desató el cuadro séptico del paciente.

Concluye que el problema con las apendicitis atípicas es eso, cuando ya se manifiestan y uno dice tiene un abdomen agudo es porque tiene una peritonitis, no se hizo el diagnóstico antes porque era atípica y no se piensa en eso, ese es el problema de las apendicitis que no se presentan de manera típica.

5.3. El anterior testigo técnico a pesar de su vínculo con el hospital demandado se torna creíble por varias razones.

En la historia clínica aparece que se efectuó al niño una laparotomía exploratoria, drenaje de peritonitis generalizada, pus abundante en cuatro cuadrantes, y se encontró apendicitis perforada *“con fecalito en comunicación con la cavidad pélvica”*.

Según explicación del referido profesional eso significa que aunque la base del apéndice del paciente estaba al lado derecho, la punta estaba hacia el lado izquierdo, situación atípica porque estaba en la pelvis y eso explica la razón por la cual dolía del lado contrario y no al derecho que es donde normalmente se focaliza el dolor.

La consulta del 27 de abril de 2021, a las 11:34, esto es horas antes de la complicación del niño, revela que al examen físico se detectó que presentó dolor en fosa iliaca izquierda más no derecha, situación que según lo visto desorientó el diagnóstico haciendo más fuerte la tesis de atipicidad.

No hay medio de convicción que permita concluir o derribar esos acontecimientos, esto es que el apéndice del niño se encontraba en posición distinta, menos que en estos casos los síntomas fueran los que habitualmente presenta todo paciente que padece de esa enfermedad, echándose de menos un error de diagnóstico culposo que comprometa la responsabilidad de los demandados.

5.4. Quiere decir entonces que no obra prueba en este juicio el desbordamiento de la idoneidad ordinaria calificada de los médicos que atendieron al paciente -culpa-, particularmente de cara a una apendicitis atípica que daba lugar a signos y síntomas diferentes a como habitualmente se manifiesta esta enfermedad, óbice insalvable para concluir que incurrieron en un error inexcusable.

No se olvide que la responsabilidad médica *“descansa en el principio general de la culpa probada”*, y sobre todo que para su estructuración *“el baremo o límite lo constituye el criterio de normalidad emanado de la Lex Artis. El galeno, dada su competencia profesional, se presume que, en su quehacer, actúa en todo momento y lugar con la debida diligencia y cuidado. En el proceso, por esto, debe quedar acreditado el hecho contrario, esto es, el desbordamiento de esa idoneidad ordinaria calificada. Bien, por infracción de las pautas de la ley, ya de la ciencia, ora del respectivo reglamento médico o de las reglas de la experiencia o del sentido común”*.

Entender que por el solo hecho de que el niño presentó cuadros de fiebre, vómito y dolor abdominal (sin signos de irritación peritoneal) eran claros del lamentable diagnóstico, es pasar por alto los medios de convicción que obran en este juicio que abogan por un caso atípico que no permitió al médico sospecharlo.

Es que no puede hacerse de lado que la materia que nos ocupa se *“trata de una tarea compleja, en la que el médico debe afrontar distintas*

dificultades, como las derivadas de la diversidad o similitud de síntomas y patologías, la atipicidad e inespecificidad de las manifestaciones sintomáticas, la prohibición de someter al paciente a riesgos innecesarios, sin olvidar las políticas de gasto adoptadas por los órganos administradores del servicio.

Nótese, no obra medio de prueba que permita colegir que el equipo médico no agotó los procedimientos que la *lex artis ad hoc* recomendada para un cuadro clínico como el que enfrentó el niño de apendicitis pélvica. Sobre el tema la Corte Suprema de Justicia explica: *“la variedad de procesos patológicos y de síntomas (análogos, comunes o insólitos), difíciles de interpretar, pueden comportar varias impresiones diagnosticas que se presentan como posibles, circunstancias que, sin duda, complican la labor del médico, motivo por el cual para efectos de establecer su culpabilidad se impone evaluar, en cada caso concreto, si aquel agotó los procedimientos que la lex artis ad hoc recomienda para acertar en él”*.

6. El recurrente insiste en que no se realizaron pruebas de sangre, orina, imágenes o laparotomía exploratoria para confirmar o descartar una apendicitis, razones por la que hubo un error de diagnóstico.

No obstante, olvidó que los medios de convicción incorporados no demuestran que ese fuera el camino a tomar en casos como el que nos ocupan donde en atención a los síntomas y signos que presentó el paciente no había lugar siquiera a sospechar esa patología.

Acoger la postura de los recurrentes es olvidar que *“no es el sentido común o las reglas de la vida los criterios que exclusivamente deben orientar la labor de búsqueda de la causa jurídica adecuada, dado que no proporcionan elementos de juicio en vista del conocimiento especial que se necesita”*

7. Otro punto de embate es que la Corte Suprema de Justicia, ha tratado casos similares en los que ha soportado sus decisiones en literatura médica y ha condenado en casos de diagnóstico erróneo o tardío por considerar que la muerte por apendicitis y peritonitis son claramente evitables.

7.1. Teniendo en cuenta el principio de la necesidad de la prueba consagrado en el artículo 164 del código General del Proceso que ordena al juez soportar todas sus decisiones en *“las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”*, se pasa a verificar en particular la documental presentada por el recurrente que denomina literatura médica y que tiene que ver con los

puntos de apelación:

7.1.1. Página de internet de Medline Plus, “información de salud para usted”, con respecto al acetaminofén, en particular dice que se “encuentra en una clase de medicamentos llamados analgésicos (calmantes para el dolor) y antipiréticos (para bajar la fiebre). Funciona al cambiar la forma en que el cuerpo siente el dolor y por el enfriamiento del cuerpo. (fls. 29, página 58, pdf. 04 expediente escaneado, 01 cuaderno principal).

7.2.2. Página de internet de Medline Plus, con título “apendicitis”. Define en que consiste, sus causas, sobre sus síntomas dice: “los síntomas de la apendicitis pueden variar. Puede ser difícil diagnosticarla en niños pequeños, adultos mayores (...). El primer síntoma a menudo es el dolor alrededor del ombligo en la parte media superior. Este dolor inicialmente puede ser leve al principio, pero se vuelve más agudo y grave. Es posible que se presente inapetencia, náuseas y vómito y un bajo grado de fiebre”.

Describe también que el “el dolor tiende a desplazarse a la parte inferior derecha del abdomen y tiende a concentrarse en un punto directamente sobre el apéndice llamado el punto de McBurney. Esto ocurre con mayor frecuencia de 12 a 14 horas después del comienzo de la enfermedad. El dolor puede empeorar al caminar, toser o hacer movimientos súbitos. Los síntomas tardíos incluyen heces duras, diarrea, fiebre y náuseas y vómito” (fls. 24, página 58, pdf. 04 expediente escaneado, 01 cuaderno principal).

7.2. Desafortunadamente, esta documental es insuficiente para llevar al convencimiento de que los médicos que trataron al niño en este caso incurrieron en error de diagnóstico inexcusable.

No tiene soporte de su científicidad, no obra en el proceso respaldo que permita corroborar que se trata de un aporte científico, esto es que correspondan a conceptos rendidos por expertos en la materia.

Pasando inadvertido lo anterior, si bien tiende a ilustrar con respecto a que el uso del acetaminofén cambia la forma en que el cuerpo siente el dolor, no tiene soporte científico de esta afirmación y menos de cara a una apendicitis como la que nos ocupa.

Los médicos que vinieron a juicio sostuvieron que ese medicamento no enmascara los síntomas de apendicitis, e incluso el Ministerio de Salud sostuvo esto mismo, situaciones que restan de toda credibilidad a dicha literatura.

Nótese, esta entidad dijo: “dentro de la evidencia médica establecida y los estudios realizados en la actualidad, no se evidencia una diferencia establecida en la variación de los síntomas en paciente que se la ha suministrado analgesia” (pág. 3, 24 Respuesta Ministerio de Salud, 01 Cuaderno Principal).

De otro lado, esos documentos no describen con precisión y claridad síntomas puntualmente para la patología que nos ocupa, esto es para una apendicitis atípica -pélvica-. Es tan inaplicable a este caso que describe que el dolor migra al lado donde se ubica el apéndice, lado derecho del abdomen -fosa iliaca derecha-, y es precisamente este el síntoma o signo que no tuvo el niño y que impidió llegar al diagnóstico de su padecimiento.

No podría la Sala prohijar una condena en este caso solo porque el paciente en su momento presentó dolor abdominal, náuseas o vómito, cuando es claro que no son signos inexorables e indicativos de apendicitis, sino de cualquier otra patología, así lo sostuvieron los especialistas que declararon en este juicio, inclusive el Ministerio de Salud dijo: “el dolor abdominal no siempre quiere decir un diagnóstico de apendicitis pues existen otros diagnósticos diferenciales” (pag. 3, 24 Respuesta Ministerio de Salud, 01 Cuaderno Principal).

Lo anterior se agudiza si no se pasa desapercibido que en las dos primeras consultas, el niño presentó síntomas respiratorios y urinarios que sumados a la atipicidad del cuadro de apendicitis, a todas luces impide que de una manera tan mecánica o simple se encaje este caso en un resultado que ni siquiera expertos en la materia pudieron en su momento.

En la actualidad es claro que el paciente padeció una apendicitis, sin embargo, la responsabilidad médica debe juzgarse atendiendo las circunstancias que se presentaron en su momento, debe mirarse de manera retrospectiva y en este juicio se evidenció que el niño no presentó signos de irritación peritoneal, o indicativos de apendicitis para esos momentos.

La Corte Suprema de Justicia, ha explicado: “en todo caso, y esto hay que subrayarlo, ese error debe juzgarse ex ante, es decir, atendiendo las circunstancias que en su momento afrontó el médico, pues es lógico que superadas las dificultades y miradas las cosas retrospectivamente en función de un resultado ya conocido, parezca fácil haber emitido un acertado diagnóstico”.

7.3. Con todo, cabe precisar que la denominada literatura médica no es el único medio de

prueba que obra en este juicio, además de la historia clínica traída, están los peritajes de expertos en pediatría, conceptos de esta misma especialidad de cara al caso, y sobre todo el testimonio técnico del cirujano pediatra que intervino al niño y que bajo la gravedad de juramento explicó sus hallazgos, sin que obre prueba que derribe estas conclusiones.

Acoger las pretensiones solo con base en dichos documentos e ignorando los demás medios de convicción es pasar por alto las reglas de valoración de la prueba, los conceptos de expertos en la materia y omitir efectuar un razonamiento probatorio serio. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, ha dicho:

La falta de racionalidad en el análisis del conocimiento experto y el irrespeto por la ciencia son propiciados por la actitud impasible del juzgador. Se genera, a veces, creyendo con inaceptable ligereza, en una actitud omnisciente, que puede suplantar a los expertos, definir cuál es el conocimiento vigente, cómo se aplica y extraer conclusiones sin ningún tipo de respaldo metódico. Es el caso en que al amparo de un supuesto “conocimiento científico afianzado” utiliza la información reportada en internet, artículos y demás, al margen de cualquier juicio epistémico, desconociendo los estándares básicos fijados por el legislador para la prueba pericial. Es una afrenta no sólo de las reglas probatorias, sino además de un razonamiento probatorio serio.

8. Alegó también la parte actora que no se tuvo en cuenta la respuesta del Ministerio de Salud relativo a que la parasitosis es un índice de sospecha de apendicitis, el coproscópico mostraba infección fuerte, y no tomaron la apendicitis como un posible diagnóstico.

Para desechar este cargo basta poner de presente que los medios de convicción no demostraron que el niño tuviera una parasitosis que necesariamente implicara una sospecha de apendicitis o de algún proceso inflamatorio abdominal.

Según se explicó, el resultado del coprológico que le hicieron en la cuestionada atención médica no arrojó el parásito denunciado en la demanda -tricocéfalo-, solo se encontraron B. Hominis (fls. 20, pag. 41, 04Expediente escaneado, 01 Cuaderno principal), que su presencia no es indicativa de “proceso inflamatorio abdominal, incluso se pueden considerar dentro de la flora intestinal normal no patológica” (Cfr Dictamen pericial pediatra Andrés Felipe Galindo, respuesta pregunta No. 15).-.

Ahora, el Ministerio de Salud en el concepto rendido ante la pregunta relativa a si “debe

sospecharse cuadro clínico de apendicitis en paciente que se quejan de dolor abdominal”, contestó: “se debería tener en cuenta como diagnóstico, pero sin embargo existen otras causas que se quejan de dolor abdominal” (respuesta pregunta 13), sin embargo en este caso es claro que se tuvo en cuenta, los registros médicos de atención revelan que el paciente fue examinado en búsqueda de signos de irritación o defensa abdominal que no fueron perceptibles de forma temprana por las razones esbozadas.

9. Lo analizado permite descartar el punto de apelación relativo a que se debió aplicar el principio *res ipsa loquitur*. En este caso, no es evidente que se incurrió en un error de diagnóstico que de lugar a la estructuración de la responsabilidad médica.

El cuadro clínico que presentó el paciente, cuya causa se originó en la apendicitis atípica, no permitía su diagnóstico temprano, sumado a los demás síntomas que desviaron la atención de los galenos (rinofaringitis, gastroenteritis viral, infección urinaria), situaciones que enervan cualquier viso de imprudencia, impericia, ligereza o descuido de su parte.

Es importante recordar, “será el error culposo en el que aquel incurra en el diagnóstico el que comprometerá su responsabilidad; vale decir, que como la ciencia médica ni quienes la ejercen son infalibles, ni cosa tal puede exigírseles, sólo los yerros derivados de la imprudencia, impericia, ligereza o del descuido de los galenos darán lugar a imponerles la obligación de reparar los daños que con una equivocada diagnosis ocasionen”.

Es que los médicos “**comprometen su responsabilidad cuando, por ejemplo, emitan una impresión diagnóstica que otro profesional de su misma especialidad no habría acogido**”, y es precisamente esto lo que se echa de menos, resultando imperioso desechar cualquier comentario fundado en el sentido común y no en el conocimiento profesional, científico y serio que el caso ameritaba.

10. Finalmente, todo lo visto revela que las pretensiones subsidiarias 10 también estaban condenadas al fracaso. Sino se demostró que otro profesional en idénticas circunstancias a las que enfrentaron los médicos que atendieron al niño, hubiese emitido una impresión diagnóstica distinta, no puede entenderse que la falta de atención oportuna y diligente que hubiese podido incidir positivamente en las posibilidades de recuperación o vivir es producto del actuar reprochable de los demandados.

En el fondo se evidencia es que la atipicidad de

la apendicitis que presentó el paciente, impide que los medios de convicción dejen ver que la posibilidad de vivir se perdió por un error culpable de los médicos, esto es no acorde con

lex artis medicorum, imponiendo estarse a que su recuperación quedó supeditada a lo eventual e hipotético, cuyo daño no es susceptible del reconocimiento de una indemnización.

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA EXTRAORDINARIA
MP DR. IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA
RADICADO: 11001310304220170029201.

TESIS: No obstante, verificado ese caudal probatorio se advierten actos que podrían dejar ver la interversión de su título de mero tenedor en poseedor a partir del 2013 que contados hasta el momento de la presentación de la demanda (2017) son insuficientes para despachar favorablemente las pretensiones.

Descriptores: Pertenencia.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

Fredy Alberto León Aristizábal presentó demanda en contra de Carlos Enrique Beltrán Pérez, Carlos Alberto García y demás personas indeterminadas, a fin de que por vía de la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, se declarara en su favor que pertenece el dominio pleno y absoluto del inmueble de M. I. No. 50N. 20279631, situado en la avenida calle 138 No. 57-86 bloque 1 apartamento 504 Conjunto Residencial Puerta de Hierro P.H., barrio Colina Campestre de la ciudad de Bogotá.

De igual modo, se declare extinguida la hipoteca que recae sobre dicho predio y que da cuenta la E. P. No. 3103 de la Notaría 64 de Bogotá, y en consecuencia se ordene su cancelación.

2. Fundamentos fácticos de las pretensiones

2.1. En enero de 1997, el demandante llegó en calidad de propietario a vivir en el inmueble objeto de usucapión, junto con su familia compuesta en esa época por su señora madre María Clotilde Aristizábal Leal, sus hermanos Agustín Giovanni, León y José Alejandro Aristizábal.

2.3. El actor mediante E. P. No. 2090 del 21 de marzo de 2003 de la Notaría 19 del Círculo de Bogotá, celebró contrato de compraventa del referido inmueble con Carlos Enrique Beltrán Pérez, sin que a la fecha de presentación de la demanda este último hubiese pagado el precio.

2.4. Ante el incumplimiento del señor Beltrán, el demandante *“inició actos de señor y dueño, en forma pública, quieta, pacífica e ininterrumpida, los cuales han perdurado en el tiempo (...) ha venido pagando servicios públicos de agua, luz y gas haciéndose cargo de los pagos de impuestos prediales, valorización, pagos de cuotas ordinarias y extraordinarias por concepto de administración, remodelaciones, etc.”*.

De igual modo, ha arrendado el inmueble en varias ocasiones, y también ha sido habitado por su señora madre y dichos hermanos. La posesión y explotación la ejerce desde el 2003, el pago de impuesto predial desde el 2008, celebró contratos de arrendamiento y es reconocido como poseedor por los vecinos.

2.5. El comprador demandado constituyó gravamen hipotecario sobre el inmueble.

3. Posición de la parte pasiva

La Curadora Ad Litem de Carlos Enrique Beltrán Pérez, Carlos Alberto García Prado y personas indeterminadas, se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en que el demandante es un tenedor precario del bien objeto de la acción, no se puede declarar extinguida la hipoteca, tampoco la cancelación del gravamen hipotecario demandado.

ANÁLISIS DE LA SALA

1. La competencia del Tribunal está delimitada por los puntos de controversia expuestos en la sustentación de la apelación quedando vedados los temas que no hayan sido debatidos frente al fallo de primera instancia, como lo prevén los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso.

2. Se confirmará la sentencia confutada. Los puntos de inconformidad no permiten despachar favorablemente las pretensiones del demandante. Los argumentos que respaldan esta tesis se analizan a continuación.

3. El demandante enrostra yerro a la sentencia atacada, rebate que se ha comportado y se siente dueño del inmueble objeto de usucapión, desconoce dominio ajeno, argumento que para su aniquilación basta poner de presente que se echa de menos la interversión del título de mera tenencia en posesión, así como el elemento psicológico de la posesión -animus- antes del año 2013.

3.1. En este trámite no es materia de discusión que el demandante fue propietario inscrito del inmueble objeto de usucapión, y que en el 2003 fue vendido al demandado Carlos Enrique Beltrán Pérez, oportunidad en la que transfirió el dominio pleno sobre dicho bien.

Lo anterior se puede evidenciar en la E. P. No. 2090 del 25 de marzo de 2003, mediante la cual se protocolizó entre otros la compraventa del apartamento de M. I. No. 50N-20279631, celebrada entre Fredy León en calidad de vendedor y Carlos Enrique Beltrán comprador (fls. 2, C01 Folio 1 a 157), inscrita en anotación No. 009 del 28 de marzo de 2003 (fls. 19, C01 Folio 1 a 157).

Nótese, en la cláusula tercera de ese instrumento público en particular se pactó: *“El Vendedor transfiere a título de venta y enajenación efectiva, la totalidad del derecho de dominio y posesión real y material que tiene y ejerce (...)”*. Inclusive, en el literal c) de la cláusula quinta se estipuló: *“el Vendedor ratifica la posesión que ejerce El Comprador, con base en la entrega que ya se le hizo real y materialmente”* (fls. 7, C01 Folio 1 a 157).

Quiere decir entonces que como el actor enajenó el dominio pleno que tenía sobre el inmueble objeto de este litigio, precisando incluso que traspasaba la posesión real y material que ejercía sobre el mismo, surge con meridiana claridad que la detentación que efectuó a partir de ese momento (2003) fue de mera tenencia.

Lo anterior porque en ese instante reconoció dominio ajeno, suscribió un documento mediante el cual puso en su lugar de dueño al nuevo comprador. Recuérdese, de conformidad con el artículo 775 del Código Civil, *“se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece. Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno”*.

3.2. De igual manera, además de la pacífica aprehensión material del apartamento por parte del actor -corpus-, su interrogatorio aniquila cualquier rastro del *animus* o elemento psicológico de la posesión por reconocimiento de dominio ajeno antes de que empezara a pagar impuestos, arrendar el predio y sufragar la administración.

Nótese, a pesar de que en el contrato de compraventa citado quedó plasmado que el vendedor demandante declaró haber recibido el precio en su totalidad de manos del comprador

(fls. 6 vto. C01 Folio 1 a 157), este juicio se edificó sobre la alegación de que no recibió ese pago.

Por eso, en su declaración adujo que otorgó un término distinto al establecido en ese negocio para que el deudor de buena fe procediera en ese sentido -pagar precio-, acontecimiento que no va de la mano con la posesión que se alega, equivale a reconocer dominio ajeno, esperaba que el nuevo dueño procediera a pagar el precio, obligación originada en el contrato que puso al convocado en el lugar de propietario.

Como es sabido *“la posesión, uno de los fundamentos esenciales de la prescripción adquisitiva de dominio, está integrada por dos elementos bien definidos, el “animus” y el “corpus”, éste relacionado con el poder de hecho que materialmente se ejerce sobre la cosa, y aquél, de naturaleza subjetiva, intelectual o psicológica que se concreta en que el poseedor actúe como si fuera el verdadero y único dueño, sin reconocer dominio ajeno”*.

Esta situación afianza que la detentación material del fundo que efectuó el demandante posterior a que trasladó el dominio fue a título de mera tenencia, reconocía dominio ajeno mientras esperaba el pago, situación que impide ver cualquier vestigio del *ánimus* como elemento integrante de la posesión en fecha previa al año 2013, como pasará a explicarse en el considerando número 4 de esta sentencia.

3.3. A pesar de que el demandante refirió que hubo un momento en el que decidió no seguir con el negocio (por ahí al mes siguiente), manifestación que pudo ser la génesis del desconocimiento del verdadero dueño -interversión del título-, no se puede olvidar que el dicho de las partes en su beneficio no es prueba de sus alegaciones.

Téngase presente que al preguntarle cuándo quedó el deudor de pagarle el precio, contestó: *“lo más pronto posible (...) no había señalación de fecha, era lo más pronto posible”*, y al cuestionarle en qué momento decidió desconocer el contrato de compraventa, contestó que en el más rápido y justo porque nunca se dio la entrega de dinero.

Sobre el tema la Corte Suprema de Justicia ha explicado: *“las declaraciones de las partes alcanzan relevancia, sólo en la medida en que “el declarante admita hechos que le perjudiquen o, simplemente, favorezcan al contrario, o lo que es lo mismo, si el declarante meramente narra hechos que le favorecen, no existe prueba, por una obvia aplicación del principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba”*.

Si bien es cierto, conforme el inciso último del artículo 191 del C.G.P., la simple declaración de parte puede ser valorada de acuerdo a las reglas generales de apreciación de las pruebas, para que un hecho tan trascendental como la fecha exacta de la mutación de la mera tenencia a posesión por interversión del título, la sola declaración del único actor beneficiado por dicha figura jurídica se torna insuficiente.

Lo anterior porque se requiere respaldar su afirmación con medios de prueba idóneos, máxime cuando la posesión que tiene la virtualidad para permitir la obtención del dominio por el transcurso del tiempo, debe ser pública y por ende, exteriorizarse en hechos de fácil comprobación para el propio prescribiente y para terceros.

Igual suerte corre el punto de apelación relativo a que el demandante manifestó que no entregó el inmueble como consecuencia del incumplimiento del demandado, reteniendo la posesión y que esto es prueba de alzamiento en rebeldía contra el verdadero dueño.

4. Reclamó el recurrente que se desconocieron los testimonios recibidos, documentos incorporados contentivos de contratos de arrendamiento, recibos de pago de impuesto predial y cuotas de administración.

No obstante, verificado ese caudal probatorio se advierten actos que podrían dejar ver la interversión de su título de mero tenedor en poseedor a partir del 2013 que contados hasta el momento de la presentación de la demanda (2017) son insuficientes para despachar favorablemente las pretensiones.

4.1. Se recibieron los testimonios de las siguientes personas: Xenia Rosa Velásquez³, manifestó conocer al demandante desde hacía más de 10 años, haber celebrado contrato de arrendamiento con este en calidad de arrendataria durante 4 años (**2016 – 2020**), ser el segundo quien pagaba las cuotas de administración, desconocer a Carlos Alberto García Prado y Carlos Enrique Beltrán y que el propietario conocido era el demandante.

De igual modo, sostuvo que nunca fue alguien a reclamarle, haber asistido en ocasiones a las asambleas de propietarios cuando podía ir, sino se ponía en contacto con el actor para que mandara alguien y además entregaba los recibos de impuesto predial a este.

Fernando Rincón, manifestó que conocía al demandante hacía 38-40 años, saber que compró el inmueble producto de su profesión, en donde se fue a vivir con su señora madre, no tener idea de la negociación que se hizo en el **2003**, época para la cual entendió que aquel estaba ahí, dado que se encontraba en ese lugar

cuando el declarante se fue del sector en el 2005.

Dijo también que no conocía al comprador y acreedor hipotecario, no haber tenido conocimiento de reclamaciones, y que la última vez que ingresó fue en el 2004, vio que se realizaron algunas mejoras y no saber si se arrendaba el inmueble.

María Clotilde León, adujo ser la madre del demandante y que este adquirió el inmueble en 1997 producto de su profesión, haber vivido ahí con él y sus hijos desde esa época y durante 14 años (hasta el **2011**), no tener conocimiento de la compraventa efectuada en el 2003, desconocer a Carlos Enrique Beltrán, y que la última vez estuvo en ese lugar fue en marzo de 2020.

Agustín Giovanni León Aristizábal, sostuvo que era hermano del demandante, haber vivido en el inmueble desde 1997, junto con su señora madre y un hermano, quien pagaba el impuesto predial era el demandante, no haber tenido conocimiento de la compraventa del 2003, haber dejado de ir a partir de este momento y que volvió por última vez hacía año y medio (**principios de 2018**), y haber visto que se hicieron mejoras como pintar y cambiar pisos.

Harold Yucuma Zuleta, expresó trabajar desde hacía 14 años como guarda de seguridad en el edificio donde está ubicado el apartamento, esto es desde el **2007**, no conocer a Carlos Enrique Beltrán Pérez, saber que el demandante siempre ha figurado como propietario, y que desde 2007, nunca ha vivido en ese lugar, sino que siempre lo ha tenido en alquiler.

De los citados testimonios se tiene que el demandante habitó el inmueble objeto de usucapión junto con su familia desde 1997, y que con posterioridad al 2016, empezó a arrendarlo a terceros, encargándose de mejoras y de pagar el impuesto predial.

Ninguno de los declarantes manifestó conocer las particularidades de la venta efectuada en el 2003, tampoco al comprador demandado y menos al acreedor hipotecario.

4.2. De otra parte, obran en el expediente los documentos contentivos de los siguientes contratos de arrendamiento celebrados por Fredy León en calidad de arrendador: *i*) del 27 de octubre de 2011, con Blanca Yanibe Gordillo Vargas, con fecha de iniciación el 11 de febrero de 2014 y terminación 11 de febrero de 2015 (fls. 21 PDF01); y *ii*) del 21 de mayo de 2021 (sic), con Bertha Espinosa Rodríguez, iniciación mayo 18 de 2020.

Estos documentos ponen de manifiesto que el demandante entregó en arrendamiento el inmueble en el año 2014 a Yanibe Gordillo, en el 2016 a Xenia Rosa Velásquez según el citado testimonio, y en el 2020 a Bertha Espinosa Rodríguez. Al momento de la presentación de la demanda, 5 de mayo de 2017, (fls. 69 C1), tenía aproximadamente 3 años de estarlo arrendando.

4.3. Se incorporaron también recibos de impuesto predial de los siguientes periodos gravables: *i)* 2016 (fls. 44), 2015 (fls. 26, 42), 2014 (fls. 27, 41), 2013 (pagado en 2015, fls. 40) 2012, (pagado en 2014, fls. 28), 2012 (pagado en 2015, fls. 39), 2011 (pagados en 2014, fls. 29, pagado en 2015, fls.38), 2011 (pagado en 2014, fls. 305), **2010 (pagado en 2013, fls. 31), 2009 (pagado en 2013, fls. 33, 34, 36), y 2008 (pagado en 2013, fls. 37)** (fls. 26 y s. PDF01).

Se colige que el convocado soportó el pago de impuesto predial desde el año 2013 en adelante, oportunidad en la que canceló el periodo correspondiente al año gravable del 2008, esto es 4 años antes de presentar la demanda.

Cabe resaltar, a pesar de que algunos testigos enfilaron su declaración a soportar pagos en tal sentido de manera indiscriminada en el tiempo que abarcaría periodos anteriores al 2013, no hay documento que respalde esas afirmaciones. El artículo 225 del Código General del Proceso, dispone: *“cuando se trate de probar (...) el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un*

indicio grave de la inexistencia del respectivo acto”.

4.4. Se aprecian también documentos que dan cuenta de pago de las siguientes cuotas de administración: *i)* el 18 de abril de 2017, la administradora del Conjunto Residencial Puerta de Hierro, certificó que Fredy León pagó las cuotas durante los años 2015 y 2016 (fls. 25 pdf01); *ii)* recibo de pago del 11 de abril de 2015 por valor de \$387.000, en favor del Edificio Puerta de Hierro (fls. 47 C1), *iii)* recibo No. 4272, cuotas de junio y julio de 2015 (fls. 48 C1); *iv)* recibo No. 42721, cuotas de junio y julio de 2014 (fls. 49); *v)* recibo de caja de 10 de diciembre de 2013, fls. 50), y *vi)* recibo de caja No. 4536, cuotas de julio y agosto de 2015 (fls. 51).

Como puede apreciarse, las cuotas de administración más remotas pagadas por el demandante corresponden a diciembre de 2013, esto es aproximadamente 3 años y 1 mes previo a presentar la demanda.

4.5. La valoración de los documentos contentivos de contratos de arrendamiento, recibos de pago de impuesto predial y cuotas de administración, en conjunto con los testimonios permitirían concluir que el convocante hizo interversión de su título de mera tenencia a posesión, una vez empezó a pagar impuesto predial y cuotas de administración desde el 2013, arrendar el predio objeto de usucapión desde el 2014, tiempos que son insuficientes para acreditar 10 años de posesión al momento de presentación de la demanda (2017).

**AFECTACIÓN A VIVIENDA FAMILIAR
MP DR. IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA
RADICADO: 11001310303420100056204.**

TESIS: Así las cosas, y ante la evidente alteración del contenido de la escritura pública de compraventa que desconoció el derecho de la cónyuge y de su hija a que el bien inmueble se afectara a vivienda familiar, es dable acoger la interpretación garantista que proteja a la mujer por la perspectiva de género, en cumplimiento del precedente sentado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-338 de 2018, por medio de la cual se obliga a dispensar una justicia diferenciada que supere los desequilibrios generados por la violencia económica contra la mujer, así que ante las perspicuas evidencias de alteración de la escritura, se impone la declaratoria de la nulidad de la estipulación que desconoció la limitación del dominio del inmueble, que no sobra advertir, debía operar por ministerio de la ley.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

Olga Cecilia Salamanca García presentó demanda en contra de César Alonso Castellanos Torres, Humberto Hernández Roa, Yolanda del Carmen López Bernal, Cristóbal Rodríguez Caicedo y Construcciones e Inversiones AMC S. A., con las siguientes pretensiones:

1.1. Principales: *i)* Declarar la nulidad absoluta de la estipulación de los consortes Cesar Alonso Castellanos Torres y Olga Cecilia Salamanca García, relacionada con la No afectación a vivienda familiar de la casa de habitación No. 265 del Conjunto Residencial del Monte AG-3, (...) ubicado en la calle 170 No. 68-73 hoy calle 169 B No. 75-73 de la ciudad de Bogotá, contenida en el contrato de compraventa celebrado entre Humberto Hernández Roa y Yolanda del Carmen López Bernal como vendedores, y Cesar Alonso Castellanos Torres como comprador, según

consta en la E. P. No.5443 del 15 de noviembre de 2007, otorgada en la Notaría 63 de Bogotá, en razón de la adulteración que sobre ese particular sufrieron los textos notariales.

En consecuencia, ordenar la modificación en dicho instrumento público, en el sentido de consignar lo verdaderamente expresado, esto es que sometieron ese inmueble al régimen de afectación a vivienda familiar, y se expida la correspondiente copia a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, zona norte, para que sea inscrita en el Folio de Matrícula Inmobiliaria No. 50N-20390588.

ii) Declarar la nulidad absoluta del contrato de hipoteca abierta de cuantía indeterminada, constituida por Cesar Alonso Castellanos Torres, mediante E. P. No. 5444 del 16 de noviembre de 2007 de la Notaría 63 de Bogotá, en favor de Construcciones e Inversiones A. M. C. S. A. sobre el mismo inmueble, por transgresión del artículo 3 de la Ley 258 de 1996, esto es por ausencia de consentimiento de Olga Cecilia Salamanca García.

iii) Declarar la nulidad absoluta del contrato de dación en pago celebrado entre Cesar Alonso Castellanos Torres como deudor y Construcciones e Inversiones A. M. C. S. A., acreedora, del 23 de agosto de 2010, mediante E. P. No. 1443 de la Notaría 63 de Bogotá inscrita en el mismo folio de matrícula inmobiliaria con autorización del Juez 6 Civil del Circuito de Bogotá por transgresión de dicha regla.

iv) Declarar que Cesar Alonso Castellanos ocultó o distrajo dolosamente del haber de su sociedad conyugal el mentado inmueble, y sea condenado a perder su porción conyugal quedando obligado a restituirlo doblado como lo prevé el artículo 1824 del Código Civil.

v) Ordenar a la sociedad demandada que restituya el citado inmueble a Cesar Alonso Castellanos Torres o a Olga Cecilia Salamanca García, Junto con sus correspondientes frutos civiles y naturales que percibió o se pudieron percibir con mediana diligencia hasta el día de la entrega.

1.2. **Subsidiarias:** i) Declarar la **simulación relativa** de la estipulación *“otrora efectuada por el comprador Cesar Alonso Castellanos Torres y su consorte Olga Cecilia Salamanca García relacionada con el No sometimiento al régimen de afectación a vivienda familiar del inmueble objeto de compraventa contenida en la E. P. No. 5443 del 15 de noviembre de 2007, otorgada en la Notaría 63 del Círculo de Bogotá”, negocio jurídico en el que los demandados Humberto Hernández Roa y Yolanda del Carmen López Bernal, fungieron como vendedores”* de dicho apartamento, *“como quiera que la real y cierta voluntad de*

tales declarantes fue todo lo contrario, esto es, el querer someter tal inmueble a dicho régimen”.

ii) Declarar que la estipulación cierta y real que esos consortes convinieron fue la de afectación a vivienda familiar, razón por la que debe ordenarse la modificación de esa manifestación en dicho instrumento público.

iii) Declarar la simulación absoluta de la hipoteca abierta y de cuantía indeterminada que Cesar Alonso Castellanos Torres constituyó mediante E. P. No. 5444 del 15 de noviembre de 2007, otorgada en la Notaría 63 de Bogotá, en favor de la sociedad Construcciones e Inversiones A. M. C. S. A., sobre el referido inmueble, en razón de la inexistencia de los créditos garantizados con este gravamen.

iv) Declarar la simulación absoluta del contrato de dación en pago celebrada entre Cesar Alonso Castellanos Torres y Construcciones e Inversiones A. M. C. S. A., mediante E. P. No. 1.443 del 23 de agosto de 2010, de la misma Notaría, dada la inexistencia de los créditos que se pretendieron pagar con el traspaso del dominio de dicho inmueble.

v) Declarar que Cesar Alonso Castellanos Torres por fingir dicha hipoteca y dación en pago, ocultó o distrajo dolosamente del haber de su sociedad conyugal el inmueble señalado y sea condenado a perder su porción quedando obligado a restituirlo doblado de conformidad con el artículo 1824 del Código Civil.

vi) Ordenar a la sociedad convocada que restituya real y materialmente el aludido inmueble, junto con sus correspondientes frutos civiles y naturales, que está percibiendo o pudo haber percibido con mediana diligencia hasta el día en que se produzca.

vii) *“Declarar la simulación absoluta de la cesión que realizó Cesar Alonso Castellanos Torres a favor de Cristóbal Rodríguez Caicedo de las 28.500 acciones que poseía en la sociedad Construcciones e Inversiones AMC S. A. (...), inscrita en el libro oficial de accionistas de esa Compañía, el día 23 de enero de 2009, como quiera que ese negocio jurídico no fue real, ni cierto, ni esa fue la verdadera intención del cedente, ni del cesionario, ni tampoco éste le satisfizo el pago del precio que le correspondía”*.

viii) Declarar que el señor Cesar Alonso Castellanos Torres, al haber simulado en forma absoluta la referida cesión de las 28.500 acciones, las ocultó o distrajo dolosamente del haber de su sociedad conyugal, razón por la cual se condene a perder su porción en ellas, quedando obligado a restituir las dobladas en

su valor real o comercial a su consorte Olga Cecilia Salamanca García, como lo prevé el artículo 1824 del Código Civil”.

2. Fundamentos fácticos de las pretensiones

2.1. El 2 de junio de 2006, mediante E. P. No. 2.392 de la Notaría 53 de Bogotá, Olga Cecilia Salamanca García contrajo matrimonio con Cesar Alonso Castellanos Torres.

2.2. César Alonso Castellanos Torres mediante E. P. No. 5.443 del 15 de noviembre de 2007 de la Notaría 63 de Bogotá, adquirió el inmueble ubicado en la calle 170 No. 68-73 hoy calle 169B No. 75-73 de Bogotá, con derechos exclusivos para el uso de los garajes Nos. 529 y 530 para destinarlo a vivienda, efecto para el que Olga Cecilia Salamanca García también suscribió el referido instrumento, en el que ambos consortes manifestaron su voluntad de sometimiento al régimen de afectación a vivienda familiar.

2.3. El señor César en la misma fecha y Notaría, mediante E. P. No. 5444 del 15 de noviembre de 2007, constituyó sobre el mismo inmueble hipoteca abierta en cuantía indeterminada en favor de Construcciones e Inversiones AMC S. A, sin que la señora Olga hubiese expresado su consentimiento, transgrediendo la exigencia legal de doble firma prevista en el artículo 3º de la Ley 258 de 1996.

2.4. Dichos instrumentos públicos resultaron adulterados precisamente en aquellos apartes en los que se había hecho constar la afectación de ese inmueble a dicho Régimen, no solo mediante el cambio de sus hojas, sino en cuanto a la real, cierta y verdadera manifestación que se había hecho, apareciendo que el inmueble no fue afectado.

2.5. Si el inmueble quedó afectado a vivienda familiar en la compraventa, la hipoteca quedó viciada de nulidad absoluta, si la actora hubiese firmado no se estructuraría el vicio contractual, como eso no ocurrió no quedó otro camino que alterar el texto de la compraventa con respecto a la afectación a vivienda familiar, sin que hubiese necesidad de alterar el segundo contrato.

2.6. A mediados de 2008, se intensificaron los conflictos de pareja, mientras la actora estaba embarazada se vio compelida a irse a casa de su padre, en atención a amenazas de su consorte bajo el influjo de alcohol, y ante la necesidad de protegerse junto con el niño que estaba por nacer, e instauró demanda de divorcio ante el Juzgado 2 de Familia, Rdo. 2008-1147.

2.7. Una vez se tuvo conocimiento de la inscripción de embargo en el mencionado inmueble el 18 de diciembre de 2008, se procedió a implementar fraude a la sociedad conyugal, fue confeccionada el Acta No. 7 de Asamblea de Propietarios de Construcciones e Inversiones AMC S. A. del 23 de enero de 2009, se consignó haber leído carta suscrita el 28 de diciembre de 2008 por el accionista Cesar Alonso Castellanos Torres.

En ese escrito dijo enajenar el total de sus acciones (28.500) por valor nominal previo agotamiento del derecho de preferencia, y sino que se autorizara la venta a Cristóbal Rodríguez Castellanos Torres, amigo de toda su vida, misma que fue aprobada, se incluyó el nuevo accionista quien adquirió en \$28.500.000 y el mismo día se procedió a inscribir la correspondiente cesión.

Ese negocio fue fingido, nunca se tuvo ánimo de comprar, tampoco se pagó el precio calculado en el valor nominal que entre otras cosas dista del comercial, no existió desembolso, tampoco ingreso para el vendedor, con lo que se buscaba distraer del patrimonio social esas acciones mientras se liquidaba la sociedad conyugal.

2.8. Se solicitó el embargo de acciones, se decretó mediante auto del 19 de agosto de 2009, y se libró oficio del 2 de septiembre de la misma anualidad, la madre de Cesar Castellanos, gerente y representante legal de dicha sociedad, contestó que no era posible dar cumplimiento.

Lo anterior porque el señor Cesar no tenía la calidad de accionista, evitando que fueran parte de los gananciales como quiera que tenía calidad de socio desde el 2005, y cuando contrajo matrimonio en el 2005 ingresaron al haber insoluto de la sociedad conyugal.

2.9. Practicado el secuestro de la casa por parte del Juzgado de Familia, la mentada sociedad acudió ante el Juez Civil del Circuito, formuló demanda ejecutiva hipotecaria contra Cesar Castellanos, y por intermedio de abogada a quien se endosaron tres letras de cambio creadas el 15 de noviembre de 2007 (fecha de la compraventa), por valor de \$50.000.000, \$60.000.000 y \$50.000.000, y pasado un año del vencimiento del último título valor.

En ese juicio se presentó copia de la referida E. P. No. 5444 del 15 de noviembre de 2007 de la Notaría 63 de Bogotá, y que fue adulterada en lo relacionado con la afectación a vivienda familiar, no coincide con el original que reposa en la mentada Notaría, pero sí con la copia que sirvió de fundamento a la inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá Zona Norte.

2.10. En ese proceso se libró mandamiento de pago el 24 de noviembre de 2009 y solo fue hasta el 4 de junio de 2010, cuando se notificó al demandado sin que se hubiese librado la citación, indicio de contubernio, sumado al absoluto silencio en el término de traslado, se obtuvo sentencia el 22 de junio de 2010, sin objeción a la liquidación del crédito que fue aprobada en providencia del 26 de julio siguiente.

2.11. Se efectuó dación en pago que llevó a la sustracción de la totalidad de la casa, a un total de \$257.000.000 y con un acomodado avalúo de \$230.513.818 para mostrar equivalencia entre la deuda y el valor de bien hipotecado, solicitando 3 días después de su otorgamiento autorización ante el juez para inscribir E. P. No.1443 de 2010 de la Notaría 63 de Bogotá.

2. Posición de la parte pasiva.

Los demandados se opusieron a las pretensiones. Formularon las siguientes excepciones:

2.1. Cristóbal Rodríguez Caicedo, Construcciones e Inversiones AMC S. A. y Cesar Alonso Castellanos Torres. Solicitaron declarar de oficio cualquier circunstancia o hecho que resulte probada durante el proceso.

2.2. Humberto Hernández Roa y Yolanda del Carmen López Bernal. Alegaron *“falta de legitimación en la causa por pasiva respecto a mis poderdantes”*. Actuaron como vendedores del bien, sin que las pretensiones puedan afectarlos o vincularlos.

ANÁLISIS DE LA SALA

1. La competencia del Tribunal está delimitada por los puntos de controversia expuestos en la sustentación de la apelación quedando vedados los temas que no hayan sido debatidos frente al fallo de primera instancia, como lo prevén los artículos 320 y 328 del CGP.

2. Se revocará parcialmente la sentencia atacada. Los puntos de inconformidad imponen acoger las pretensiones principales de nulidad absoluta. Los argumentos que respaldan esta tesis se analizan a continuación.

Previamente se advierte que la actora insistió en esta instancia solo en las pretensiones principales de nulidad absoluta, y en las subsidiarias de simulación absoluta de venta de acciones, por lo que cualquier otro tema queda vedado para su análisis, por la competencia que le asigna al Tribunal la inconformidad sustentada por el apelante.

3. La demandante enrostra yerro a la sentencia

confutada, rebate que se demostró que el inmueble objeto de este litigio quedó afectado a vivienda familiar cuyo desconocimiento abre paso a decretar la nulidad absoluta pedida en la demanda.

3.1. En este juicio se practicaron experticias que ponen de manifiesto que fueron alterados los negocios jurídicos contenidos en las E. P. Nos. 5443 y 5444 del 15 de noviembre de 2007 de la Notaría 63 de Bogotá, compraventa e hipoteca, respectivamente sobre la casa 265 y el uso exclusivo de los garajes 529 y 530 del Conjunto Residencial del Monte AG-3, de M. I. No. 50N-20390488.

3.1.1. Se incorporó experticia efectuada por **Jorge Arcenio Prado Brango** quien comparó esos dos instrumentos públicos que reposan en el protocolo de la Notaría 63 de Bogotá con los que se encuentran en el archivo de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá Zona Norte (fls. 485 y ss. Cuaderno1).

Con respecto a la escritura pública de compraventa (5443) concluyó que las que reposan en ambos archivos en principio son idénticas. Sin embargo, señaló que presentan inconsistencias en las páginas 1 y 2, 13 y 14, no tienen numeración acorde con las demás, no hay correspondencia entre la primera y última parte dado que al inicio solo se mencionó a las partes del contrato y no a la demandante.

De igual manera, sostuvo que las páginas **13 y 14**, correspondientes a la hoja notarial AA32183574 tiene un tamaño de letra disímil con respecto a las demás hojas, además cada página tiene entre 32 y 34 renglones, pero aquellas tienen 35, situaciones que a su juicio evidencia que la hoja original fue cambiada.

Con respecto a la escritura de hipoteca (5444) que se encuentra en dicha Oficina de Registro no corresponde con la que obra en el protocolo de la Notaría 63 de Bogotá, difiere en el tamaño de la letra en la página 13 y 14, no hay concordancia entre los números de serie, y a partir de la hoja 3 hasta la 11, y de la 15 en adelante los seriales concuerdan.

En la parte superior de la página No. 15, del instrumento que se encuentra en el protocolo de la Notaría hay ausencia del número 5444 que aparece en las demás hojas y en la copia que reposa en la oficina de registro. El tamaño de la letra de la cláusula decimoquinta es visiblemente más pequeño.

En la zona inferior de la página 15 de la copia de la Notaría no existe el texto de *“comprobantes fiscales”* como la que está en registro, sino que está el párrafo que tiene seis renglones, terminando la página con el texto que dice: **“No se encuentra afectado a**

vivienda familiar”.

El dorso de la página 15 del protocolo inicia con el texto “*comprobantes fiscales*”, en cambio en la oficina de registro con “*El (los) siguiente (s) comprobantes que acrediten*”. En la página 17 de la Notaría aparece que la hoja No. 15 se hizo en papel notarial AA-3282698, mientras que en registro se hizo en la AA32182884. De igual manera, en el extendido contiene texto de “*enmendado AA32182698*”, y en la Oficina de Registro figura extendida en la hoja AA321820884, sin texto de enmendado.

En la notaría la misma página inicia con “*cualquiera obligación pendiente sin solucionar total o parcialmente*”, en la oficina de registro con: “*mientras que exista a favor de la acreedora hipotecaria cualquier obligación pendiente sin solucionar total o parcialmente*”. En la última no aparece en la cláusula decima quinta la anotación que dice: “*para dar cumplimiento a lo ordenado en el decreto 1681 del 16 de septiembre de 1996 (...)*”.

En la página No. 17 y dorso de la E. P. No. 5443/07, en la zona para firmas no hay coherencia en el orden de comparecencia, la demandante debió firmar después de César Torres, además fue puesto en momento diferente porque está hecho en máquina de escribir y los demás en impresora

Concluye el perito que las escrituras fueron adulteradas en las hojas relacionadas con el tema de la afectación al régimen de vivienda familiar. Dice que las páginas 1 y 2 presentan una numeración no acorde con las siguientes, igualmente ocurre con las páginas 13 y 14.

Existe adulteración de la Original de la E. P. 5444 que obra en la Notaría 63 de Bogotá, cotejado con la copia que obra en la Oficina de Registro. La hoja de papel notarial página 15, no sigue la secuencia numérica, espacio y tipo de letra no es similar en tamaño al utilizado en el resto de hojas.

No se puede identificar la autenticidad de ninguna de ellas, porque en la página 17 en el extendido, cada una señala el papel notarial que corresponde a la página 15, siendo esta última diferente. En el texto del protocolo hay constancia de enmendado que corresponde a la página AA32182698 si vale, lo que permite inferir que fue adulterada por lo menos dos veces.

Vía aclaración refirió que tanto en la página 1 como en la 13 de la E. P. No. 5443, se trata el tema de la afectación a vivienda familiar (fls. 611, página 789).

3.1.2. Con memorial de objeción a esa

experticia se trajo el concepto técnico documentológico efectuado sobre esos instrumentos públicos por parte de **Carlos Néstor Rosas Beltrán**. Manifestó que revisó el libro de protocolo tomo número 291 donde están archivadas la escrituras en la Notaría 63 del Círculo de Bogotá (fls. 623 página 801).

Su conclusión es que esos textos no presentan ningún tipo de adulteración en cuanto a la materialidad de los documentos, no se advierte que los caracteres alfanuméricos hayan sido manipulados por algún tipo de borrado de carácter supresivo que altere el apresto de papel, solo se puede apreciar que hubo “*una supresión de dígitos en las escrituras 5443 (15 y 17) y en la 5444 (17 y 19) que parte de la numeración de los folios (...) no se halló ningún tipo de adulteración, borrado mecánico o químico que indiquen la manipulación de la información impresa*” (fls. 635).

3.1.3. Como prueba de las objeciones formuladas a la primera experticia se decretó dictamen pericial (fls. 722, pág. 905 C1) que fue presentado por **Luis Alfredo Archila Báez** (fls. 823, pág. 1055 C1). Para esa finalidad refirió que hizo visita de campo a la Notaría 63 de Bogotá.

Explicó que no había secuencia en la numeración, debido a que el papel notarial inicialmente se utiliza en borrador antes de la escritura final y que es leída ante los que en ella intervienen, se imprime y es firmada por las partes, protocolo que se maneja en esa oficina, según le manifestaron en su visita (fls. 829 C1).

Con respecto a la escritura pública de compraventa (5443), refirió que cada uno de los folios están claramente numerados, el número de escritura en sello húmedo con tinta de color verde, el de la página de cada folio, con la diferencia que en los folios 15 y 17 se utilizó una fuente más grande debido a que se foliaron en una máquina de escribir.

De igual modo, sostuvo que el resto de las páginas estaban en el mismo tipo de números del computador con el que se trabajó el borrador, y que no encontró ningún tipo de alteración, borrado mecánico, o químico, sustitución, raspado, interpolación, supresión, que haya podido alterar el contenido de la escritura.

Manifestó que “*el tamaño de los textos impresos y la fuente utilizados en la Escritura Pública 5443 obrantes en la página número 13 bajo el número de folio sellado de la Notaría 63 en comento individualizado con el número AA32183574 son diferentes con respecto a los demás folios*”.

Refirió que ningún folio ha sufrido alguna

clase de adulteración en su contenido porque por el contrario mantiene su uniformidad en cada uno de sus aspectos generales como alfanuméricos, seriales, numeración de páginas y sello húmedo individualizante.

Explicó con respecto al contenido de los textos del folio 13 de la E. P. 5443 individualizado con el No. AA321835574 que en letra mayúscula y negrilla se dijo que no se somete a régimen de afectación a vivienda familiar, además que no presenta ningún tipo de alteración sobre el aspecto del papel que evidencia algún tipo de borrado mecánico o químico, raspado con algún elemento corto punzante con el fin de reemplazar o cambiar alguna información.

En el reverso de la página 15 de la E. P. No. 5443 tampoco se evidencia alteración, adulteración, borrado mecánico, químico, o interpolación de los textos impresos ya que se llenó el folio por parte de un empleado de la Notaría dejando constancia de cada uno de los folios de papel sellado.

Con respecto a la E. P. No. 5444 (fls. 832, página 1064), dictaminó que no presenta ningún tipo de alteración, tampoco borrado, mecánico, o químicos, enmendaduras, raspados, cambio de datos.

Dijo también, “revisé y analicé visualmente otras escrituras que conforman el tomo 291, encontré que se implementan los mismos protocolos para cada una de las escrituras, situación corroborada por el empleado quien me lo expresó verbalmente.

Los folios 17 y 19 con números AA32186801 y AA3218500 presentan un borrado mecánico y reimpresso con máquina de escribir con el fin de que hubiera secuencia en la numeración de los mismos, sin que se presentara algún tipo de alteración en el contenido de la escritura en mención.

En el 15 No. AA32182698, se presenta una enmendadura sobre estos caracteres, y se hizo salvedad en el extendido que reza enmendado AA32182698- si vale. Revisó el tomo 291, manifestó que se utilizó el mismo protocolo en elaboración aplicado a las escrituras, tomó como ejemplo las Nos. 5442 y 5445, tuvo en cuenta el extendido aplicable en todas, cada folio alfanumérico está en máquina de escribir.

3.1.4. Otro dictamen pericial traído a Juicio fue el elaborado por Oscar Fajardo Guzmán (fls. 843 pág. 1076, C1). Especificó que el objeto de la diligencia era verificar si existían rastros de alteración dentro del texto que estructura dichas escrituras públicas y compararlas con las que reposan en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos Zona Norte de Bogotá.

A manera de conclusión refirió con respecto de la E. P. 5443 del 15 de noviembre de 2007 que presentan correspondencia entre sí, son idénticas. No obstante, encontró inconsistencias que en condición de documentólogo forense permite inferir el posible cambio de la hoja No. 13.

Consistieron en que las páginas 1, 2, 13 y 14 no tienen numeración acorde con las demás, no hay correspondencia entre la primera y última parte, dado que al inicio no se mencionó a la señora Olga Cecilia Salamanca García.

Reiteró que las páginas 13 y 14, correspondientes a la hoja notarial No. AA32183574 tiene un tamaño de letra disímil con respecto a las demás hojas, cada página tiene entre 32 y 34 renglones, pero aquellas tienen 35, situaciones todas que permiten inferir razonadamente que la hoja original fue cambiada.

La escritura originalmente fue elaborada en letra Arial 12, mientras que las páginas 13 y 14 fueron elaboradas en Arial 11 y 10 con el fin de acomodar mayor cantidad de caracteres y por ende más texto.

En la página No. 17 y 18 (dorso), hoja de papel notarial AA 32186823 en la zona destinada para las firmas, no hay coherencia en el orden de comparecencia de los otorgantes, razón por la que la señora Olga debió localizarse después de Cesar Castellanos.

Con respecto a los datos de esta última, no corresponden con el mismo instrumento escritor con que fueron plasmados los nombres de los demás intervinientes, indica entonces que fue puesto en otro momento y con distinta fuente o elemento escritor.

Con respecto a la escritura de hipoteca (5444), encontró que en la parte superior de la página No. 15, del instrumento que se encuentra en el protocolo de la Notaría hay ausencia del No. 5444 que aparece en las demás hojas, y en la copiado de la misma que reposa en la Oficina de Registro.

La página No. 15 de esa escritura que reposa en la Notaría es la AA32182698, en la mentada oficina de registro es la AA32182884, con lo que se concluye que esta no es la fiel copia de aquella.

La misma página inicia en la Notaría con el siguiente texto: “*cualquiera obligación pendiente sin solucionar total o parcialmente*”, en cambio en la oficina de registro con: “*mientras que exista a favor de la acreedora hipotecaria cualquier obligación pendiente sin solucionar total o parcialmente*”, y en ésta última en la cláusula decima quinta no aparece

la anotación que dice: “*para dar cumplimiento a lo ordenado en el de crédito 1681 del 16 de septiembre de 1996 (...)*”.

El tamaño de la letra en la cláusula decimoquinta es visiblemente más pequeño. En la zona inferior de la página 15 del instrumento que está en Notaría no existe el texto de “*comprobantes fiscales*” como en registro, sino que está el párrafo que tiene seis renglones, terminado la página con el texto que dice: “*No se encuentra afectado a vivienda familiar*”.

El dorso de la página 15 del protocolo inicia con el texto “*comprobantes fiscales*”, en cambio el de dicha oficina de registro con “*El (los) siguiente (s) comprobantes que acrediten*”. En la página 17 aparece que la 15 se hizo en el papel notarial No. AA-3282698, mientras que en la segunda en el No. AA32182884, además el texto “*enmendado AA32182698*”, y en el instrumento de la Oficina de Registro figura extendida en la hoja de papel AA321820884, sin texto de enmendado.

Concluye que la escritura que aportó la Notaría 63 de Bogotá fue alterada, no hay correspondencia con los textos de la página 15 de la Escritura Pública 5444 de 2007 que obra en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos Zona Norte.

Existe alteración de la E. P. 5444 que aportó la Notaría 63 de Bogotá, no hay correspondencia en los textos de las páginas 15 y 16, como tampoco con el número de papel notarial de ninguna de ellas, dado que en el protocolo es la AA32182698 y en Oficina de Instrumentos Públicos es la AA32182884.

3.1.5. También se incorporó el Informe de Investigación del 23 de mayo de 2013, suscrito por el Patrullero **Gerardo Alberto Ardila Gómez**, técnico profesional en documentología que obra en el trámite penal (fls. 387, Pág. 387, archivo 02tomoII.pdf. 03 Cuaderno Tres Copias Fiscalía).

En este se dijo que el objeto de la diligencia era desplazarse hasta las instalaciones de la Notaría 63 de Bogotá, así mismo a la Oficina de la Superintendencia de Notariado y Registro para llevar el cotejo documentológico entre las escrituras públicas Nos. 5443 y 5444 de la misma Notaría.

Narró que una vez analizados los documentos hallados en la notaría, se encontraron vestigios de alteración de las escrituras 5443 y 5444 más exactamente en los folios 15, y 17 respectivamente.

Entre otras, refirió que en el anverso del folio

15 de la escritura pública 5444 del 15/11/2007, procedente de la Notaría 63, se evidencian una serie de diferencias frente al mismo folio del instrumento público que reposa en el archivo de registro, en aspectos como número de párrafos, líneas de texto que conforman el folio, identificación superior de la página.

En el anverso del folio 15 de la escritura pública 5444 observó: *i)* 5 párrafos; *ii)* individualización en la zona superior de la página con el número de escritura No 5444; *iii)* contiene texto y dígitos en diferente ubicación; *iv)* cuenta con 32 líneas escritas; *v)* contiene texto y dígitos en diferente ubicación; a diferencia de la segunda escritura referida en la cual encontró: *ii)* 4 párrafos; *ii)* es ausente el número de escritura; y *iii)* cuenta con 34 líneas.

En la interpretación de resultados, concluyó: *i)* los dígitos 15 y 17 de los folios o paginas de la E. P. No. 5443 presenta vestigios de tratamiento en sus soportes; *ii)* el dígito 17 que identifica el folio o página de la escritura pública No. 5444, presenta diferencias documentológicas en lo que respecta a la ubicación de textos, líneas de escritura y ausencia de texto (fls. 394, Pág. 394, archivo 02tomoII.pdf. 03 Cuaderno Tres Copias Fiscalía).

3.1.6. Como puede apreciarse, los dictámenes elaborados por Jorge Arcenio Prado Branco, Oscar Fajardo Guzmán y Gerardo Alberto Ardila Gómez, además de analizar individualmente cada uno de los dos instrumentos públicos objeto de controversia que reposan en el protocolo de la Notaría 63 de Bogotá, también los compararon con los que se encuentran en el archivo de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá Zona Norte.

Esa situación revela que se tratan de análisis más pertinentes para el caso, el cual se cimentó en que las mentadas escrituras fueron alteradas por sustitución de hojas, y no por borrado mecánico o químico, enmendaduras, raspado o cambio de datos que fue en lo que se concentraron los expertos Carlos Néstor Rosas Beltrán y Luis Alfredo Archila Báez, quienes solo examinaron el protocolo de la mentada Notaría.

Las objeciones formuladas estaban condenadas al fracaso, se cimentaron entre otras en que el perito hizo “*afirmaciones o juicios de valor*” dado que concluyó el cambio de páginas, empero se avizora que esto se cimentó en que algunas hojas no coinciden con el consecutivo de las demás o por tener características diferentes como tipo y tamaño de letra, explicaciones que se alejan de una opinión personal.

Ahora, si la inconformidad con esa experticia fue que la misma no examinó otros instrumentos públicos, infortunadamente no fue ese el objeto del dictamen, y es la parte interesada quien correspondía acreditar lo contrario como aduce haberlo hecho en su contestación (fls. 620, 636 C1).

La valoración de ese medio de prueba es del resorte del juzgador, bajo el tamiz de la sana crítica que excluye opiniones no cimentadas en bases razonables.

La objeción no puede cimentarse en tareas no encomendadas como lo fuera que debió examinar otros instrumentos públicos, o visitar la Notaría para determinar si es común cambiar el texto de las escrituras antes de su autorización, sería tanto como imponer un objeto distinto a lo que es materia de dictamen (fls.636 C1).

Tampoco se podía limitar esa probanza a la declaración de un testigo, la finalidad de ese medio de convicción establecida por el legislador no es patentar versiones de hecho que no le constan, y sobre todo cuando el mérito individual y en conjunto de las pruebas no incumbe a las partes o terceros al proceso (fls. 636 C1).

3.1.7. De las experticias se tiene en cuenta las conclusiones alusivas a que las páginas 1 (32186808, fls. 10 C1) y 13 (32183574, fls. 18) de la escritura de compraventa no tienen numeración consecutiva con las demás, y que la última tiene un tamaño de letra distinto al resto del instrumento (fls. 18 C1).

Téngase presente que este último hecho que se torna más relevante, lo corroboró el perito **Luis Alfredo Archila Báez** (fls. 823, pág. 1055 C1) quien dijo *“el tamaño de los textos impresos y la fuente utilizados en la Escritura Pública 5443 obrantes en la página número 13 bajo el número de folio sellado de la Notaría 63 en comento individualizado con el número AA32183574 son diferentes con respecto a los demás folios”*.

Se tiene en cuenta también que la escritura de hipoteca que se encuentra en la notaría puntualmente en la página 15 no tiene el número 5444 (fls. 34 C1) que aparece en el encabezado de las demás hojas y en la copia que reposa en la oficina de registro, además no es similar en tamaño, espacio y tipo de letra.

De igual modo, se atiende que esa página en la copia de la Notaría no existe el texto de *“comprobantes fiscales”* como la que está en registro, sino que está el parágrafo que tiene seis renglones, terminando la página con el texto que dice: *“No se encuentra afectado a vivienda familiar”* (fls.34. Cfr. fls. 91 C1, 74

C1).

Así mismo, el dorso de la misma se inicia con el texto comprobantes fiscales, en cambio el de dicha oficina de registro con *“El (los) siguiente (s) comprobantes que acrediten”*, además que se hizo en el papel notarial No. AA-3282698 (fls. 34 C1), mientras que en el segundo archivo aparece elaborada en la No. AA32182884.

También que en la primera oficina en la página 17 aparece que la hoja 15 se hizo en el papel notarial No. AA-3282698, mientras que en la segunda en el No. AA32182884, además el texto *“enmendado AA32182698”*, y en la Oficina de Registro figura extendida en la hoja de papel AA321820884, sin texto de enmendado (Cfr. 75 vto., 92 Vto.).

De igual manera que se avizora que en la notaría la misma página inicia con *“cualquiera obligación pendiente sin solucionar total o parcialmente”*, mientras que en la oficina de registro con: *“mientras que exista a favor de la acreedora hipotecaria cualquier obligación pendiente sin solucionar total o parcialmente”*.

Se advierte que a este juicio se trajeron las E. P. Nos. 5442 y 5445 del 15 de noviembre de 2007 de la misma Notaría, a pesar de que se puede corroborar que la identificación alfanumérica de las hojas no es consecutiva (fls. 194 C1, pág 292, fls. 204, pág. 204), y que el extendido está elaborado en lo que a la vista parece ser máquina de escribir electrónica (fls. 200 C1), no permiten tener por hecho cierto que sea común en las escrituras de esa notaría encontrar páginas completas en tamaño y tipo de letra diferente, menos en las que tengan que ver con la afectación a vivienda familiar.

3.1.8. Las páginas que mayores diferencias tienen en punto a la uniformidad respecto de las demás son la página 13 de la escritura de compraventa y 15 de la hipoteca que una vez revisadas ciertamente tiene que ver con la *“no afectación al régimen de afectación a vivienda familiar”*, reprochada por la parte actora.

Nótese, en la página 13 de la escritura Pública 5443, se dice: *“para dar cumplimiento de la ley doscientos cincuenta y ocho (258) de mil novecientos noventa y seis (1996) (...) la Notaría indagó a el comprador sobre su estado civil quien manifestó bajo la gravedad de juramento que es casado con sociedad conyugal vigente y que el inmueble que adquiere por este instrumento público, NO LO SOMETE AL RÉGIMEN DE AFECTACIÓN A VIVIENDA FAMILIAR POR SER SU LIBRE Y EXPRESA VOLUNTAD”* (fls. 18 C1).

Igualmente, el anverso de esa página tiene que ver con dicho régimen, dice: *“En virtud de lo*

anterior comparece Olga Cecilia Salamanca García, mujer colombiana (...) quien comparece en calidad de cónyuge del comprador y manifestó: Que acepta la No afectación a vivienda familiar que hace su cónyuge Cesar Alonso Castellanos Torres”.

Así mismo, en la página 15 de la hipoteca se plasmó: “*parágrafo: para dar cumplimiento a lo establecido en la Ley 258 de 1996, reformada por la Ley 854 de 2003, La notaría indagó a el (la -los) hipotecantes quien (es) manifestó (aron) bajo la gravedad de juramento que su (sus) estado (s) civiles (es) es (son) casado con sociedad conyugal vigente, y que el inmueble objeto de esta hipoteca NO SE ENCUENTRA AFECTADO A VIVIENDA FAMILIAR” (FLS. 34 C1).*

3.2. En este trámite se demostró que al momento en que la señora Olga Cecilia Salamanca García suscribió la escritura de compraventa (5443), un día después de que comprador y vendedor hubiesen firmado (16-11-2007), el inmueble se encontraba afectado a vivienda familiar, tema que como quedó visto es en las páginas que los expertos advierten alteraciones.

3.2.1. En declaración extra-juicio absuelta en la Notaría Primera de Chía y ratificada por la codemandada Yolanda del Carmen López Bernal, refirió:

Acudí personalmente el día 15 de Noviembre de 2007 a la Notaría 63 del Círculo de Bogotá, en compañía de mi esposo Humberto Hernández Roa (...) a fin de firmar la escritura pública de la venta de nuestra casa de habitación No. 265 (...) a favor del señor César Alonso Castellanos Torres, y en efecto, ese día el señor Castellanos suscribió la respectiva escritura de compraventa.

Que recuerdo que en la escritura pública que firmamos mi esposo y yo, se mencionaba a la esposa del señor César (...) o sea, a la señora Olga Cecilia Salamanca, y que allí se mencionaba que el inmueble sí quedaba afectado a vivienda familiar, pero en ese momento la señora Olga (...) no estuvo en la Notaría.

Que cuando salimos de la Notaría, yo llamé a Olga (...) y le pregunté que por qué no había ido (...) a la Notaría a firmar, contestándome ella que no tenía ni idea que ese día se iba a realizar escritura, pero que César también la había acabado de llamar para que pasara a la Notaría a primera hora del día siguiente para que firmara, frente a lo cual, yo la felicité porque la casa había quedado afectada a vivienda familiar (...). Le ofrecí mi compañía pues yo sabía donde era la Notaría, y, además le ofrecí mi automóvil puesto que me comentó

que (...) con su hija valentina.

Que al día siguiente en la mañana, ósea el 16 de noviembre de 2007 la recogía, y asistimos al Centro Comercial Mazurén, en dónde quedaba la Notaría en el segundo piso, entramos y le indiqué quien era la Notaria, entonces ella, se presentó como la esposa de César Castellanos, y la Notaria le dijo que necesitaba que firmara rápido para continuar la diligencia, y le pasó la escritura, puesto que Olga Cecilia me preguntaba que le mostrara en dónde estaba la afectación a vivienda familiar, y yo le dije mira leí toda la escritura, y le mostré donde estaba lo relacionado con esa afectación, y la volvía a felicitar (...). (fls. 444 C02 Tomo II, Cuaderno tres copias Fiscalía).

Como en agosto del año pasado, o sea, del 2010 (...) volvimos a revisar la escritura, y las dos observamos y concluimos que el texto de algunas hojas había sido modificado, no figuraba ya el sí de afectación a vivienda familiar, y la secuencia de las numeración no era la misma, además el tamaño de la letra en esa parte era más pequeña que el tamaño de las letra del resto de las hojas de la escritura, es decir concluimos que se había cambiado lo relacionado con la afectación a vivienda familiar que nosotras habíamos leído, primero yo, cuando firmé la escritura con mi esposo, y luego las dos al otro día, cuando ella firmó en mi presencia y por lo cual la había felicitado nuevamente razón que teníamos para habernos ido a almorzar precisamente para celebrar esa protección que le había dejado su esposo a ella y a su hija valentina (fls. 242 C1; fls. 444 C02 Tomo II, Cuaderno tres copias Fiscalía).

3.2.2. En interrogatorio de parte la misma demandada manifestó haber ido a la Notaría con su esposo el 15 de noviembre de 2007, con miras a hacer las escrituras de compraventa en calidad de vendedores, se encontraron con los señores Teovaldo, Edith y César, preguntaron por qué no había comparecido la señora Olga, el último contestó que asistía después.

También dijo que se quedó revisando escrituras hasta el final, luego salió a llamar a la demandante y a preguntar la razón de su inasistencia, recibiendo como respuesta que no tenía conocimiento. Pidió a la misma no contar de esa llamada al señor Cesar, haberla felicitado porque la casa quedó protegida para la niña que tenían, o sea había quedado con afectación.

La demandante preguntó qué era eso, y la declarante contestó que quedaba protegida, y que le daba mucha alegría. Relató también que la primera contó que el señor César le daba para un taxi, se ofreció a llevarla, la recogió al día siguiente, fueron hasta la Notaría, se presentó ante la Notaria quien recogió unas escrituras

que tenía listas, y dijo que firmara rápido.

Relató que la señora Olga le preguntó que donde era que decía que el inmueble quedaba con afectación, ante lo cual la primera le explicó, leyeron las escrituras y se fueron, cuando salieron la invitó almorzar, la felicitó y la dejó en su casa.

Se preguntó si estaba segura que el día que fueron a firmar escrituras el inmueble estaba afectado a vivienda familiar, contestó que sí, acordarse que cuando fue a firmar con su esposo leyó, y cuando fue con la señora Olga volvieron a mirar y le dijo a la demandante que aparecía como sí en la parte de afectación (fls. 86. Página 520).

3.3.3. En similar sentido declaró la señora Yolanda el 19 de febrero de 2013, en el trámite penal Rdo. 2011-14846 (Cfr. fls. 298, Pág. 298, archivo 02tomoII.pdf. 03 Cuaderno Tres Copias Fiscalía).

3.3.4 A este litigio también concurrió Victoria Consuelo Saavedra Saavedra quien fungió como Notaria de los instrumentos cuestionados (fls. 472, C1, pág. 572). Refirió que el cierre no estaba adulterado, borrado, repisado o enmendado (...). Con respecto a la E. P. No. 5444 dijo que había un cambio de hoja que en extendido aparece como enmendado de la hoja 32182C98.

Al preguntarle cómo se podía explicar que el tamaño de la letra pueda cambiar con respecto al resto de las demás, en particular contestó que en las notarías las digitadoras muchas veces cambian el tipo de letra, muchas cosas que se deban corregir en ocasiones, que quedó mal escrita una palabra, también hay máquina, en muchas no solo se puede hacer a computador, sino también a máquina, o que comparezca otro tipo de letra es normal en un momento dado.

A pesar de que estas dos declaraciones en cierta medida se contradicen, la señora Yolanda sostiene que para el momento en que Olga Cecilia Salamanca García acudió a firmar constaba en la compraventa afectación a vivienda familiar, la entonces Notaria aboga por que en este caso no se alteró el contenido de ese negocio.

La versión de Yolanda del Carmen López Bernal se torna creíble porque explicó la ciencia de su dicho, o sea, la forma como tuvo conocimiento de esos hechos, en verdad corresponden a situaciones que eventualmente podrían traer consecuencias negativas a sus intereses (nulidad de los actos) o favorecerían a su contraria, y sin embargo, mantuvo su declaración siempre coherente y dirigida al mismo hecho, es decir, que sí se había pactado la limitación al dominio.

Cabe recordar que de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, la simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas y estas *“alcanzan relevancia, sólo en la medida en que “el declarante admita hechos que le perjudiquen o, simplemente, favorezcan al contrario”*.

La declaración de la testigo Saavedra en cambio no es suficiente para sostener que en este caso esos instrumentos no se hubiesen alterado, sobre todo de cara a la explicación que dio frente a la diferencia del tamaño de letra en algunas páginas, a pesar de que manifestó que en las notarías las digitadoras muchas veces cambian el tipo de letra, en puridad no corresponde a una declaración de su parte como memoria histórica de lo que efectivamente sucedió. Si bien es plausible que en ocasiones quienes digiten textos puedan cambiar el tamaño de la letra y que incluso dicho actuar pueda ser involuntario, en tratándose de la confección de instrumentos públicos destinados a acreditar la fe pública del contenido de las declaraciones de los particulares en sus negocios jurídicos, no se justifica tal accionar, porque la formalidad de la escritura ciñe que todo cambio o alteración de su contenido implique el consentimiento expreso y escrito de todos los otorgantes, por lo cual la uniformidad de los caracteres impresos y formales es lo mínimo que se espera de la fe notarial impresa en las escrituras públicas.

De esas dos versiones lo que se puede extraer es que si la doctora Victoria reconoció en su declaración que la señora Olga fue la última que firmó, y para este momento estaba la anotación de afectado a vivienda familiar según lo cuenta la señora Yolanda, resulta imperioso estarse a que ese negocio quedó supeditado a ese régimen, máxime que conforme lo prevé el artículo 2 de la Ley 258 de 1996, dicha limitación al dominio opera por ministerio de la ley respecto de las viviendas que se adquieran con posterioridad a la vigencia de dicha normativa.

3.3. De manera que la compraventa protocolizada mediante E. P. No. 5443 del 15 de noviembre de 2007 de la Notaría 63 de Bogotá, sobre el inmueble de M. I. No. 50N-20390588 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, Zona Norte, por voluntad de los comparecientes se aprobó su texto con afectación a vivienda familiar, y a la fecha ese documento no da cuenta de esa situación, surgiendo diáfano que se trata de un negocio jurídico viciado de nulidad absoluta, por desconocer ese régimen.

Lo anterior porque el inciso final del artículo 6

de la Ley 258 de 1996, dispone que quedarán viciados de nulidad absoluta los actos jurídicos que desconozcan la afectación a vivienda familiar, y el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 960 de 1970, prevé que son nulas las escrituras en que se omita el cumplimiento de los requisitos esenciales, entre otros cuando los comparecientes no hayan prestado aprobación al texto del instrumento extendido.

Recuérdese, la Corte Suprema de Justicia explicó: “[D]ado que durante el proceso de *“perfeccionamiento” de una escritura pública puede incurrirse en nulidad, lo que acontece cuando se omite el “cumplimiento de los requisitos esenciales”, (...) 3.1.- De los primeros, se ocupa en forma específica el artículo 99 del Decreto en mención, casos en los cuales se sanciona, por el legislador el vicio de que se trate, con la invalidez del acto notarial en cuestión”*

3.4. Teniendo en cuenta que la parte actora respecto de ese negocio jurídico -compraventa- solicitó solo que se declarara la nulidad absoluta de *“aquella estipulación de los consortes Cesar Alonso Castellanos Torres y Olga Cecilia Salamanca García Relacionada con el NO afectación a vivienda familiar”* (fls. 104, pag. 187), esto es la nulidad absoluta parcial y no de todo el acto jurídico, se advierte que esta pretensión es procedente.

Memórese, el artículo 902 del Código de Comercio, dispone: *“la nulidad parcial de un negocio jurídico, o la nulidad de alguna de sus cláusulas, solo acarreará la nulidad de todo el negocio cuando aparezca que las partes no lo habrían celebrado sin la estipulación o parte viciada de nulidad”*.

La anterior regla es una consagración legal de principio de conservación de los contratos en materia de nulidades, sobre el cual la doctrina especializada explica: *“la nulidad parcial no comporta de por sí la nulidad total del contrato. En cuanto sea posible, encuentra aplicación el principio de conservación del contrato; a este principio se remite la ley con fórmulas diferentes; justamente con respecto a la nulidad parcial en sentido objetivo establece que ella comporta la nulidad de todo el contrato solo si resulta que los contratantes no lo habrían celebrado sin la parte de su contenido que se vea afectada por la nulidad”*

Y que no se diga que esa regla no es aplicable a casos de índole civil, en la medida que contiene el mentado principio o mandato de optimización, sobre el tema la doctrina enseña:

Puede suceder que el intérprete, en presencia de una o varias cláusulas del acto, llegue a la conclusión de que estas legalmente están condenadas a la ineficacia, surge entonces el

problema de decidir si esta ineficacia parcial conduce o no a la ineficacia total del acto. Una respuesta a priori, afirmativa o negativa, a este interrogante dejaría de consultar, o bien el propósito del legislador de dotar la voluntad privada de eficacia jurídica, o bien el de imponerle a dicha voluntad los límites compatibles con el interés social. Por consiguiente, el dilema debe resolverse de conformidad con los principios generales, **según lo hace la comentada disposición del Código de Comercio [art. 902] que, por ello es aplicable en materia civil”**.

Atendiendo las anteriores premisas, y como se echa de menos prueba contundente de que en este caso las partes no hubiesen celebrado la mentada compraventa, esto es que Humberto Hernández Roa y Yolanda del Carmen López Bernal en calidad de vendedores y Cesar Alonso Castellanos Torres como comprador no hubiesen establecido ese vínculo jurídico sin la prenotada estipulación o parte viciada de nulidad, no hay lugar a decretar la nulidad absoluta de todo el negocio, sino de esa estipulación, ordenando tomar nota en ese instrumento de que sí quedó afectado a vivienda familiar.

3.4.1. Así las cosas, y ante la evidente alteración del contenido de la escritura pública de compraventa que desconoció el derecho de la cónyuge y de su hija a que el bien inmueble se afectara a vivienda familiar, es dable acoger la interpretación garantista que proteja a la mujer por la perspectiva de género, en cumplimiento del precedente sentado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-338 de 2018, por medio de la cual se obliga a dispensar una justicia diferenciada que supere los desequilibrios generados por la violencia económica contra la mujer, así que ante las perspicuas evidencias de alteración de la escritura, se impone la declaratoria de la nulidad de la estipulación que desconoció la limitación del dominio del inmueble, que no sobra advertir, debía operar por ministerio de la ley.

3.5. Por las mismas razones esbozadas se impone acoger las pretensiones principales de nulidad absoluta de los contratos de hipoteca y dación en pago, protocolizados respectivamente en E. P. No. 5444 del 15 de noviembre de 2007 de la Notaría 63 de Bogotá, y E. P. No. 50N-20390488 del 17 de septiembre de 2010 de la misma Notaría.

El artículo 3 de la Ley 258 de 1996, dispone: *“los inmuebles afectados a vivienda familiar solo podrán enajenarse, o constituirse gravamen u otro derecho real sobre ellos con el consentimiento libre de ambos cónyuges, el cual se entenderá expresado con su firma”*.

Dado que dicho inmueble por voluntad de los cónyuges y por ministerio de la ley conforme lo antes explicado, quedó afectado a vivienda familiar, y estos dos negocios jurídicos no fueron consentidos por la señora Olga Cecilia Salamanca García, no aparecen suscritos por la misma, resulta palpable que también quedaron viciados de nulidad absoluta abriendo paso a su declaratoria (art. 6 de la misma reglamentación).

Es importante poner de presente que los efectos del mentado vicio también cobijan a la sociedad Construcciones e Inversiones AMC S. A., dado que su representante legal Edith Marlen Torres Garzón, además de su indiscutible calidad de madre de Cesar Alonso Castellanos Torres, no fue ajena a esa negociación, estuvo presente inclusive el día en que se suscribieron las escrituras de compraventa y se constituyó en su favor la correspondiente hipoteca, momento en que como quedó visto, estaba en el instrumento principal la afectación a vivienda familiar.

Nótese, la señora Yolanda del Carmen López Bernal (vendedora) en su interrogatorio narró que el 15 de noviembre de 2007 (fls. 386, pág 520), cuando fue a la notaría junto con el señor Humberto Hernández a firmar las escrituras de compraventa, encontraron en ese lugar al señor Teovaldo Tucides Castellanos Suarez y Edith Marlen Torres Garzón, padres del comprador César Alonso Castellanos Torres, quienes también eran conocedores de que este se encontraba ligado a la actora por el vínculo del matrimonio desde época anterior, esto es desde el 2 de junio de 2006 (fls. 3 C1).

Esto se afianza si se tiene en cuenta que la misma Edith Marlen Torres Garzón en el interrogatorio absuelto el 2 de julio de 2014, en el trámite penal Rdo. 2011-14846, al preguntarle cuál fue la razón por la que la señora Olga Salamanca no acudió a la Notaría 63 el 15 de noviembre de 2007 a firmar las escrituras, simultáneamente con su esposo y los vendedores, contestó: porque no se tenía conocimiento de que tenía que estar presente (Página 64. Proceso Penal).

De igual modo, dijo que la escritura de hipoteca se firmó el mismo día en que el señor Cesar firmó la compraventa y ante los vendedores, manifestación que además de corroborar la asistencia de la señora Yolanda en esa oportunidad dando firmeza a su versión (Página 64. Proceso Penal), devela que en verdad tuvo conocimiento de la afectación a vivienda familiar, no se puede perder de vista que aun al día siguiente (16-11-2007), cuando la señora Olga fue a firmar, todavía se encontraba esa anotación como quedó analizado en precedencia.

4. Se procede entonces a establecer las restituciones que habrán de hacerse por la declaratoria de nulidad absoluta de la dación en pago, dado que el negocio de compraventa se mantiene en la vida jurídica con las anotaciones indicadas y la hipoteca en atención a su naturaleza no implicó la entrega de bienes.

Para ese efecto, se recuerda que el artículo 1746 del Código Civil consagra que la nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

4.1. Según E. P. No. 1443 del **23 de agosto de 2010** de la Notaría 63 de Bogotá, en atención a la deuda de \$257.000.000 de Cesar Alonso Castellanos Torres con la sociedad Construcciones e Inversiones AMC S. A, por concepto de capital e intereses, costas judiciales y agencias en derecho según proceso que cursó en el Juzgado 6 Civil del Circuito de Bogotá, Rdo. 2009-00663, se constituyó dación en pago por falta de liquidez del primero y sobre el inmueble de **M. I. No. 50N-20390488**.

El anterior negocio fue autorizado por el Juez Sexto Civil del Circuito de Bogotá, mediante providencia del 2 de septiembre de 2010 (fls. 150, Cuaderno CopiasSextoCivilCircuito), y registrado en dicho folio de matrícula en anotación No. 12 del 17 de septiembre de 2010 (fls. 79 C1).

Según la cláusula cuarta de ese instrumento público, la entrega del inmueble transferido se acordó el día en que el juzgado sexto (6) civil del circuito de Bogotá, ordene el levantamiento de las medidas cautelares y ordene al secuestre para que efectúe la entrega (fls. 125, Cuaderno CopiasSextoCivilCircuito; 48 C1), cosa que ocurrió el **13 de octubre de 2010** (fls. 129, Cuaderno CopiasSextoCivilCircuito), sin que obre prueba o alegación en contrario.

Procede entonces ordenar a la sociedad demandada restituir el inmueble de M. I. No. 50N-20390488 al señor Cesar Alonso Castellanos Torres.

4.2. La parte actora solicitó también la restitución de dicho inmueble *“junto con sus correspondientes frutos civiles y naturales, que ésta percibió o pudo haber percibido con mediana inteligencia, hasta el día en que se produzca le referida entrega”* (fls. 107 C1, pretensión 9 principal), situación que impone determinar a partir de cuándo habrán de pagarse y el tipo de fruto a reconocer.

4.2.1. En lo que respecta al momento a partir

del cual se deben reconocer frutos, se recuerda que el inciso segundo del artículo 1742 consagra que las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses **y frutos**, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, **tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes**; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Sobre la interpretación de esa disposición normativa, la Corte Suprema de Justicia⁵ precisó que la restitución como consecuencia de la invalidez, si bien está gobernada por las reglas generales de las prestaciones mutuas, no es dable aplicar el límite temporal establecido en las mismas para esa finalidad⁶, es decir el momento a partir del cual se reconocen los frutos no depende de la buena o mala fe del contratante, esto haría nugatorio el efecto propio de toda declaración de nulidad y de fenómenos afines que no es otro distinto que retrotraer las cosas al estado en que se hallarían como si no hubiese existido el acto o contrato declarado nulo.

En esa oportunidad se explicó: “[a]unque para el efecto [restituciones], como se ha dicho, deben observarse las “*mismas disposiciones que gobiernan las prestaciones mutuas en la reivindicación*”, entre las cuales se encuentra el artículo 964 del Código Civil, **esto no significa que deba aplicarse en forma absoluta, en toda su extensión, incluyendo los límites temporales a que hace alusión, porque de ser así se negaría el efecto general y propio de la declaración de nulidad, cual es retrotraer las cosas al “estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.”**

De manera que los frutos a restituir deben reconocerse entonces desde la fecha del contrato nulo y, en su defecto, desde la entrega o cumplimiento de la obligación cumplida total o parcialmente, en este caso sería a partir del **13 de octubre de 2010**, solo de esa manera se cumpliría el efecto de la nulidad declarada que es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían como si no hubiese existido el acto o contrato.

4.2.2. En lo relativo el tipo de fruto a reconocer se tiene en cuenta que estos penden de la buena o mala fe de las partes, esta permite concretar si se devuelven los percibidos o si además de estos, los que hubiera podido percibir el dueño con mediana inteligencia. Así lo explicó la Alta Corporación:

Siempre que sea declarada la nulidad de un acto o contrato, las cosas han de retrotraerse al estado en que las partes se hallaban antes de su

celebración, lo que subsecuentemente abarca toda entrega o cumplimiento –en la medida de lo posible– que los contratantes en virtud del convenio, hayan llegado a efectuar, por supuesto, con cargo de restituir asimismo las especies de que da cuenta el precepto anotado, y dentro de ellas, los frutos, tomándose en cuenta la buena o mala fe de las partes, entre otras circunstancias, **pero sólo para saber qué tipo de frutos son los debidos: si los percibidos o si éstos y los que además hubiera podido percibir el dueño con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder”** (negrilla fuera de texto).

Esta Corporación, en sentencia del 12 de diciembre de 2018 emitida en el proceso radicado 110013103002720160016501 (exp 4679), dijo:

“[e]n esto se ha sostenido que en materia contractual no son aplicables los referentes temporales tenidos en cuenta para cuantificar expensas de procesos reivindicatorios, **pues el análisis de la buena o mala fe de los contratantes no siempre tiene la entidad de establecer el periodo de restitución de los frutos, pues tal tópico está determinado por los efectos retroactivos de la declaración de nulidad**, y el imperativo de retrotraer la situación al estado precontractual. Otra cosa es que la buena fe comporte un criterio cualitativo que precisa la clase de frutos que deben restituirse, pues sabido es que el contratante de mala fe debe reintegrar no solo los percibidos, sino lo que se hubieren podido devengar con mediana diligencia y cuidado”.

Quiere decir entonces que como los medios de convicción en esta instancia abogan porque la representante legal de la sociedad Construcciones e Inversiones AMC S. A., tuvo conocimiento de las particularidades de la negociación del inmueble en pugna, inclusive estuvo presente al momento de la suscripción de las memoradas escrituras públicas, conocía de la afectación originaria -afectación a vivienda familiar-, debe imponer el **pago de frutos que hubiera podido percibir el dueño con mediana inteligencia y actividad**.

4.2.3. En consideración a que dichos beneficios económicos, cual los describió la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de agosto de 2011 (ex.: 6182), son entendidos como “*el producido del bien en disputa relacionado con los paralelos gastos ordinarios de producción que son aquellos en que habría incurrido cualquiera persona para obtenerlos*”, se tomará como punto de partida de los cálculos, las disposiciones de la Ley 820 de 2003 (Régimen de Arrendamiento de Vivienda Urbana), esto por cuanto el provecho mínimo que puede obtenerse de un inmueble con las características del que es objeto de este

litigio, podría provenir, bajo una administración medianamente diligente, de su arrendamiento.

Se tiene en cuenta que el artículo 18 de la referida codificación establece como tope del canon respectivo, “*el uno por ciento (1%) del valor comercial del inmueble o de la parte de él que se dé en arriendo*” y asimismo establece que “*la estimación comercial (...) no podrá exceder el equivalente a dos (2) veces el avalúo catastral vigente*”, a lo que se suma que el canon 20 *ib.* señala que “*Cada doce (12) meses de ejecución del contrato bajo un mismo precio, el arrendador podrá incrementar el canon hasta en una proporción que no sea superior al ciento por ciento (100%) del incremento que haya tenido el índice de precios al consumidor en el año calendario inmediatamente anterior*”.

Se calcularán entonces los frutos que se habrían causado desde que la sociedad demandada recibió el inmueble (**13 de octubre de 2010**), hasta la época en que se profiere la presente decisión (septiembre de 2021). El Tribunal se apoyará principalmente en el avalúo catastral del año 2010 (**\$213.028.000**) (página 136 (fls. 129, Cuaderno CopiasSextoCivilCircuito), como se ha hecho en otras Salas de Decisión (*v.g.*, exp.: 2007-00753 01, sentencia del 6 de diciembre de 2017).

Con dicha orientación, se asume en esta oportunidad, que el canon de arrendamiento para el año 2010, alcanzaría la cifra mensual de **\$2.130.280**, esto es el equivalente del avalúo catastral al que recientemente se hizo alusión. Para un total de **\$345.784.018**

Entonces, de conformidad con los siguientes cálculos, por concepto de frutos civiles se reconocerá la suma de \$345.784.018, que corresponde a los cánones de arrendamiento causados desde el 13 de octubre de 2010, hasta el 29 de septiembre de 2021, incrementados anualmente con base en la variación del IPC, como lo prevé el artículo 20 de la Ley 820 de 2003.

Lo anterior, en armonía con el inciso 2° del artículo 283 del C. G. del P., acorde con el cual, en lo pertinente, “*el juez de segunda instancia deberá extender la condena en concreto hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia*”.

La misma metodología se aplicará, de ser el caso, para los meses subsiguientes al proferimiento de esta providencia, hasta que se restituya el inmueble.

5. Finalmente, se impone despachar desfavorablemente la pretensión alusiva a condenar a César Alonso Castellanos Torres a perder su porción conyugal en los términos del artículo 1824 del Código Civil, los puntos de apelación sustentados en esta instancia no develan que “*dolosamente*” hubiere ocultado o distraído bienes de la sociedad conyugal, a pesar de lo esbozado no puede concluirse que los hechos analizados fueran el producto de la intención de ese demandado, aunado a que conforme el numeral 22 del artículo 22 del C.G.P., es al Juez de Familia a quien le corresponde definir sobre la sanción prevista en el mencionado artículo.

6. La prosperidad de las pretensiones principales relevan a la sala de analizar las subsidiarias en que se insistió vía recurso de apelación.

PROCESO DE PERTENENCIA
MP DRA. MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ.
RADICADO: 11001310301120170001201.

TESIS: En conclusión, al no ser la promesa de compraventa un título traslativo de dominio no podrá considerarse justo título, y, por lo tanto, es inviable la pretendida prescripción ordinaria, tal y como lo concluyó la *a quo*.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

Que se declare que el señor **Marco Antonio Piñeros Dueñas**, adquirió por prescripción ordinaria de dominio el bien inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria número 50N-20083271 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá D.C., Zona Norte, ubicado en la calle 159A No. 90B – 10, de esta ciudad.

Que, como consecuencia de lo anterior, se ordene la inscripción de la sentencia en el folio de matrícula inmobiliaria respectivo.

1.2. Fundamentos fácticos:

El señor **Marco Antonio Piñeros Dueñas**, mediante promesa de compraventa suscrita el 27 de diciembre de 1990, prometió adquirir del señor **Leonidas Gacharna Navarro**, el inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria número 50N-20083271 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá D.C., Zona Norte, ubicado en la

calle 159A No. 90B – 10, de este distrito capital.

El demandante recibió la tenencia y posesión de su entonces propietario desde la suscripción de dicho documento preparatorio, condición que ha mantenido de manera quieta, pacífica e ininterrumpida.

Resaltó que la promesa de compraventa allegada es prueba del título requerido para la prosperidad de la prescripción ordinaria, pues de él se establece una posesión regular “*por cuanto desde que entró en posesión lo hizo como señor y dueño y no reconoce a ningún otro dueño o tercero que se crea con iguales o mejores derechos*”.

Contó, que realizó la construcción de una casa de habitación de dos pisos, junto con la acometida de servicios públicos. Igualmente, afirmó ser quien paga los impuestos y demás erogaciones necesarias para la conservación del bien inmueble.

Los herederos determinados y la cónyuge sobreviviente del señor **Leonidas Gacharna Navarro**, adelantaron proceso de sucesión, el cual actualmente se tramita en el Juzgado 31 de Familia del Circuito de Bogotá D.C., bajo el radicado 11001311000319901434, el cual no cuenta con sentencia de partición, así como tampoco fue inscrita medida cautelar alguna sobre el bien objeto de este proceso.

De otro lado, relató que los aquí llamados a juicio a través de proceso ordinario de resolución de contrato que fue tramitado en el Juzgado 12 Civil Municipal, con consecutivo 110014003012 1996 00012 00, pretendieron dejar sin efectos el acto de promesa de compraventa, amén de que, mediante sentencia calendada de 23 de junio de 2000, fueron denegadas las pretensiones de la demanda, sentencia que fuera confirmada por el Juzgado 32 Civil del Circuito de Bogotá D.C.

Los demandados no se han opuesto a que el señor **Piñeros Dueñas**, ejerza los actos de señor y dueño, tal y como lo ha hecho desde el año 1990, hasta la fecha.

ANÁLISIS DE LA SALA

2.1. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por ambas partes, con tal propósito se determinará i) si el documento allegado con la demanda denominado “*promesa de compraventa*” constituye justo título, y por ende es idóneo para reclamar a través de la prescripción ordinaria la adquisición del derecho de dominio del inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria número 50N-20083271, y ii) de no ser así, si es posible ordenar la entrega del bien en favor de la parte demandada.

2.2. De la acción de pertenencia.

Sea lo primero que señalar que entre los modos de adquirir el dominio, el artículo 673 del Código Civil contempla el de la prescripción, al cual se refiere el artículo 2512 de la misma codificación, para decir que “[*l*]a prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso, y concurriendo los demás requisitos legales (...)”.

Las modalidades de tal pretensión son la ordinaria, supeditada a una posesión regular no interrumpida que requiere la presentación de justo título para su consumación, y, la extraordinaria, apoyada en la posesión irregular, en la que no es necesario título alguno, y se presume de derecho la buena fe. Se requiere en ambos casos que se configure legalmente la posesión material por parte del actor por un periodo determinado, que se ejercite de manera pública, pacífica e ininterrumpida, y que la cosa o bien sobre el que recaiga sea susceptible de adquirirse por ese modo.

2.3. De manera que, en la prescripción ordinaria, además de los requisitos generales, debe concurrir un justo título. Éste se deriva de un acto jurídico que implica una propiedad aparente ya que da la impresión de transferencia real del dominio, y puede ser constitutivo o traslativo de dominio. Son constitutivos la ocupación, la accesión y la prescripción, y traslativo, aquellos que por su naturaleza sirven para transferir el dominio como la compraventa, la permuta o la donación.

La doctrina además ha referido que **justo título** es “*todo hecho o acto jurídico que por su naturaleza y por su carácter de verdadero y válido es apto para atribuir en abstracto el dominio*”. Esto último porque “*se toma en cuenta el título en sí, con prescindencia de circunstancias ajenas al mismo, que, en concreto, podrían determinar que, a pesar de su calidad de justo, no abraza la adquisición del dominio*”

Este documento se caracteriza porque el titular de la posesión no es propietario del bien, no por un defecto de su título, sino por alguna falla jurídica “*bien porque se descubre que su causante pese a toda la apariencia no era dueño de lo que pretendía transmitir, dado que nadie puede prescribir lo que no tenía de su autor, como ocurre con la venta de cosa ajena; ya por alguna falencia de la tradición, inclusive sobreviviente, cuestión que tiene lugar cuando, por ejemplo, sin perjuicio de la buena fe del adquirente, se aniquilan los títulos*

y registro del derecho de dominio de los antecesores”.

En síntesis, el título que invoque el prescribiente regular como originario de su posesión, entraña, no sólo el carácter traslativo o constitutivo de dominio, sino, además, que se trate de un título válido, es decir, que cumpla con los requisitos generales de validez de todo acto jurídico; y que, con él, de haberse unido al modo correspondiente, habría conferido al adquirente el derecho de propiedad.

2.3.1. Del caso *sub examine*:

En el presente caso el demandante pretende la declaración de pertenencia por la vía de la prescripción adquisitiva ordinaria de dominio, para lo cual alegó como “justo título” una promesa de compraventa en la que se pactó que el señor **Leonidas Gacharna Navarro prometía en venta a Marco Antonio Piñeros Dueñas** el inmueble objeto del presente proceso.

Según el recurrente, *“El artículo 764 del C.C., que trata de la Posesión Regular, habla del justo título y se refiere a un negocio jurídico y no determina qué clase de título, como tampoco determina las características y solemnidades que debe revestir. De tal suerte que al interpretar la norma no puede irse más allá de lo preceptuado por ella. De manera que el documento promesa de compraventa aducido como base de la acción no puede ser desconocido ni desechado de un solo tajo.”*

Apreciación alejada de la realidad, toda vez que la a quo con suficiencia se ocupó del tema concluyendo con acierto que la promesa de compraventa no es justo título, como se pasa a ver.

El artículo 765 del Código Civil define el justo título como aquel *“constitutivo o traslativo de dominio. Son constitutivos de dominio la ocupación, la accesión y la prescripción. Son traslativos de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo, como la venta, la permuta, la donación entre vivos. Pertenecen a esta clase las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición”*.

De la norma transcrita, es ostensible que un contrato de promesa de compraventa sobre inmuebles no puede constituir justo título, por cuanto no tiene la virtualidad de ser traslativo de dominio. Al respecto, el órgano de cierre en la materia ha sostenido lo siguiente:

“confrontada la promesa de celebrar un contrato -y muy especialmente su indiscutida teleología jurídica- con las pautas fijadas por el legislador, se evidencia que ella, en el

derecho patrio, no constituye título 'originario' ni 'traslativo' de dominio, de donde -por elemental sustracción de materia- habría que concluir, en estrictez, que -en el lenguaje empleado por el codificador civil-no puede tener el carácter de justo, asumiendo por tal, aquel que da lugar al surgimiento de la obligación de transmitir el derecho en mención, o como lo ha corroborado esta Corporación pacífica y repetidamente, '... la promesa de contrato ... no es título traslativo de dominio ... ni es un acto de enajenación que genere obligaciones de dar'”

Se equivoca el recurrente cuando afirma que el contrato de promesa de compraventa allegado es constitutivo de un *“derecho de venta y de compra de un lote de terreno, porque es un acto mediante el cual el prometiende vendedor y el prometiende comprador establecieron en forma legal una relación jurídica que modificó un derecho, en el cual el primero se comprometió a dar en venta su propiedad y el segundo a pagar el precio de la venta pactada”*. Ello por cuando no existió modificación del derecho de propiedad, pues como negocio preliminar que es, generó una prestación de hacer, cuya prestación esencial consiste en celebrar un contrato futuro definitivo, lo que significa que no es una adquisición originaria constitutiva del derecho real de dominio, y por tanto carece de la calidad de título traslativo conforme lo exige el artículo 765 *ejusdem*. En síntesis, la obligación de hacer contenida en la promesa de compraventa no está encaminada a la mutación del derecho real de dominio.

En tal sentido este contrato impone el reconocimiento de dominio ajeno, pues las partes contraen la obligación recíproca de celebrar el contrato definitivo [compraventa], por cuya inteligencia se obligan a transferir y adquirir la propiedad del dueño, y así lo reconoce el mismo recurrente cuando de manera insistente pone de presente *“que el precio de la venta fue satisfecho y se demostró con el título judicial aportado como prueba, que corresponde al saldo del precio pactado, sin que los demandados hubieren rehusado a recibir el pago, lo tacharon de nulo o de falso, por el contrario, como se advirtió anteriormente el Juzgado Tercero de Familia del Circuito de Bogotá, lo admitió como acreedor del derecho de prometiende comprador además de haberse recibido el título judicial de pago del saldo del precio de la venta (...) al tiempo que en los proyectos de participación exactamente se le ha reconocido ser el sucesor o acreedor del lote de terreno cuya prescripción por posesión se demanda en este juicio de pertenencia”*.

2.3.2. De otro lado, la entrega anticipada del inmueble que manifiesta el actor no puede ser

visto como un acto constitutivo de justo título, sino como un acto de aprehensión, o de tenencia respecto del bien, y denotan la forma en que entró a este, sin que pueda predicarse de tal hecho otro significado como lo pretende el actor.

2.3.3. En conclusión, al no ser la promesa de compraventa un título traslativo de dominio no podrá considerarse justo título, y, por lo tanto, es inviable la pretendida prescripción ordinaria, tal y como lo concluyó la *a quo*.

2.4. Orden de entrega en favor de la parte demandada:

La apoderada de la parte demandada solicitó fuera ordenada la entrega en favor de sus mandantes, sin embargo, en punto a este reparo, hay que señalar preliminarmente que el artículo 320 del Código General del Proceso, prevé que únicamente “*podrá interponer recurso la parte que le haya sido desfavorable la providencia*”, y en el presente caso, la sentencia censurada se emitió en favor de la parte demandada, por lo cual esta carece de interés para recurrir.

Sin embargo, hay que señalar que el proceso civil contiene una relación jurídico procesal en virtud de la cual la actividad de las partes y el campo de decisión del juez quedan vinculadas en los términos de la demanda y su contestación. Sobre el particular ha dicho la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

«(...) los hechos y las pretensiones de la demanda, y las excepciones del demandado trazan, en principio, los límites dentro de los cuales debe el juez decidir sobre el derecho disputado en juicio; por consiguiente, la incongruencia de un fallo se verifica mediante una labor comparativa entre el contenido de lo expuesto en tales piezas del proceso y las resoluciones adoptadas en él, todo en armonía

con el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil; de ese modo se podrá establecer si en verdad el juzgador se sustrajo, por exceso o por defecto, a tan precisas pautas”

Tal facultad jurisdiccional del fallador se gobierna bajo el amparo del artículo 281 del Código General del Proceso, el cual señala que toda sentencia “*deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. (...) No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta*” subraya la Sala.

En síntesis, se trata del principio de congruencia, en virtud del cual el legislador estableció un límite al poder decisorio del fallador, que impone la correspondencia entre lo resuelto y lo que oportunamente plantearon los contendores como materia de controversia, sin perjuicio, desde luego, de las facultades oficiosas atribuidas en normas especiales.

2.4.1. En el caso *sub examine*, se presentó demanda de prescripción ordinaria adquisitiva de dominio, la cual fue desatada desfavorablemente para el actor, y por tal virtud el proceso debe terminar con esa **única** consecuencia procesal. Lo pretendido por los demandados **en sede de apelación** desborda la competencia atribuida a este Tribunal, pues no fue objeto de pretensión a través de la acción reivindicatoria -la cual eventualmente pudo ser presentada-.

Si los demandados pretenden solicitar la restitución del bien, deberán incoar las acciones que estimen pertinentes, empero, en este caso, será denegada su solicitud al ser improcedente.

**INFRACCIÓN MARCARIA – PROPIEDAD INDUSTRIAL
MP DRA. MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ.
RADICADO: 11001319900120182685301**

TESIS: En conclusión, como quiera que el demandado no ejecuta actos de infracción, o configurativos de amenaza o proximidad de una infracción, la presente acción no tiene vocación de prosperidad, por ende la sentencia de primer grado será confirmada.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

Declarar probado que el demandado **Fhill Anderson Plata Rueda**, está infringiendo derechos de Propiedad Industrial de la sociedad demandante, al usar sin autorización de su legal titular, el signo distintivo **AGROCAMPO** el cual es idéntico al protegido por la ley como de

propiedad Industrial por **AGROCAMPO SAS**.

Consecuente con lo anterior, ordenar a **Fhill Anderson Plata Rueda**, el cese definitivo de actos que constituyan violación al régimen común de la Propiedad Industrial, **i)** retirando la expresión “**CAMPOAGRO**” del nombre con el que identifica su establecimiento de comercio retirando el letrero ubicado en la

Calle 3 No. 3-17, o, Calle 3 No. 3-36 ambos del Municipio El Carmen de Chucurí Departamento de Santander, por inducir este a confusión con la marca “AGROCAMPO”, y se abstenga de usar cualquiera otro similarmente confundible que produzca riesgo de asociación con la marca registrada, de la que es titular la actora; **ii)** se abstenga de usar el signo distintivo AGROCAMPO en sus facturas, tarjetas de presentación, o cualquier otro medio que use; **iii)** se ordene entregar todas las facturas, tarjetas de presentación, sellos, al demandante o al despacho, para que éste a su vez proceda con su destrucción; **iv)** se abstenga de usar el signo distintivo “AGROCAMPO” en cualquiera de sus combinaciones en sus correos electrónicos y ordenarle eliminar las siguientes cuentas de correo: veterinariacampoagro@gmail.com. Subsidiariamente ordenar a la sociedad GOOGLE LLC (GOOGLE), la cancelación del correo electrónico veterinariacampoagro@gmail.com.

Además, prohibir al señor **Fhill Anderson Plata Rueda** en lo sucesivo crear nuevos establecimientos de comercio que contengan la expresión “AGROCAMPO”, en cualquiera de sus posibles combinaciones, para identificar actividades similares o confundibles con la comercialización y venta de medicamentos veterinarios, sales, aperos, melazas, concentrados, guadañadoras, repuestos y todo lo relacionado con el agro.

Prohibir al señor **Fhill Anderson Plata Rueda**, usar el signo distintivo “AGROCAMPO” para identificarse en el comercio como empresario.

Que se le condene, como consecuencia de la infracción de derechos marcarios, a resarcir los perjuicios de todo orden que con sus conductas infractoras haya irrogado a la sociedad **AGROCAMPO SAS**, sujeto la tasación de perjuicios de conformidad con lo reglado en el Decreto 2264 de 2014.

1.2. Fundamentos fácticos:

La sociedad **AGROCAMPO SAS**, ostenta los derechos de propiedad industrial sobre el signo distintivo **AGROCAMPO** por ser titular de su registro como marca para identificar productos de las clases 1, 3, 5, 6, 7, 8, 10, 16, 17, 20, 25, 28, 31 Internacional; así como servicios de las clases 35, 36, 37, 41, 42 y 44 Internacional, relacionadas con la venta de medicamentos veterinarios, sales, aperos, melazas, concentrados, guadañadoras, repuestos y todo lo relacionado con el agro.

La sociedad demandante usa de forma libre y pacífica la marca **AGROCAMPO** para identificar entre otros servicios de

comercialización y venta de medicamentos veterinarios, sales, aperos, melazas, concentrados, guadañadoras, repuestos y todo lo relacionado con el agro, en todo el país.

Relató que “*en visitas programadas por mi poderdante en el segundo semestre del 2018, a diversos departamentos, ciudades y corregimientos, para efectos comerciales y de expansión de marca, uno de los vendedores de AGROCAMPO, acude al municipio del Carmen de Chucurí, ubicado en el departamento de Santander del Sur a realizar unas visitas*”, en virtud de la cual advirtió encontrar el establecimiento de comercio denominado CAMPOAGRO, el cual es similar a la marca AGROCAMPO propiedad de AGROCAMPO SAS, no sólo en lo que respecta a la expresión CAMPOAGRO la que es una simple yuxtaposición de la expresión utilizada por la actora, sino que usa el nombre en el comercio para ofrecer al comercio medicamentos veterinarios, sales, aperos, melazas, concentrados, guadañadoras, repuestos y todo lo relacionado con el agro, actividades idénticas a las de la demandante.

El titular del mencionado establecimiento de comercio es el señor **Fhill Anderson Plata Rueda**, en el que ofrece productos veterinarios, tal y como se evidencia en el letrero colgado en la parte frontal del establecimiento.

El demandado a través del establecimiento de comercio **CAMPOAGRO** ha llevado a cabo la venta de productos veterinarios, lo que puede evidenciarse en las facturas expedidas y que se encuentra reseñada en el acapite de pruebas, infringiendo los derechos de la actora, toda vez que el artículo 155, literal d) señala que el registro de una marca confiere a su titular el derecho de impedir a cualquier tercero realizar, sin su consentimiento: usar en el comercio un signo idéntico o similar a la marca respecto de cualesquiera productos o servicios, cuando tal uso pudiese causar confusión o un riesgo de asociación con el titular del registro.

En cuanto a la comparación ortográfica, hizo alusión a lo expresado en la interpretación rendida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que señaló que “*La similitud ortográfica que emerge de la coincidencia de letras entre los segmentos a compararse, en los cuales la secuencia de vocales, la longitud de la o las palabras, el número de sílabas, las raíces, o las terminaciones comunes, pueden inducir en mayor grado a que la confusión sea más palpable u obvia*”. Ilustró en este sentido lo siguiente:

ANÁLISIS DE LA SALA

2.1. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante dentro de los límites del artículo 328 del Código General del Proceso, el cual se circunscribe a determinar si el demandado violó o no los derechos de propiedad industrial de la sociedad **Agrocampo SAS**, al hacer uso del signo distintivo “**CAMPOAGRO**”.

2.2. Infracción marcaria: El derecho de la propiedad industrial protege aquellas creaciones intelectuales que tienen un valor significativo para sus titulares y cumplen un rol importante en la participación de estos en la actividad económica; en virtud de tales invenciones, es que los consumidores, en general, asocian un tipo de servicio o producto, manteniendo una posición de liderazgo en el mercado.

El derecho al uso exclusivo de las marcas en Colombia se adquiere a través de su registro ante la Superintendencia de Industria y Comercio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 154 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, el cual, como todos los actos administrativos goza de presunción de legalidad.

2.3. Propiedad industrial:

La propiedad industrial, y concretamente el derecho de las marcas, sugiere la inclusión en los denominados derechos personales, de una categoría *sui generis* de los derechos intelectuales. No obstante, se considera que el derecho de propiedad intelectual es un derecho de propiedad -real e incorporal- que se ejerce sobre un bien mueble o activo intangible que se materializa a través de un derecho exclusivo de explotación que tiene el titular de este.

Tratándose de marcas, este derecho se ejercita sobre un signo distintivo.

2.3.1. La propiedad industrial protege las creaciones intelectuales tales como los inventos, los modos de utilidad, los diseños industriales, los signos distintivos, entre otros. Estos derechos se reconocen a partir de su registro en la Superintendencia de Industria y Comercio, autoridad oficial en Colombia para este fin.

La doctrina ha señalado que la marca “*es la señal exterior escogida por un industrial o comerciante y empleado, lo mismo que el propio nombre comercial para garantizar que los productos puestos bajo ella, por lo que se distinguen, provienen de su fábrica o comercio y distinguirlas especialmente de los productos que le hacen competencia*”.

La marca no solo sirve para individualizar un producto, sino que constituye un bien inmaterial que se traduce en una identificación de la mercancía, indica la procedencia del producto, atrayendo y conservando su clientela; el consumidor conoce de la procedencia de la mercancía y confía en su legitimidad, por su trayectoria, nombre, calidad, características, originalidad, entre otras cualidades que le hacen único.

En suma, una marca es un signo característico y distintivo de un producto o servicio que tiene como fin último proteger al comerciante y al público consumidor dentro de los giros cotidianos que envuelven las relaciones y el tráfico comercial.

En palabras de Baena Valencia, el derecho que se ejerce sobre un signo distintivo no se diferencia del derecho de propiedad que se ejercen sobre los demás bienes puesto que es un derecho exclusivo, oponible a terceros y el cual se ejerce dentro de un espacio geográfico definido. La única particularidad, consiste en que debe ejercerse dentro de los límites que define el principio de especialidad lo cual significa que el derecho de propiedad se ejerce única y exclusivamente sobre la relación particular de un signo con los productos o servicios designados en su registro, y vinculados a éste.

2.4. La acción por infracción marcaria de derechos de propiedad industrial, faculta al titular del registro marcario para impedir determinados actos en relación con el uso del signo, y en general, precaver la utilización de este en el tráfico económico sin el consentimiento previo del titular, lo cual podría inducir al público a confusión.

De acuerdo con la interpretación 140-IP-2020 emitida para este proceso el “*objeto de una acción por infracción de derechos es precautelar los derechos de propiedad industrial, y, en consecuencia, obtener de la autoridad nacional competencia un pronunciamiento en el que se determine la existencia o de una infracción en contra de las marcas u otros signos que motivan la acción y, de ser el caso, la adopción de ciertas medidas para el efecto*”.

De hecho, el artículo 155 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina refiere que el registro de marca confiere a su titular el derecho de **impedir** a cualquier tercero realizar sin su consentimiento el uso de su marca o signo distintivo. En este sentido, “*se entiende que la tutela jurisdiccional no podrá ser concedida sino frente al destinatario del efecto o de los efectos en que la tutela se concreta, cual es, en el caso de las acciones que se examinan, el autor de la presunta infracción o*

el ejecutor de los actos constitutivos de la presunta amenaza”.

Ahora bien, con el fin de determinar si existió o no infracción marcaria, se debe constatar si el demandado lesionó los derechos de **Agrocampo SAS**, tal y como se refiere en la demanda.

2.5. Registro marcario. La sociedad **AGROCAMPO SAS**, ostenta los derechos de propiedad industrial sobre el signo distintivo **AGROCAMPO** por ser titular de su registro como marca para identificar productos de las clases 1, 3, 5, 6, 7, 8, 10, 16, 17, 20, 25, 28, 31 Internacional; así como servicios de las clases 35, 36, 37, 41, 42 y 44 Internacional, relacionadas con la venta de medicamentos veterinarios, sales, aperos, melazas, concentrados, guadañadoras, repuestos y todo lo relacionado con el agro. Su marca registrada es la siguiente:



2.5.1. No está en discusión, que, en otrora, y previo a la presentación de la demanda, el señor **Plata Rueda** hizo uso de la expresión “CAMPO-AGRO”, para ofrecer servicios veterinarios y venta de medicamentos afines. No obstante, para la fecha de presentación de la demanda el uso de este signo distintivo había cesado.

En el certificado de matrícula mercantil emitido por la **Cámara de Comercio de Barracabermeja**, y allegado junto con la demanda, se observa que el establecimiento de propiedad del demandado se denomina “Almacén Veterinario Alvaragro”, lo que permite colegir que el uso de la denominación “CAMPOAGRO”, cesó previo al trámite judicial instaurado por la sociedad demandante.

El correo electrónico igualmente se modificó de veterinariacamposagro@gmail.com por andersonplataveterinaria@gmail.com, y por último, el aviso exterior del establecimiento de comercio se cambió también, como se verifica en las siguiente imágenes.



2.5.2. Es de resaltar que mediante auto número 18267 de fecha 26 de febrero de 2019 la autoridad administrativa de primer grado, ordenó al señor **Fhill Anderson Plata Rueda** cesar de inmediato el uso de la expresión “CAMPOAGRO”, requerimiento frente al cual el accionado replicó que no entiende “*por qué, habiendo estado en mi negocio un representante de Agrocampo SAS, de nombre Juan Sebastián Acevedo Uribe, quien observó de que ya no se contaba con el nombre de CAMPOAGRO, que dicho nombre había sido cambiado por ALVARAGRO ALMACÉN VETERINARIO, y sin embargo haya insistido en la ordenación de las medidas cautelares que se ordenaron, exigiéndome algo que ya se hallaba superado y que les llevaron a sufragar la caución fijada*”.

De forma reiterada explicó que es un comerciante de un municipio lejano, que su intención nunca fue afectar la sociedad demandante, y que tan pronto conoció de la visita de tal sociedad a su establecimiento decidió cambiar su signo distintivo, tal y como fue acreditado a través de medios fotográficos, e incluso agregó que “*como minoritario adquiero de empresas como AGROCAMPO SAS, de la que espero no ser eliminado como cliente y de la que agradeceré acepte mis disculpas sin importar de que haya incurrido o no en algún acto legalmente restringido*”.

2.5.2.1. Sobre este tópico debemos recordar que el sujeto pasivo de esta acción es cualquier persona que infrinja, de forma actual y real, un derecho de propiedad industrial; y el propósito de esta acción es obtener de la autoridad jurisdiccional una decisión que adopte las medidas necesarias para que cesen tales actos. En ambos casos, la presente acción no tiene sustento, pues, de un lado, para la fecha de presentación de la demanda el accionado no hacía uso de la marca, y, de otro, no es posible emitir ninguna orden relativa a la prohibición del uso de esta, pues el señor Plata Rueda incluso efectuó la modificación del registro mercantil, es decir, actualmente no se acreditó ninguna vulneración a los derechos de propiedad industrial que ostenta el demandado.

En punto a la finalidad de la acción por infracción de derechos de propiedad industrial, la doctrina la define como aquel “*poder jurídico que tiene el titular, por ejemplo, de un derecho de autor, de impedir, excluir y prohibir a los extraños el ejercicio de una*

actividad que queda reservada únicamente a él (...) en resumen, tanto los derechos de autor como los derechos de propiedad industrial son monopolios (...) Ellos, más que permitir, excluyen, prohíben que otro realice lo mismo. Ese “ius excludendi alios, ese ius prohibendi”⁶ constituye el verdadero contenido del derecho.

En el presente caso, se itera, no puede impedirse, excluirse o prohibirse un hecho inexistente.

2.6. En conclusión, como quiera que el demandado no ejecuta actos de infracción, o configurativos de amenaza o proximidad de una infracción, la presente acción no tiene vocación de prosperidad, por ende la sentencia de primer grado será confirmada.

Por sustracción de materia, la Sala se abstiene de resolver los demás puntos formulados en la sustentación del recurso de apelación.

SALA FAMILIA

PROCESO REIVINDICATORIO MP DRA. NUBIA ÁNGELA BURGOS DÍAZ RADICADO: 11001311000420200020401

TESIS: En conformidad con lo explicado, tanto el dueño como sus herederos tienen la acción reivindicatoria prevista en el artículo 946, sólo que el segundo la ejerce para la herencia, no para si mismo como individuo.

En el caso que nos ocupa, don Juan Carlos Fajardo Gómez, aunque tiene las dos calidades, sólo está actuando como copropietario del bien, vale decir que se trata de un proceso contencioso entre particulares, cuyo conocimiento corresponde a la especialidad civil y ante tal circunstancia la funcionaria judicial de primera instancia ha debido declarar su falta de competencia para conocer del asunto y remitirlo a los jueces civiles del circuito, funcionarios que, conforme a lo dispuesto en el artículo 20-1 del Código General del proceso son competentes para conocer de los procesos contenciosos de mayor cuantía.

ANTECEDENTES

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el señor JUAN CARLOS FAJARDO GÓMEZ contra la decisión adoptada por la Juez Cuarta de Familia de Bogotá, el 18 de diciembre de 20201, por medio de la cual rechazó la demanda que fue reformada durante el término concedido para subsanar la inicialmente presentada.

Asignada, por reparto, la demanda a la Juez Cuarta de Familia, la inadmitió por diversas causales, pero, durante el término para su subsanar fue reformada para excluir de la parte demandante a los señores Camilo, Daniel, Felipe y Diego Mazuera Gómez, al hacerlo, precisan que, al actuar el señor Juan Carlos Fajardo Gómez (único demandante) como propietario, no como heredero, la demanda debe ser conocida por el Juez Civil del Circuito.

Al estudiar la demanda reformada la Juez de primera instancia erróneamente interpretó que

se dirigía en contra de los herederos determinados de doña Gertrudis Gómez de Fajardo, y la inadmitió exigiendo que se aportara nuevo memorial poder y reforma de la demanda dirigida contra los herederos determinados e indeterminados de la causante en cumplimiento del artículo 61 del C.G. del P., se aportara copia del registro de defunción de la mencionada señora y de quien fue su cónyuge, señor Carlos Fajardo Herrera, así como de las sentencias aprobatorias de la partición de sus respectivas sucesiones, en caso de que se hubiesen adelantado, copias auténticas de los registros civiles de nacimiento de los herederos determinados en las que apareciera el apellido de casada de su progenitora, copia del registro civil de nacimiento de la demandada con la inscripción de la declaratoria de unión marital de hecho que sostuvo, igualmente le solicitó corregir y aclarar la pretensión segunda de la demanda, como quiera que la “*posesión*” no es un derecho reivindicable como consecuencia de la adjudicación en los bienes relictos de un de

cujus; durante el nuevo término para subsanar, el demandante solicitó la remisión del expediente al juez competente, que en su parecer es el Civil del Circuito, no efectuó pronunciamiento alguno con el objeto de corregir las falencias advertidas por la juez, por tal motivo la juez dispuso “*RECHAZAR la presente demanda de REIVINDICACIÓN iniciada por JUAN CARLOS FAJARDO GÓMEZ en contra de los herederos determinados e indeterminados del causante MARÍA CECILIA GÓMEZ HURTADO DE FAJARDO...*” ordenando su devolución sin necesidad de desglose.

La decisión fue objeto de los recursos de reposición y subsidiario de apelación, que se sustentaron en que la demanda había sido reformada, prescindiendo de algunas de las personas que integraban la parte demandante como herederos determinados de la señora Gertrudis Gómez de Fajardo, eliminando así la razón por la cual el Juez 17 Civil del Circuito se declaró incompetente, como consecuencia de la reforma presentada en legal forma, no ha debido calificarse la demanda inicial, sino la reformada cuyas partes son: Juan Carlos Fajardo Gómez como demandante y copropietario del bien a reivindicar y Luz Stella Gil Rodríguez como demandada, de tal manera, afirma, “*no se está frente al escenario del numeral 18 del artículo 22 [del C.G.P] , por tanto no es el Juez de Familia de Bogotá es (sic) competente para conocer del proceso en referencia.*”, agrega que el auto inadmisorio es ilegal y no debió expedirse porque se solicitan documentos innecesarios, que se refieren a relaciones familiares que no son objeto de debate del proceso promovido con la reforma de la demanda

Solicita la revocatoria de la providencia del 18 de diciembre de 2020, para que, en su lugar, se rechace la demanda por falta de competencia y se remita al juez competente, que de no hacerse se negaría el acceso a la justicia a que tiene derecho don Juan Carlos.

La a-quo al desatar el recurso indicó que su decisión se había encaminado a determinar si la nueva acción reunía los requisitos para su admisión, y ello quedó así plasmado en el auto admisorio, agregó que no podía desconocer que lo pretendido según los hechos de la demanda reformada, es la reivindicación de un bien herencial que se afirma está ocupado por la demandada cuyo conocimiento es de la especialidad de familia, razón por la mantuvo su decisión y concedió el recurso de alzada.

ANÁLISIS DE LA SALA

Debe establecerse si acertó la Juez de primera instancia al rechazar la demanda, o si, por el contrario, le asiste razón al demandante y ha

debido rechazarla por competencia y remitirla al reparto de los jueces civiles del circuito.

Al estudiar la demanda reformada, se observa que tiene por objeto reivindicar la posesión del inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria N° 50N-0096636, que pertenece por mitades al señor Juan Carlos Fajardo Gómez y a la sucesión de la señora Gertrudis Gómez de Fajardo, como se desprende de la prueba documental adosada, el cual, se afirma, está en posesión de la señora Luz Stella Gil Rodríguez, en contra de quien se dirige la demanda.

En consecuencia, la acción que se ejerce es la prevista en el artículo 946 del Código Civil, precepto que dispone:

La reivindicación o acción de dominio, es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla.

Y no la contemplada en el artículo 1325 del Código Civil, como erróneamente interpretó la juez de primera instancia, que está enunciada así:

El heredero podrá también hacer uso de la acción reivindicatoria sobre cosas hereditarias reivindicables que hayan pasado a terceros y no hayan sido prescritas por ellos.

Si prefiere usar de esta acción, conservará sin embargo su derecho, para que el que ocupó de mala fe la herencia le complete lo que por el recurso contra terceros poseedores no hubiere podido obtener y le deje enteramente indemne; y tendrá igual derecho contra el que ocupó de buena fe la herencia, en cuanto por el artículo precedente se hallare obligado.

Sobre la diferencia entre estas acciones ha dicho la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

“Es bien sabido que al heredero le asisten diversas acciones para recuperar bienes hereditarios, unas que puede ejercitar iure hereditario, tales como las reivindicatorias y las posesorias que habría podido ejercer el causante si viviese. Otras en cambio, las tiene iure proprio, de conformidad con lo establecido en el capítulo IV, del título 7°, del libro tercero del Código Civil. (...)

b) La acción reivindicatoria que consagra el artículo 1325 del Código Civil, que es diferente a aquella de que trata el título XII del libro segundo. Esta última la pueden ejercer contra el titular del derecho de dominio de una cosa singular o de cuota determinada pro indiviso de la misma contra el poseedor y también quienes tienen otros derechos reales, excepto el de

herencia, como expresamente lo estatuye el artículo 948. La primera, en cambio, sólo la puede intentar el heredero, no ya como la de petición de herencia contra ocupantes de ésta en calidad de herederos sino en frente de terceros a quienes se hayan transferido cosas hereditarias reivindicables.”

(...)

“En consecuencia, son tres las acciones que tiene el heredero para recuperar bienes de la herencia, todas ellas sometidas a normas diferentes, aunque tengan como factor común la persona que las puede intentar, el heredero.

La reivindicatoria, que la promueve iure hereditario, contra el poseedor de bienes que pertenecían al causante. Esta acción debe ejercerse para la herencia o para la sociedad conyugal, ambas ilíquidas, según el caso, y no para el heredero personalmente considerado.

La de petición de herencia (con la variante que establece el artículo 1324) que la instaure iure propio, contra la persona que invoca igualmente su calidad de heredero y que la posee en todo o en parte.

La reivindicatoria consagrada por el artículo 1325 del Código Civil, que adelanta el heredero también iure propio, no ya contra un heredero putativo o contra quien ocupa la herencia como heredero, sino contra un tercero que sea poseedor de cosas hereditarias a consecuencia de enajenaciones verificadas por aquél.

Respecto de esta última ha dicho la Corte: “La acción que establece el artículo 1325 del Código Civil la confiere al heredero contra terceros, y consiste en capacitarlo para reivindicar las cosas hereditarias que hayan pasado a éstos, es decir, que por no estar ya en maos del heredero putativo no hayan podido recuperarse por el verdadero en su acción de petición de herencia””. (CSJ, Cas. Civil, Sent.

Jul. 19/78)

En conformidad con lo explicado, tanto el dueño como sus herederos tienen la acción reivindicatoria prevista en el artículo 946, sólo que el segundo la ejerce para la herencia, no para sí mismo como individuo.

En el caso que nos ocupa, don Juan Carlos Fajardo Gómez, aunque tiene las dos calidades, sólo está actuando como copropietario del bien, vale decir que se trata de un proceso contencioso entre particulares, cuyo conocimiento corresponde a la especialidad civil y ante tal circunstancia la funcionaria judicial de primera instancia ha debido declarar su falta de competencia para conocer del asunto y remitirlo a los jueces civiles del circuito, funcionarios que, conforme a lo dispuesto en el artículo 20-1 del Código General del proceso son competentes para conocer de los procesos contenciosos de mayor cuantía.

De otra parte, y aunque pudiera pensarse que el proceso debe volver al conocimiento del Juez 17 Civil del Circuito, esta funcionaria, considera que no es procedente, toda vez que la demanda, que ahora se califica, es diferente a la estudiada por el mencionado funcionario judicial.

Por último, no sobra precisar que, como el recurso contra el auto que rechace la demanda comprende el que negó su admisión, la revocatoria del primero, igualmente, abarca la del segundo, por tanto, y con fundamento en las razones expresadas se revocarán las providencias proferidas por la juez de primera instancia el 3 de noviembre y el 18 de diciembre de 2020, para en su lugar, rechazar la demanda por falta de competencia, y de conformidad con el inciso 2° del artículo 90 procesal, ordenar que se envíe, junto con sus anexos, a la oficina que realiza el reparto entre los jueces civiles del circuito de esta ciudad.

PROCESO ADOPCIÓN MAYOR DE EDAD
MP DRA. NUBIA ÁNGELA BURGOS DÍAZ
RADICADO: 11001311001820200030702

TESIS: Demostrado está en el presente proceso que doña María Soledad Martínez Suárez, tía paterna del joven Pedro Alejandro, fue quien le brindó los cuidados necesarios que garantizaron su desarrollo integral, proporcionándole amor, cuidado y apoyo, desde cuando era un niño, época en la que su progenitora lo abandonó, relación que, nominalmente, era entre tía y sobrino, pero que, en la realidad, era entre madre e hijo; así fue aceptado por ellos al absolver sus interrogatorios y por don Pedro Antonio, padre biológico del adoptivo, en su declaración, en la que quedó establecido, además, que él ha cumplido con sus deberes de padre frente a su vástago, suplió sus necesidades, jamás se ha desligado de él y mantiene con el mismo una relación cercana.

[...]

El argumento en el que se basa la sentencia de primera instancia no puede acogerse, entre otras cosas, porque al efectuar la aplicación e interpretación normativa no se detuvo a considerar una de las reglas de interpretación, como es aquella según la cual deben evitarse las interpretaciones que lleven al absurdo, pues de abrirse paso la

tesis de la Juez, siempre que una persona mayor de edad por su libre decisión y voluntad responsable desee establecer un vínculo filial exclusivamente por vía materna o paterna, tendría que renunciar forzosamente al parentesco de consanguinidad que tenga con el otro progenitor, aunque esta relación se lleve de forma inmejorable, lo cual resulta inadmisibile.

ANTECEDENTES

Decide el Tribunal Superior de Bogotá D. C., en Sala de Familia, el recurso de apelación interpuesto por los señores María Soledad Martínez Suárez y Pedro Alejandro Martínez Torresen contra de la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2020, por la Juez Dieciocho de Familia de Bogotá, D. C.

En la demanda que dio origen a este proceso, se formuló como pretensión el decreto de adopción por parte de doña María Soledad con respecto al joven Pedro Alejandro Martínez Torres solicitando expresamente que, como consecuencia de dicha declaración, el adoptivo figurara como hijo de María Soledad Martínez Suárez y de su padre biológico Pedro Antonio Martínez Suárez quien a su vez es hermano de la adoptante. Agotada la primera instancia la Juez profirió sentencia desestimatoria de las pretensiones aduciendo que la adopción plena implica el rompimiento de la consanguínea y por tanto no podía acceder a lo pedido.

Inconforme con la decisión la parte actora interpuso recurso de apelación cuestionando que la juez de primera instancia hubiera dado aplicación al artículo 64 del Código de Infancia y Adolescencia el cual sólo es aplicable a las adopciones de menores de edad, pues para la de mayores basta el consentimiento de los solicitantes, señaló que la juez no analizó las normas legales con respecto a la Constitución Política, que el fallo es violatorio de derechos fundamentales, censura también que no aplicara los criterios auxiliares de la actividad judicial la insuficiente motivación y que no hubiera aplicado la excepción de inconstitucionalidad.

ANÁLISIS DE LA SALA

Deberá la Sala entonces, establecer en este asunto si es procedente declarar la adopción de un mayor de edad conservando éste el parentesco de consanguinidad con uno de sus progenitores y, en consecuencia, si la sentencia se encuentra ajustada a derecho.

Tesis de la Sala

Sostendrá la Sala que es procedente decretar la adopción de mayor de edad por una de las líneas de filiación (materna o paterna), pudiendo conservar el adoptivo su parentesco de consanguinidad con el otro progenitor y por tanto la sentencia de primera instancia será revocada.

Marco Jurídico

Artículos 64 y 69 de la Ley 1098 de 2006, sentencia de T-071 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

El asunto

Conforme con lo demostrado en el proceso PEDRO ALEJANDRO MARTÍNEZ TORRES fue abandonado por su progenitora desde cuanto tenía cuatro años y a partir del año 2009 no ha tenido noticia de ella por tal razón su crianza fue asumida por su progenitor PEDRO ANTONIO MARTÍNEZ SUÁREZ y por su tía por línea paterna MARÍA SOLEDAD MARTÍNEZ SUÁREZ, quien le ha brindado el amor y cuidados de madre durante su niñez y luego en la adolescencia y juventud, han convivido bajo el mismo techo desde esa fecha y, por todas las vivencias compartidas durante todos estos años, la considera como su madre en todo sentido.

Así quedó plasmado en las declaraciones que rindieron durante el proceso al manifestar que el joven Pedro Alejandro vive en compañía de su tía María Soledad, en la casa de los abuelos paternos del adoptivo, desde sus cuatro años, cuando la progenitora lo abandonó, haciéndose cargo afectiva y económicamente de él, ocupando el lugar de la madre; se estableció, además, que don Pedro Antonio, aunque vivía en otro lugar, siempre ha estado pendiente de su hijo apoyándolo en todos los aspectos con la ayuda de su hermana María Soledad y de los abuelos paternos para su crianza y cuidado; adicionalmente, el progenitor manifestó de viva voz estar de acuerdo con la adopción solicitada.

El artículo 69 del Código de Infancia y Adolescencia dispone que puede adoptarse al mayor de edad, cuando el adoptante ha tenido su cuidado personal y ha convivido bajo el mismo techo con él, por lo menos dos años antes de que éste cumpliera los dieciocho años; señala, además, que la adopción de mayores de edad procede por el solo consentimiento entre el adoptante y el adoptivo.

En principio se tienen satisfechas las exigencias legales para que proceda el decreto de adopción, pues quedó demostrado que el adoptivo estuvo bajo el cuidado de la adoptante durante un tiempo muy superior a dos años y tanto aquel como ella han expresado su consentimiento para el efecto; no obstante, la juez de primera instancia aplicando lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 64 del mismo ordenamiento, interpretó que no era posible acceder al decreto de la adopción por

parte de doña María Soledad, conservando el parentesco de consanguinidad con don Pedro Antonio, aduciendo que esto resulta contradictorio y contrario a las normas que regulan la materia.

Ciertamente, el asunto requiere un esfuerzo interpretativo y argumentativo que la Juez de primera instancia no hizo, pues están involucrados varios derechos fundamentales de los solicitantes que no se ven garantizados con la interpretación literal y restrictiva de la a-quo.

Recuérdese que la Ley 153 de 1887, entre sus pautas para la aplicación de la ley, establece: “Art. 8º.- Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho.”

Pues bien, el artículo 64 del Código de Infancia y Adolescencia dispone en el numeral 5: “Si el adoptante es el cónyuge o compañero permanente del padre o madre de sangre del adoptivo, tales efectos no se producirán respecto de este último, con el cual conservará los vínculos en su familia.”

Es evidente, entonces, que el mismo legislador estableció aquí una excepción a la regla contenida en el numeral 4 de la disposición citada, abriendo la posibilidad de que la adopción pudiera proceder sólo por línea paterna o materna, según el caso, precepto que hubiera podido servir a la funcionaria judicial como fundamento de su decisión, máxime cuando se trata de garantizar las prerrogativas constitucionales de quienes acuden a la administración de justicia.

Debe tenerse en cuenta que los fines de la adopción de niños, niñas y adolescentes son muy diferentes a los de la adopción de mayores de edad, pues mientras en la primera se busca restablecer el derecho a tener una familia para los niños que carecen de ella y para su decreto se consideran circunstancias especiales, verificadas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que garanticen al menor una familia con vista al futuro; en la segunda el propósito es legalizar la familia de crianza, que se basa en hechos del pasado, y en la autonomía de la voluntad de los solicitantes.

Por otro lado, es relevante el hecho de que la única figura materna que reconoce el solicitante es la de doña María Soledad, y que es libre su determinación de romper el vínculo con quien aparece como su madre biológica.

Además, por mandato del constituyente (C.N. 4) la Constitución es norma de normas y en

todo caso de incompatibilidad entre aquella y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones de la primera.

El artículo 42 de la Constitución Política dispone que la familia puede constituirse por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre o por la voluntad responsable de conformarla, aspectos que, si bien se refieren en la norma constitucional a la relación de pareja, también son aplicables a la relación filial.

La jurisprudencia constitucional ha definido a la familia como “aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos”.

Además, es una institución que responde a una realidad dinámica y variada que incluye “familias originadas en el matrimonio, en las uniones maritales de hecho, así como a las constituidas por parejas del mismo sexo, teniendo en cuenta que el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio del pluralismo. En ese sentido, la familia debe ser especialmente protegida independientemente de la forma en la que surge”.

Incluso, el mismo Constituyente determinó que la protección que el Estado y la sociedad le deben brindar a la familia como institución básica y fundamental de la sociedad, no se agota “en un tipo determinado de familia estructurada a partir de vínculos amparados en ciertas solemnidades religiosas y/o legales, sino que se extendería también a aquellas relaciones que, sin consideración a la naturaleza o a la fuente del vínculo, cumplen con las funciones básicas de la familia (...)”.

Así se reseñó en la sentencia T-071 de 2016 en la cual se revisó una sentencia que se ocupó de un caso muy similar, citando las sentencias C-271 de 2003 y C-577 de 2011, en dicha providencia indicó también que “...el Estado tiene la obligación de preservar y proteger la existencia y el desarrollo de esta institución como básica de la sociedad, de manera que su intromisión o injerencia en el círculo familiar está circunscrito a la protección de derechos constitucionales.

Y que:

“...se ha considerado que el derecho a la unidad familiar no es formal, pues se deben preservar los intereses que lo fundamentan, como el interés superior de la institución, de suerte que se logre consolidar el vínculo

familiar e impedir que ésta sea disuelto por las injerencias del Estado a través de sus autoridades o de la misma sociedad sin una razón justificada. A su vez, se debe propender porque esta protección respete y refleje el concepto flexible y dinámico de la familia.”

Más adelante indicó:

“Como se ha visto, el reconocimiento jurídico de los vínculos familiares y filiales es esencial para la autodeterminación de la tutelante, quién ha vivido una realidad familiar durante toda su vida y desea que la misma sea reconocida jurídicamente, para que sean exigibles tanto los derechos como los deberes de esta relación, pero primordialmente porque esa realidad ha determinado su identidad y hace parte de su autodeterminación”.

“...En la aplicación del artículo 64 del C.I.A. se debió tener en cuenta la presunción a favor de los vínculos biológicos y el correlativo deber del Estado de protegerlo, particularmente en el contexto de un adulto que quiere mantener sus vínculos familiares con una persona consanguínea. La determinación de aplicar el artículo 64 mencionado y extinguir el vínculo familiar y filial de la tutelante con su madre implica desconocer el vínculo biológico que se ha fundado en el amor, el respeto, la solidaridad y la unidad de vida y así una desprotección al derecho a no ser separado de la familia. La anterior determinación no podía abordar la realidad de los accionantes de forma aislada, so pena de incurrir en una violación de la Constitución y de los derechos fundamentales de la tutelante y su madre”.

“...Así pues, para la Sala es claro que los jueces de instancia omitieron considerar que la adopción entre (...), se hizo cuando ella ya era mayor de edad, lo que significaba que la adopción perseguía reconocer una situación de hecho que podía protegerse y comprenderse dentro del concepto de familia amparado por la Constitución. Así, la adopción pretendía reconocer un vínculo real que se había formado durante años entre adoptado y adoptante, y que además, permitiría que la señora Cedeño retribuyera el amor, cariño y apoyo que le había brindado su padre adoptante durante su crecimiento y proceso de formación mediante las obligaciones que surgen de la filiación...”

En sentencia C-026 de 2016 el máximo Tribunal Constitucional indicó:

“el concepto de familia es dinámico y, por tanto, debe guardar correspondencia con la constante evolución e interacción de las relaciones humanas, razón por la cual no es posible fijar su alcance a partir de una

concepción meramente formal, sino atendiendo a criterios objetivos y sustanciales surgidos de las diversas maneras que tienen las personas de relacionarse y de la solidez y fortaleza de los vínculos que puedan surgir entre ellos”

Conforme a ello, la protección no se restringe a las familias conformadas con vínculos jurídicos o de consanguinidad, sino también a las que surgen de facto o llamadas familias de crianza, atendiendo a un concepto sustancial en donde la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y respeto mutuos van consolidando núcleos familiares de hecho, que el derecho no puede desconocer ni discriminar cuando se trata del reconocimiento de derechos y prerrogativas a quienes integran tales familias, más cuando en ellas se identifican como padres o abuelos de crianza a los cuidadores que ejercen la autoridad parental, siendo estas relaciones familiares de crianza destinatarias de las medidas de protección a la familia fijadas en la Constitución Política y en la ley.

Desde el punto de vista legal, la protección de los integrantes de la familia de crianza, basada en el deber de solidaridad, tiene fundamento legal en el artículo 67 del Código de la Infancia y la Adolescencia, disposición que establece que el Estado reconocerá el cumplimiento del deber de solidaridad que ejerce la familia diferente a la de origen, que asume la protección de manera permanente de un niño, niña o adolescente y le ofrece condiciones adecuadas para el desarrollo armónico e integral de sus derechos y señala que el niño que esté al cuidado de la familia distinta a la de origen y cumple con las condiciones de adoptabilidad, puede ser adoptado por una persona o una pareja que quiera hacerlo, a menos que la familia que tiene el cuidado del niño decida adoptarlo, con lo cual le da prelación a la familia de crianza.

Demostrado está en el presente proceso que doña María Soledad Martínez Suárez, tía paterna del joven Pedro Alejandro, fue quien le brindó los cuidados necesarios que garantizaron su desarrollo integral, proporcionándole amor, cuidado y apoyo, desde cuando era un niño, época en la que su progenitora lo abandonó, relación que, nominalmente, era entre tía y sobrino, pero que, en la realidad, era entre madre e hijo; así fue aceptado por ellos al absolver sus interrogatorios y por don Pedro Antonio, padre biológico del adoptivo, en su declaración, en la que quedó establecido, además, que él ha cumplido con sus deberes de padre frente a su vástago, suplió sus necesidades, jamás se ha desligado de él y mantiene con el mismo una relación cercana.

En tales circunstancias, la institución jurídica que garantiza los derechos de los solicitantes es la adopción por línea materna, como ocurre cuando la esposa o compañera permanente adopta al hijo de su esposo o compañero permanente, dejando incólume el parentesco de consanguinidad con el progenitor.

A esta conclusión se llega haciendo una interpretación lógica y sistemática de la normativa que regula la adopción en Colombia, y respetando los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional sobre la materia.

El argumento en el que se basa la sentencia de primera instancia no puede acogerse, entre otras cosas, porque al efectuar la aplicación e interpretación normativa no se detuvo a considerar una de las reglas de interpretación, como es aquella según la cual deben evitarse las interpretaciones que lleven al absurdo, pues

de abrirse paso la tesis de la Juez, siempre que una persona mayor de edad por su libre decisión y voluntad responsable desee establecer un vínculo filial exclusivamente por vía materna o paterna, tendría que renunciar forzosamente al parentesco de consanguinidad que tenga con el otro progenitor, aunque esta relación se lleve de forma inmejorable, lo cual resulta inadmisibles.

Conforme a lo anotado es claro que desacertó la Juez de primera instancia al negar las pretensiones de la demanda, y las razones expuestas son suficientes para revocar en su integridad la sentencia apelada, para en su lugar decretarla adopción del joven PEDRO ALEJANDRO MARTÍNEZ TORRES, por parte de su tía paterna MARÍA SOLEDAD MARTÍNEZ SUAREZ, con los consecuentes efectos jurídicos, sin romper el parentesco con su progenitor y ordenar su inscripción en las oficinas del estado civil respectivas.

PROCESO DE INDIGNIDAD
MP DRA. NUBIA ÁNGELA BURGOS DÍAZ
RADICADO: 11001311002920190061601

TESIS: Puede concluirse entonces, que si bien al iniciar su argumentación la Juez mencionó la causal 3 del artículo 1025 la falta de socorro, como se anotó, implica el abandono económico y en todo caso, el análisis fáctico y probatorio se dirigió a establecer la estructuración de la causal de abandono a que se refiere el numeral 6 del mismo artículo, concluyendo que se encontraba demostrada la causal alegada por la demandante y que por tal razón debía acceder a la pretensión primera de la demanda, vale decir que aunque la funcionaria judicial no hizo alusión a la aplicación retrospectiva de la ley, su decisión se ajusta a las exigencias legales, jurisprudenciales y doctrinarias para este tipo de asuntos.

Así las cosas, no encuentra la Sala que se haya faltado al principio procesal de la congruencia de la sentencia al haber declarado indigno para suceder al demandado por la causal invocada en la demanda.

[...]

Es así como al no encontrar entre las pruebas aportadas y practicadas en el proceso elementos de juicio que sustenten las afirmaciones del demandado, puede concluirse que la valoración y el análisis probatorio realizado por la Juez de primera instancia fueron adecuados.

No obstante, puede agregar la Sala lo observado respecto a otro aspecto que ha de tenerse en cuenta, como es que, el abandono previsto por el legislador como causal de indignidad sucesoral debe ser injustificado, lo cual significa que, si esta conducta obedece a circunstancias de salud, laborales, o de fuerza mayor como podría ser un secuestro, no podría ser sancionada con dicha declaratoria. En el caso bajo estudio, el demandado no adujo ninguna justificación admisible, pues sólo se limitó a decir que su incumplimiento se debió a su difícil situación económica por la falta de trabajo, argumento inadmisibles para la Sala, menos aún si se tiene en cuenta que la cuota alimentaria fijada en 2004 equivalía al 16.75% del Salario Mínimo Legal Mensual establecido en Colombia para ese año9 y que don Géiler conformó una familia en la que tuvo hijos que ha podido sostener, mientras su hijo extramatrimonial pasaba necesidades.

ANTECEDENTES

La Sala Tercera de Familia del Tribunal Superior de Bogotá D. C., aborda la tarea de resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2020, por la Juez Veintinueve de Familia de Bogotá, D. C.

Pretende la señora Léider Vanegas Motta que se declare indigno al señor Géiler Daniel Vargas Mancipe para suceder al hijo de ambos Daniel Steven Vargas Vanegas por la causal 6°

del artículo 1025 del Código Civil. El demandado se opuso a las pretensiones y propuso como excepción la “*INEXISTENCIA DE CAUSAL DE INDIGNIDAD PARA SUCEDER*”.

Agotada la primera instancia, la Juez en sentencia proferida el 18 de septiembre de 2020, accedió a las pretensiones; igualmente declaró no probada la excepción de mérito; negó la pretensión cuarta de la demanda y condenó en costas. Inconforme con la decisión,

el demandado interpone recurso de alzada cuyo estudio aborda la Sala.

ANÁLISIS DE LA SALA

Memórese que la regla general establece que toda persona a quien la ley no haya declarado incapaz e indigna será capaz y digna para suceder (CC1018); en ese sentido, la indignidad sucesoral es una excepción, una sanción de orden civil que se le impone al heredero que culpablemente ha inferido agravio al causante o a su memoria, por los motivos taxativamente considerados en la ley pero, para que se surta la mencionada consecuencia debe existir declaración judicial (CC1031)

La causal invocada en la demanda es la incluida en el numeral 6 del artículo 1025 del Código Civil reformado por la ley 1893 de 2018, siendo el aspecto primordial que se debe probar para que proceda la declaratoria de indignidad para suceder por esta causal, el abandono sin justa causa de quien tenía a su cargo la crianza del causante o, el incumplimiento de quien por ley estaba obligado suministrar lo necesario para su sustento.

En la decisión de primera instancia, la juez encontró, con fundamento en los documentos aportados por la demandante, demostrados los hechos que dan sustento a la causal invocada por ella relacionados con el incumplimiento del demandado respecto a la obligación alimentaria para con su hijo, y el abandono por la falta de acompañamiento en los procesos terapéuticos a los que debió someterse el causante debido a las dificultades comportamentales que presentó a lo largo de su vida, concluyendo que no cumplió con los deberes que le exigía la ley, dejando sola a la demandante en la crianza del hijo común. Decisión con la que el demandado mostró inconformidad.

El recurrente fundamenta su alzada en que existe incongruencia en la sentencia pues la decisión se basó en la causal 3ª del artículo 1025 del Código Civil y la invocada en la demanda fue la causal 6ª de la misma norma; considera igualmente que hubo errónea valoración probatoria, señalando que los testigos llamados al proceso por la actora son “*de oídas*”; que la prueba documental y sus testigos dan cuenta de su cumplimiento de las obligaciones de padre.

La demandante al ejercer el derecho de réplica solicita que se confirme la decisión por cuanto la Juez de instancia dictó sentencia con base en un examen crítico de las pruebas y una explicación razonada de las conclusiones sobre

ellas, determinando que el demandado sí abandonó a su hijo y por tanto, se configuró la causal alegada.

El cuestionamiento que funda la alzada interpuesta por el señor GÉILER Daniel Vargas Mancipe da lugar al planteamiento de los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Existe incongruencia entre la decisión emitida en primera instancia y la causal invocada?, ii) ¿La declaratoria de indignidad para suceder, se basó en una adecuada valoración probatoria sobre el cumplimiento de las obligaciones de padre a cargo del demandado?

Tesis de la Sala:

Sostendrá la Sala que la sentencia debe confirmarse en lo que fue objeto de ataque, debido a que no existe incongruencia entre lo decidido y las pretensiones de la demanda, a más que la valoración probatoria fue adecuada.

Marco Jurídico:

Código Civil artículo 1025 y siguientes; Código General del Proceso artículos 167, 281 y demás concordantes; sentencias Sala de Casación Civil Corte Suprema de Justicia SC15211-2017; Corte Constitucional SU309/19; doctrina Pedro Lafont Pianetta. Derecho de Sucesiones, Tomo I, Parte General y Sucesión Intestada, Décima primera Edición, 2020, Librería Ediciones del Profesional Ltda.

El asunto:

Extraída la inconformidad del recurrente, se revisan los cuestionamientos formulados para determinar si acertó o no la Juez en su decisión.

1. La incongruencia entre la sentencia y la causal invocada.

Dispuso el legislador que la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades establecidas por el código procesal, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieran sido alegadas si así lo exige la ley (CGP 281), vale decir, impone límites al juzgador para que ciña su decisión a lo debatido oportunamente en armonía con los fundamentos fácticos en que se basan los pedimentos, en aras de proteger el derecho de defensa y contradicción de las partes.

Señala el recurrente que la decisión se basó en la causal tercera del artículo 1025 del Código Civil y no en la invocada en la demanda.

Para demostrar la incongruencia es necesario establecer que en la actividad desarrollada por el juez al momento de resolver el litigio

desbordó el marco de referencia esbozado por las partes, llevándolo a i) otorgar más de lo pedido, ii) omitir pronunciarse sobre alguna de las pretensiones o de las excepciones o, iii) decidir sobre puntos que no han sido objeto de litigio, o con apoyo en hechos diferentes a los invocados.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia SC15211-2017, con ponencia del doctor Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo sobre la congruencia, indicó:

“...3. Exclúyase la inconsonancia cuando la alegación se funda en desatinos suscitados en la interpretación de la demanda, pues éstos deben formularse a través de la causal primera de casación, consistente en la violación indirecta de la ley sustancial, como consecuencia de error de hecho por preterición, suposición, cercenamiento o adición.

Y es que en este último caso la censura, lejos de cuestionar el abandono de los extremos de la litis, se centra en la hermenéutica que el juzgador dispensó a las pretensiones o hechos del libelo genitor, entendido como un documento que integra la foliatura y hace parte del acervo demostrativo.

Total que cuando se interpreta, el funcionario judicial desentraña el sentido del escrito inicial y depura los aspectos que son ajenos a la controversia, por lo que aquí no puede existir incongruencia, ya que el fallador resuelve sobre todas las cuestiones que están sub iudice, sin dejar ninguna de ellas por fuera, ni adicionarlas, pero basado en el entendimiento objetivo que extrajo de este documento...”

La causal incluida en el numeral 3 del artículo 1025 del Código Civil dispone:

“3. El consanguíneo dentro del sexto grado inclusive que en el estado de demencia o destitución de la persona de cuya sucesión se trata no la socorrió pudiendo.”

El mencionado artículo que constituye la premisa normativa con base en la cual habrá de resolverse este caso, sufrió una modificación en el año 2018 con la expedición de la Ley 1893 que agregó tres causales de indignidad a las que ya consagraba el precepto en mención, entre ellas la del numeral 6 que establece:

“6. El que abandonó sin justa causa a la persona de cuya sucesión se trata, estando obligado por ley a suministrarle alimentos. Para los efectos de este artículo, entiéndase por abandono: la falta absoluta o temporal a las personas que requieran de cuidado personal en su crianza, o que, conforme a la

ley, demandan la obligación de proporcionar a su favor habitación, sustento o asistencia médica...”

Dicha modificación, como lo explica el profesor Pedro Lafont Pianetta en su obra Derecho de Sucesiones, Tomo I, Parte General y Sucesión Intestada, Décima primera Edición, 2020, Librería Ediciones del Profesional Ltda., pag 238, consistió en una adición con especificidad:

“A. Adición.- En efecto, cuando la precitada ley se limita a modificar el artículo 1025 del Código Civil, reproduciendo las cinco primeras causales y adicionando otras tres en los numerales 6, 7 y 8 del mismo artículo, ello indica que simplemente quiere agregar una de las tres causales en dicho artículo 1025 del Código Civil.

B. Especificidad.- Pero en el fondo lo que trata es de darle especificidad, esto es, de precisar sus requisitos especiales, a tres causas de indignidad que estaban incluidas en las causas originales del artículo 1025 C.C., las cuales, por su contenido más amplio, las incluían.

En efecto, las nuevas causales de abandono injustificado (num. 6), la de violencia intrafamiliar (num 7) y la de abandono injustificado a discapacitado (num 8), la doctrina y la jurisprudencia, las entendían incluidas así: En la causal tercera (Art. 1025 num.3 del C.C.), las de abandono (nums.6 y 8)20,3 y en la segunda (Art.1025 num. 2 C.C.), la del delito de violencia intrafamiliar21.”

En la misma línea de interpretación, puede observarse cómo la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia al estudiar la indignidad fundada en la causal 3, antes de la modificación legislativa, consideraba que el socorro implicaba el apoyo económico, así lo indicó en sentencia de fecha 30 de junio de 1998, con ponencia del doctor JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES, expediente 4832:

3- Siguiendo ese rumbo, se configura la causal de indignidad comentada respecto de los padres que pretendan suceder al hijo fallecido, sin parar mientes que en un momento dado de la vida lo privaron injustificadamente de su protección física, moral o intelectual, mediando así violación de sus deberes de crianza, alimentación y educación que les impone la ley.

Es decir, los padres pueden ser declarados indignos de heredar a sus hijos, si, pudiendo, no los socorren en las necesidades primarias cuando se hallan en estado de privación o destitución, dado que son quienes están obligados legal y moralmente a brindarles el

soporte que aliente sus existencias; y, con mayores veras, deberán sufrir el rigor de la pena civil de la indignidad, si, precisamente por su comportamiento, son quienes han generado dicho estado al privarlos de apoyo o auxilio, por razón del abandono a que los someten. Es lo que ocurre al padre o a la madre que, sin mediar causa justificativa de su proceder, abandonan el hogar y dejan a los hijos menores, sin atender que ellos todavía se hallan bajo su cuidado y que requieren de su constante ayuda, cortando así de un tajo, por su propia voluntad, las obligaciones que su condición les impone, como si asumirlas o no, fuera algo de su libre albedrío, cuando realmente no lo es.

Es indisputable que el hijo en tales circunstancias, queda privado o destituido de algo que le pertenece, como es el auxilio o socorro a que tiene derecho por parte de sus padres; amparo que, en buena medida, no puede ser brindado en integridad por otras personas, dada la naturaleza del vínculo paterno-filial.

Como es sabido, dicho vínculo determina la concurrencia de un conjunto de deberes entre los que se halla el del socorro asistencial, por cuya virtud, sobre todo en el caso de los padres con respecto a los hijos que aún se hallan desvalidos, deben realizar comportamientos sucesivos y vanados: aportarles los medios económicos o materiales que les permitan su adecuado desarrollo físico; y, por supuesto, brindarles el apoyo moral e intelectual que conlleva la estima, el afecto y el oportuno consejo.

En esas circunstancias, el estado de destitución, privación o abandono -grave de por sí-, en que se coloca al hijo por causa del padre que se aparta voluntariamente de cumplir los referidos deberes, no desaparece, ni mengua, por el simple hecho de que la madre u otros parientes los asuman, sea que estos lo hagan por cumplir, a su vez, una obligación legal propia, o por acatar un deber moral; la falta del padre, aun en ese caso, habrá existido y será condigna de las sanciones de orden legal que correspondan; no se desvanece, entonces, por el buen comportamiento y la generosidad de otros, ni, por ende, descaece en esa hipótesis el motivo de la indignidad para suceder, fincado en el omisivo proceder del heredero frente al de cujus.

Se tiene entonces que el agravio que amerita la declaración de indignidad, puede enmarcarse tanto en la causal 3, como en la 6, no obstante para la aplicación de esta última debe tenerse en cuenta que los hechos que la estructuran ocurrieron prácticamente en su totalidad antes de la modificación legislativa, lo cual nos deja

frente al problema de la aplicación de la Ley en el tiempo.

Sobre este aspecto tiene por sentado la Honorable Corte Constitucional:

“...De acuerdo con lo expuesto, y conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, se puede concluir que las reglas de derecho sobre aplicación de la ley en el tiempo son las siguientes: “(i) por regla general las normas jurídicas se aplican de forma inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad; (ii) el postulado de irretroactividad de la ley implica que una norma jurídica no tiene prima facie la virtud de regular situaciones jurídicas que se han consumado con arreglo a normas anteriores; (iii) la aplicación retrospectiva de una norma jurídica comporta la posibilidad de afectar situaciones fácticas y jurídicas que se han originado con anterioridad a su vigencia, pero que aun no han finalizado al momento de entrar a regir la nueva norma, por encontrarse en curso la aludida situación jurídica y; (iv) tratándose de leyes que se introducen en el ordenamiento jurídico con el objeto de superar situaciones de marcada inequidad y discriminación (tuitivas), el juzgador debe tener en cuenta, al momento de establecer su aplicación en el tiempo, la posibilidad de afectar retrospectivamente situaciones jurídicas en curso, en cuanto el propósito de estas disposiciones es brindar una pronta y cumplida protección a grupos sociales marginados...” Sentencia T-110 de 2011. Citada en sentencia SU309/19.

Al revisar la demanda y las pruebas recaudadas, se tiene que los hechos indicados como causal de indignidad ocurrieron desde el año 2000 hasta el deceso de Daniel Steven Vargas ocurrido el 17 de julio de 2018, fecha en que ya se había promulgado la reforma del artículo 1025 del Código Civil⁴, así, aun cuando la mayoría de las conductas se produjeron antes de la expedición de la Ley 1893, se le aplicará la nueva legislación⁵ por expresa regulación normativa (cfr. Art. 34 Ley 153 de 1887).

Así lo enseña el Profesor Lafont Pianetta en la obra citada:

*“III. VIGENCIA Y APLICACIÓN. - La vigencia y la aplicación de esta ley se sujeta a las reglas generales. (...) **Temporalmente** rige a partir de su promulgación el 24 de mayo de 2018 y se aplica a las sucesiones cuyo causante fallezca en esa fecha o en fecha posterior; aun cuando la conducta se hubiese cometido bajo la ley anterior (inc.2º del Art. 34 Ley 153/1887). En tanto que las sucesiones abiertas antes, se sujetan a la ley anterior...” (pág. 253).*

Puede concluirse entonces, que si bien al iniciar su argumentación la Juez mencionó la causal 3 del artículo 1025 la falta de socorro, como se anotó, implica el abandono económico y en todo caso, el análisis fáctico y probatorio se dirigió a establecer la estructuración de la causal de abandono a que se refiere el numeral 6 del mismo artículo, concluyendo que se encontraba demostrada la causal alegada por la demandante y que por tal razón debía acceder a la pretensión primera de la demanda, vale decir que aunque la funcionaria judicial no hizo alusión a la aplicación retrospectiva de la ley, su decisión se ajusta a las exigencias legales, jurisprudenciales y doctrinarias para este tipo de asuntos.

Así las cosas, no encuentra la Sala que se haya faltado al principio procesal de la congruencia de la sentencia al haber declarado indigno para suceder al demandado por la causal invocada en la demanda.

a) Sobre la valoración probatoria.

Señala el apelante que se les dio valor probatorio diferente a las pruebas allegadas por las partes pues, de una parte, los testigos llamados al proceso por la actora son “*de oídas*” y de otra, la prueba documental y los testigos llamados por él dan cuenta del cumplimiento de sus obligaciones de padre.

La prueba documental adosada al proceso da cuenta de que quien tenía la custodia del hijo era la progenitora y demuestra además el incumplimiento en que incurrió el demandado frente a las obligaciones alimentarias para con su hijo Daniel Steven adquiridas mediante acuerdo celebrado en la Comisaría 16 de Familia de esta ciudad el 10 de diciembre de 2004, también revelan que tuvo que ser citado ante la justicia para compelerlo a cumplir con lo pactado y aun así su renuencia persistía, obsérvese que en dos oportunidades fue denunciado por inasistencia alimentaria, y en la última de ellas no acudió pese a los llamados realizados por la Fiscalía 122.

Este proceder fue reconocido por don Géiler Daniel al absolver el interrogatorio de parte, cuando se le formularon preguntas en tal sentido: “*Sí, si se da cuenta señora juez, del año 2000 en adelante por mi situación financiera no pude ayudarle económicamente, cuando llegamos a las instancias de fiscalía le cancelé absolutamente todo el dinero que ella me pidió de toda la manutención del niño hasta el 30 de diciembre del año 2019(sic)*” (...) “*Estaba colgado con las cuotas yo estaba consignando una plata, las consignaciones de Davivienda que se demostró en la carpeta, me colgué por falta de trabajo, en el 2010 me llama ella por fiscalía para ponerme al día*” se le preguntó porque había sido citado

nuevamente por la Fiscalía en el año 2014, y contestó: “*Señora Juez porque desafortunadamente no he tenido fortuna con mi trabajo, he estado inestable totalmente en mi trabajo, nunca estuve independiente del niño cuando ella me vuelve a llamar en el 2018 nuevamente y volví otra vez y como pude reitero le consigne el dinero que ella me pidió y se lo cancelé*”

Si se tiene en cuenta que el causante nació el 30 de noviembre de 2000 y existe constancia relacionada con la investigación: 110016000012201480020 emitida por la Fiscalía No. 122 el 31 de enero de 2019 respecto a que el indiciado no había dado cumplimiento a lo pactado en la citación para correr traslado del escrito de acusación e informando que el proceso seguirá su curso normal, resulta evidente que durante toda la vida del causante su progenitor incumplió con la obligación de darle lo necesario para su manutención.

El demandado pretendiendo justificar los señalamientos sobre su incumplimiento en el pago de la cuota alimentaria para Daniel Steven, aportó 46 consignaciones realizadas entre el 17 de octubre de 2010 y el 1 de febrero de 2013 a la cuenta #006181026920 del Banco Davivienda que suman \$5.900.000.00, las cuales prueban que, aunque tardíamente, hizo abonos a la deuda de alimentos para con su hijo, pero estos pagos no tienen la entidad suficiente para desvirtuar el abandono sufrido por el causante a lo largo de su vida.

Para demostrar el acompañamiento que, según él, brindó a su hijo, don Géiler Daniel presentó i) comunicación de la Fundación Esperanza de Amaly con fecha 9 de diciembre de 2019, que informa sobre la permanencia del adolescente en esa institución entre el 27 de agosto de 2015 y el 17 de noviembre de 2016 y que se vinculó a la red familiar integrada por “*progenitores GÉILER DANIEL VARGAS MANCIPE, LÉIDER VANEGAS MOTTA Y FANNY MANCIPE DE VARGAS*”, ii) carta emitida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Centro Zonal Mártires el 26 de agosto de 2015 dirigida a la Fundación Esperanza de Amaly autorizando la visita del señor Géiler Daniel Vargas Mancipe y, iii) cinco fotografías en las que, se afirma aparecen el demandado y su fallecido hijo.

Tales documentos solo demuestran que las instituciones intentaron involucrar al progenitor en el proceso reeducativo al que debió someterse Daniel Steven, pero de ninguna manera son prueba del acompañamiento que asegura el demandado haber dado a su hijo durante su existencia.

En cuanto a las fotografías debe decirse que es

muy poco su valor probatorio para sustentar las afirmaciones de don Géiler, pues ni siquiera al aportarlas se suministró información alguna sobre las fechas y lugares en que fueron tomadas; se afirmó que en ellas aparecen don Géiler y su fallecido hijo, pero con excepción de la que registra la entrega del título de bachiller del causante, las demás solo muestran a quienes, se infiere, son padre e hijo así como otras personas, sin poder establecer la ocasión ni la fecha en que se tomaron.

Al recorrer el traslado de las excepciones de mérito, se aportaron certificaciones que dan cuenta de las dificultades de aprendizaje y de los trastornos en el desarrollo de las habilidades escolares que presentaba Daniel Steven, así como algunas de las actuaciones surtidas en el proceso de Restablecimiento de Derechos adelantado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Con fundamento en las pruebas, pudo establecer la Juez, que aparte de la progenitora fue doña Fanny quien estuvo pendiente de Daniel Steven, suministrándole lo necesario mientras vivió ocasionalmente en su casa, lo recogía junto con el abuelo paterno en la casa de la progenitora, ante la falta de aporte del progenitor, asumía los gastos de su nieto, le brindó acompañamiento cuando fue institucionalizado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Este proceder generoso y solidario de la abuela paterna de ninguna manera puede atribuirse al demandado, como cumplimiento de sus deberes parentales como él lo pretende, pues son sus propias conductas dirigidas a brindar cuidado, protección, acompañamiento, orientación y sustento económico las que ha debido probar.

Con respecto a la demostración del cumplimiento de las obligaciones de padre a que se refiere el recurrente, no se encuentran en el acervo probatorio medios de convicción con la credibilidad suficiente para ello, aunque con tal propósito trajo al proceso los testimonios de su hija y de su progenitora, fue evidente en sus declaraciones la intención de favorecer a don Géiler incurriendo incluso en contradicciones con las manifestaciones que hicieron ante notario en declaraciones extra-proceso, y sus afirmaciones respecto a que el demandado apoyaba económicamente a su hijo, lo visitaba, lo llevaba a paseos, lo había acompañado en el proceso adelantado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, al ser analizadas en conjunto con las demás pruebas puede concluirse que se refieren a episodios esporádicos en la vida del causante, no su comportamiento habitual para con él.

Es así como al no encontrar entre las pruebas aportadas y practicadas en el proceso elementos de juicio que sustenten las

afirmaciones del demandado, puede concluirse que la valoración y el análisis probatorio realizado por la Juez de primera instancia fueron adecuados.

No obstante, puede agregar la Sala lo observado respecto a otro aspecto que ha de tenerse en cuenta, como es que, el abandono previsto por el legislador como causal de indignidad sucesoral debe ser injustificado, lo cual significa que, si esta conducta obedece a circunstancias de salud, laborales, o de fuerza mayor como podría ser un secuestro, no podría ser sancionada con dicha declaratoria. En el caso bajo estudio, el demandado no adujo ninguna justificación admisible, pues sólo se limitó a decir que su incumplimiento se debió a su difícil situación económica por la falta de trabajo, argumento inadmisibles para la Sala, menos aún si se tiene en cuenta que la cuota alimentaria fijada en 2004 equivalía al 16.75% del Salario Mínimo Legal Mensual establecido en Colombia para ese año⁹ y que don Géiler conformó una familia en la que tuvo hijos que ha podido sostener, mientras su hijo extramatrimonial pasaba necesidades.

Se encuentra pertinente precisar que esta providencia produce efectos exclusivamente en relación con los derechos de heredero de quien es declarado indigno pero, no tiene incidencia con respecto a derechos o bienes que no estaban en cabeza del causante al momento de su fallecimiento, como sucede con la prestación indemnizatoria por causa de su muerte.

Sobre este particular el profesor Pedro Lafont Pianetta en la obra citada, páginas 145 y 150 enseña:

“V.TRATAMIENTO ESPECIAL DE CIERTOS ELEMENTOS.- Existen ciertos derechos que poseen todas las características para formar parte de la herencia y, en efecto, a ella pertenecen, pero que por disposiciones especiales tienen un tratamiento diferente al común, sea porque tengan unos beneficiarios especiales (a veces coinciden con los órdenes hereditarios) o porque la ley autorice su entrega directa (fuera del proceso de sucesión). Tales derechos son, entre otros, los siguientes.

(...)11. Los derechos laborales del sector oficial en general, y en especial, el seguro por muerte (capítulo X del Decreto 1848/1969, pensión de jubilación postmortem (Arts. 80 y 92 del Dcto. 1848 y Ley 33/1973), la cesantía y “demás derechos laborales causados en favor del de cujus y que no se hubieren satisfecho antes de su muerte” (Art. 58 Dcto. 1848/1969).

Y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

“3. Sin embargo, resalta la Sala que el margen de decisión de las autoridades judiciales se encuentra claramente delimitado, de un lado en las normas sobre competencia, y de otro lado, en lo que impone la naturaleza de las instituciones sobre las que los jueces deben fallar. Así las cosas, es preciso advertir que la figura de la indignidad para suceder al difunto como heredero o legatario tiene efectos en el ámbito propio de la sucesión por causa de muerte, de suerte que todo aquello que reciba una persona sin que encuentre su fuente en la calidad de heredero o de legatario, o, puntualmente en la aplicación de las disposiciones del derecho sucesoral, no puede ser objeto de un pronunciamiento relacionado con la declaratoria de indignidad para suceder.

O dicho en otras palabras, las indemnizaciones que una persona reciba con ocasión del fallecimiento de un pariente cercano, o las partidas que reciba a título de pensión por el deceso de un trabajador cobijado por un sistema de seguridad social, no encuentran su fuente en las normas que regulan la sucesión por causa de muerte, luego las decisiones acusadas en la acción de tutela que se resuelve, no vulneran derechos

fundamentales en cuanto se pronuncian sobre los temas que son de su competencia en razón de la normatividad invocada (art. 1025 C.C.), pero es claro que tales determinaciones no pueden extenderse a la indemnización cuyo origen se halla en la necesidad de resarcir un daño, o, en su caso, de reconocer un valor asegurado como consecuencia de la realización de un siniestro, o a la pensión (Nums. 11.3 y 11.4, art. 11 del Decreto 4433 de 2004), que es un concepto estrechamente vinculado a la relación de trabajo y ligado al sistema de seguridad social, y gobernado por normas que escapan a la competencia del juez de familia (Num. 4º, art. 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social), razón por la cual tales decisiones sobrepasarían su marco de acción, o excederían la competencia establecida en normas de orden público.” (Sentencia de Tutela 11001-02-03-000-2008-00439, 9 de abril de de 2008, M.P. ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ)

En hilo con lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia, sin más consideraciones por no ser necesarias, con la consecuente condena en costas a la parte apelante por no haber prosperado el recurso.

SALA LABORAL

PENSIÓN DE VEJEZ RELIQUIDACIÓN- RÉGIMEN DE TRANSICIÓN MP DRA. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS RADICADO:08201900760 01

TESIS: Siendo ello así, y en consideración a que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 al demandante le faltaban menos de 10 años para pensionarse, y en específico, 858 días para completar las 1000 semanas exigidas por el Acuerdo 049 de 1990, como así se establece a partir de la Resolución SUB 155096 del 15 de junio de 2019 (Cd. a folio 57), la norma llamada a gobernar la forma de liquidar la misma, no es otra que el inciso 3º del artículo 36 *ejusdem*, como así lo definió el *a quo*, sin embargo, se advierte que el Despacho tomó el IBL más favorable definido por la entidad demandada en el acto administrativo en comento, quien pese a hallar el promedio de lo cotizado por el actor durante toda la vida laboral, también halló el promedio de los últimos 10 años, el cual no resultaba aplicable al caso, como ya se indicó.

Empero, como sobre este puntual aspecto no obra discusión en el recurso de apelación, la Sala no hará ninguna modificación, menos aun cuando al revisar el promedio del período que le hacía falta al actor para pensionarse, esto es, teniendo en cuenta lo cotizado durante los últimos 858 días, se obtiene una mesada para el año 2016 de \$8.672.285, conforme a liquidación anexa, que no puede reconocerse en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de la entidad, al ser muy superior a la definida por el *a quo*.

De manera que, la Sala dejará incólume el IBL tomado por el Juzgado, es decir, \$7.810.728, que al aplicarle una tasa de reemplazo del 78%, arroja una primera mesada de \$6.092.368, para el año 2016, siendo lo procedente confirmar la decisión en este aspecto.

Descriptores: Intereses moratorios – excepción prescripción

ANTECEDENTES

DEMANDA: El señor **GUSTAVO HERNÁN SOTO ROJAS**, promovió demanda ordinaria laboral a través de apoderada judicial en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, para que se condene a la

enjuiciada al reconocimiento y pago de la reliquidación pensional, en los términos del Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 78% aplicada sobre el IBL estatuido en el numeral 2º párrafo 1º del artículo 20 *ejusdem*, a partir del 26 de abril de 2019, junto con las diferencias pensionales, indexación, intereses moratorios, costas y

agencias en derecho. (fl. 6 y 7)

Respalda el *petitum* en los hechos visibles a folios 2 a 5 del expediente, en los que en síntesis advierte que, nació el 20 de agosto de 1939, de suerte que cumplió 60 años el mismo día y mes del año 1999; que prestó sus servicios personales al servicio de diferentes empleadores de naturaleza pública y privada, entre el 1º de agosto de 1954 y el 30 de enero de 2003. Refiere que mediante Resolución 018096 del 14 de junio de 2005, le fue reconocida la pensión de vejez, bajo los parámetros del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1º de febrero de 2003, en cuantía inicial de \$2.736.912, la cual resultó de aplicar una tasa de reemplazo del 67% a un IBL de \$4.084.943, además, en dicho acto administrativo se reconoció expresamente por el entonces ISS que cotizó un total de 1.097 semanas. Aduce que interpuso los recursos de reposición y apelación contra la citada resolución, los cuales fueron desatados por las Resoluciones 712 del 14 de junio de 2005 y 4358 del 31 de julio de 2009. Que el 26 de abril de 2019, solicitó la reliquidación de su pensión, a la luz del Acuerdo 049 de 1990, empero, mediante la Resolución SUB 155096 del 15 de junio de 2019, la entidad accedió a ello, dando aplicación a la Ley 71 de 1988, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 75%, para una mesada de \$5.858.046, a partir del 26 de abril de 2016; que tal determinación fue confirmada por la entidad demandada en Resolución DPE 9502 del 10 de septiembre de 2019.

CONTESTACIÓN: La accionada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar en síntesis que, la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 implica incluir únicamente los tiempos cotizados al ISS hoy Colpensiones, como lo ha definido la Corte Suprema de Justicia, por manera que la norma llamada a dilucidar el caso objeto de análisis es la Ley 71 de 1988, tal y como así lo efectuó la entidad, máxime que el convocante no acredita el número de semanas exigido por el Acuerdo 049 de 1990. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción y caducidad, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y declaratoria de otras excepciones. (fls. 50 a 54).

ANÁLISIS DE LA SALA

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6º del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4º de la Ley 712 de 2001, conforme se

constata de la documental obrante a folios 18 a 7 del expediente, consistente en solicitud de reliquidación de su pensión.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por la Juez de conocimiento, el recurso de alzada impetrado por el demandante y el estudio del grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el dilucidar la viabilidad de reliquidar la pensión de vejez del actor bajo el abrigo del Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta para el efecto, las cotizaciones efectuadas a cajas de previsión social y al ISS hoy Colpensiones, al igual que la aplicación de una tasa de reemplazo del 78% y un IBL hallado con el promedio de las últimas 100 semanas de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral.

Dilucidado lo anterior, habrá de establecer la Sala si es procedente imponer condena a título de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

STATUS DE PENSIONADO

Al analizar las pruebas allegadas al plenario, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 CPL, en especial, la copia de la reclamación administrativa solicitando la reliquidación pensional (fls. 18 a 27); copia de la Resolución 4358 del 31 de julio de 2009 (fl. 30) liquidación allegada por el demandante de IBL y retroactivo pensional (fls. 31 a 33); y expediente administrativo allegado por Colpensiones (Cd. a folio 57); probanzas de las cuales se colige, tal como con acierto lo determinó el *A quo*, que a GUSTAVO HERNÁN SOTO ROJAS le fue reconocida la pensión de vejez mediante Resolución 18096 del 14 de junio de 2005, a partir del 1º de febrero de 2003 en cuantía inicial de \$2.736.912 y en aplicación a lo estatuido en la Ley 100 de 1993 por contar con 1.097 semanas de cotización, la cual fue modificada mediante la Resolución SUB 155096 del 15 de junio de 2019, conforme a la Ley 71 de 1988, a partir del 26 de abril de 2016, en cuantía inicial de \$5.858.046, la cual se halló teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 75% (Cd. a folio 57); así mismo se constata que de las semanas reconocidas en el acto administrativo de reconocimiento pensional, algunas fueron cotizadas por el convocante al entonces ISS y otras a la Caja de Previsión Distrital, amén que este cuenta con tiempos servidos a favor del sector oficial; supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes en litigio, en esta segunda instancia.

RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

Al no existir discrepancia respecto de la calidad de beneficiario del régimen de transición del demandante, expresamente reconocida por la demandada en la Resolución SUB 155096 del 15 de junio de 2019 (Cd. a folio 57), resta por establecer si le asiste derecho al actor a la reliquidación de su pensión, acorde a lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta todos los tiempos que fueron cotizados al entonces ISS por diversos empleadores de naturaleza privada, al igual que sus aportes efectuados a la Caja de Previsión Distrital y los servicios prestados a favor de empleadores de naturaleza pública, como el Ministerio de Defensa, Ministerio de Hacienda, Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud.

Así, en aras de desatar el objeto de la Litis planteada, y en lo que atañe a la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, por vía del régimen de transición, considerando para el efecto tiempos cotizados al otrora ISS y los servicios públicos cotizados a cajas de previsión social, o laborados a favor de un empleador de naturaleza pública, ha indicado la Corte Suprema de Justicia en la reciente sentencia SL1947 de 2020 que:

«(...) No obstante, ante un nuevo estudio del asunto, la Corte considera pertinente modificar el anterior precedente jurisprudencial, para establecer que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas.

Para modificar tal criterio jurisprudencial, debe destacarse que tal como lo ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 tuvo como finalidad esencial proteger las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse, a fin que estuvieran cobijados por la legislación precedente, en los aspectos definidos por el legislador.

Este tipo de regímenes se prevé en los sistemas de seguridad social a fin de que los cambios legislativos en materia pensional no sean abruptos para los ciudadanos, sino que su aplicación sea progresiva y gradual y no se afecten las expectativas legítimas de quienes se encontraban cerca de consolidar los derechos prestacionales. Es el establecimiento de condiciones de transición lo que garantiza la

aplicación ultraactiva de la disposición anterior, se reitera, en algunos aspectos definidos por el propio legislador.

Específicamente, el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encuentran cobijados por éste, en el sentido de que la normativa anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultraactivos solamente en los aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

*De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, **entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.***

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.

Lo anterior permite reconocer que, durante su trayectoria profesional, las personas pueden estar unos tiempos en el sector público o en el sector privado, dado que ello hace parte de las contingencias del mercado laboral y lo relevante es que el Estado permita tener en cuenta lo uno y lo otro para el acceso a prestaciones económicas, pues, en últimas, lo que debe contar es el trabajo humano.

La posibilidad de la sumatoria de tiempos

parte también de la propia Ley 100 de 1993, que contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna.

En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

En tal dirección, así debe entenderse el párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un párrafo no haga relación a la temática abordada por una norma, como en este caso serían las pensiones derivadas del régimen de transición, de modo tal que el cómputo previsto en este párrafo es predicable tanto para las prestaciones de Ley 100 de 1993 como las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.

*Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado *ius cogens*.» (Resalta la Sala)*

El anterior criterio jurisprudencial, ha sido reiterado por el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en las sentencias SL1981-2020 y SL2523 de 2020, de manera que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas, tal y como acertadamente lo concluyó el *a quo*, dado que en la actualidad dicha interpretación constituye doctrina probable al existir a lo menos 3 pronunciamientos en tal sentido, que

no se limita al reconocimiento del derecho pensional, pues la Alta Corporación en sentencia SL2013-2020, reiteró su posición sobre el tema, en un caso similar al aquí estudiado, en el cual se pretendía la reliquidación pensional conforme al Acuerdo 049 de 1990.

Bajo lo anteriores derroteros, se tiene que el demandante acredita los requisitos establecidos en el artículo 12 *ejusdem*, al cumplir 60 años de edad el 20 de octubre de 1999, como da cuenta la copia de la cédula de ciudadanía obrante en el expediente administrativo (Cd. a folio 57), además, acredita un total de 1.097 semanas, incluidas las cotizaciones realizadas al otrora ISS y los servicios prestados a favor del sector público, conforme a la Resolución de reconocimiento pensional, esto es, la número 18096 del 14 de junio de 2005 (Cd. a folio 57), es decir, que cuenta con más de las 1000 semanas mínimas requeridas por la norma aplicable, de lo cual se concluye que tiene derecho a que su pensión sea reconocida en los términos del Acuerdo 049 de 1990, de conformidad con lo que determinó la sentenciadora de primera instancia.

Ahora bien, en lo que se refiere a la tasa de reemplazo a aplicar se debe tener en cuenta que para las personas beneficiarias del régimen de transición, no es otra que la contemplada en la norma anterior llamada a regir el caso. En tal medida, el artículo 20 del Decreto 758 de 1990, establece que la tasa de reemplazo para pensiones de vejez corresponde al 45% del salario base mensual, incrementado en un 3% por cada 50 semanas cotizadas con posterioridad a las primeras 500 semanas.

Bajo esta óptica, considerando la densidad de 1.097, como ya se anotó, se concluye que la tasa de reemplazo a aplicar es del 78%, como acertadamente lo consideró el Juzgado de Conocimiento.

En cuanto al Ingreso Base de Liquidación, encontramos que a las personas beneficiarias del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, les asiste el derecho a que su pensión les sea liquidada, en caso tal de que les faltaren menos de 10 años para pensionarse, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, con el promedio del tiempo que les hiciera falta para ello, o lo devengado durante todo el tiempo laborado. Con todo, en caso de que les faltare más de 10 años para pensionarse, por disposición del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el IBL deberá ser calculado con el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales ha cotizado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión o durante toda la vida laboral, en este último evento, siempre que cuenten con más de 1250

semanas cotizadas.

Criterio que ha sido asentado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, recientemente reiterado en la sentencia SL4783 de 2018, cuando indicó:

«Esta Corporación, en múltiples decisiones, ha insistido que el ingreso base de liquidación de aquellas personas beneficiarias del régimen de transición que les faltaban más de 10 años para adquirir el derecho pensional a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, se debe calcular conforme a los postulados del artículo 21, ellas en sentencia SL13652-2015, que reiteró lo dicho en la CSJ SL, 15 feb. 2011, rad. 43336, enseñó:

(...) Por manera que, dependiendo del tiempo que les hiciere falta para adquirir el derecho a la pensión cuando entró en vigencia el Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones, respecto de los beneficiarios de la transición pensional se presentan dos situaciones:

(i) La de quienes al momento en que entró a regir el sistema pensional de la Ley 100 de 1993 les faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho, caso en el cual el ingreso base de liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE, y

(ii) La de quienes les faltaban más de 10 años para adquirir el derecho, caso en el cual el ingreso base de liquidación será el previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, si resulta superior al anterior, siempre y cuando el afiliado haya cotizado 1250 semanas como mínimo»

Ese es el criterio que tiene establecido la Corte Suprema de Justicia en materia de IBL frente a los beneficiarios del régimen de transición, no siendo pertinente echar mano de la sentencia SL11162-2017 que aduce el recurrente, dado que en tal decisión se dilucidó un caso absolutamente disímil al que ahora ocupa la atención de la Sala, pues en aquella oportunidad la Corte Suprema de Justicia se encargó de estudiar si el demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de invalidez que le fue reconocida desde el 26 de junio de 1990, conforme al parágrafo 1º del

artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, situación que en nada se relaciona con la liquidación de la pensión de vejez causada con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en tratándose de un beneficiario del régimen de transición.

Siendo ello así, y en consideración a que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 al demandante le faltaban menos de 10 años para pensionarse, y en específico, 858 días para completar las 1000 semanas exigidas por el Acuerdo 049 de 1990, como así se establece a partir de la Resolución SUB 155096 del 15 de junio de 2019 (Cd. a folio 57), la norma llamada a gobernar la forma de liquidar la misma, no es otra que el inciso 3º del artículo 36 *ejusdem*, como así lo definió el *a quo*, sin embargo, se advierte que el Despacho tomó el IBL más favorable definido por la entidad demandada en el acto administrativo en comento, quien pese a hallar el promedio de lo cotizado por el actor durante toda la vida laboral, también halló el promedio de los últimos 10 años, el cual no resultaba aplicable al caso, como ya se indicó.

Empero, como sobre este puntual aspecto no obra discusión en el recurso de apelación, la Sala no hará ninguna modificación, menos aun cuando al revisar el promedio del período que le hacía falta al actor para pensionarse, esto es, teniendo en cuenta lo cotizado durante los últimos 858 días, se obtiene una mesada para el año 2016 de \$8.672.285, conforme a liquidación anexa, que no puede reconocerse en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de la entidad, al ser muy superior a la definida por el *a quo*.

De manera que, la Sala dejará incólume el IBL tomado por el Juzgado, es decir, \$7.810.728, que al aplicarle una tasa de reemplazo del 78%, arroja una primera mesada de \$6.092.368, para el año 2016, siendo lo procedente confirmar la decisión en este aspecto.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Establecido el derecho en cabeza del demandante a la reliquidación pensional, debe procederse a estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción alegado por la parte pasiva en la contestación de la demanda, en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Sea lo primero advertir, que la excepción de prescripción es el fenómeno jurídico mediante el cual, se pierde el derecho por no haber ejercido la acción, en regla general, en el término de tres años contados a partir del momento en que se consolida o se hace exigible el derecho, según lo reglado en el artículo 488 del CST y el art. 151 del Código de Procedimiento Laboral.

En el caso puesto a escrutinio de la Sala, se tiene que la pensión de vejez se reconoció desde el 1º de febrero de 2003, la reclamación tendiente a su reliquidación se elevó el 26 de abril de 2019 (fls. 18 a 27) y la demanda se radicó ante la oficina judicial de reparto el 6 de noviembre de 2019 (fl. 36), de manera que operó la prescripción sobre las diferencias causadas con anterioridad al 26 de abril de 2016, empero, el Juzgado declaró dicho medio exceptivo sobre las diferencias generadas con anterioridad al 6 de noviembre de 2019, decisión que no mereció reparo del actor, motivo por el cual se dejará incólume.

INTERESES MORATORIOS

Sobre lo intereses moratorios anhelados por la parte actora, baste con traer a colación lo que al respecto dilucidó la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2061-2021 M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz, en un caso de similar al aquí planteado, en el cual también se dilucidó la procedencia de la reliquidación pensional, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, incluyendo sumatoria de tiempos públicos y privados, oportunidad en la que la Corporación indicó:

«Los intereses moratorios fueron solicitados únicamente sobre las mesadas completas y no sobre las diferencias que se presenten mes a mes, no obstante que la Corte desde las sentencias CSJ SL1681-2020 y CSJ SL3130-

2020 estimó que éstos también proceden en pensiones legales adquiridas al amparo del régimen de transición y en casos de deudas de saldos o reajustes de la prestación, respectivamente, rectificando con ello sus criterios anteriores al respecto.

Sin embargo, para este caso los intereses moratorios no son procedentes, dado que la pensión se reconoce con fundamento en un cambio de jurisprudencia (CSJ SL4650-2017) en relación con la sumatoria de tiempos públicos y privados para efectos de la pensión de vejez, en régimen de transición, con arreglo al Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990 (CSJ SL1947-2020; CSJ SL1981-2020 y CSJ 2557-2020). En su lugar, se ordenará la indexación del retroactivo pensional, dado que es necesario compensar el impacto inflacionario que sufrió el valor de las mesadas pensionales con el simple transcurrir del tiempo(...)

Bajo tal criterio, encuentra la Colegiatura que debe confirmarse la decisión del Juzgado de primera instancia en cuanto negó el reconocimiento de los intereses moratorios y en su lugar, accedió a la indexación de las diferencias debidas, pese a que de manera imprecisa indicó que los mismos no proceden frente a reliquidaciones pensionales.

Dimana de lo expuesto, la confirmación de la decisión impugnada.

ACCIDENTE DE TRABAJO – CULPA PATRONAL MP DRA. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS RADICADO: 14201700737 01

TESIS Así las cosas, no puede concluirse que el demandante contaba con los conocimientos suficientes sobre los procedimientos que debían aplicarse para el ascenso y descenso por la escalera, al igual que la manera en como debía sujetarse al poste, en las condiciones climáticas que fueron relatadas por el testigo Antonio Palacios, y mucho menos puede considerarse que el trabajador portaba los elementos de protección adecuados, pues por el contrario, en la investigación del accidente de trabajo, como se destacó, se llegó a la conclusión que el actor no portaba el equipo autorizado para trabajo en alturas, lo cual además se ratifica por el testigo Fernando Augusto Arango, quien en calidad de Coordinador del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo del extremo pasivo, aseguró que el demandante Montañez Chaparro no portaba el Arnés que correspondía, sino que estaba utilizando un cinturón linero, ya revaluado por la entidad, lo cual se *itera*, debió ser objeto de verificación por parte de la empresa.

De suerte que, la llamada a debate incurrió en desidia y negligencia en la consumación de sus deberes de análisis, eliminación, reducción o al menos en impedir el riesgo, como un buen padre de familia lo hubiera ejecutado con sus negocios o, a voces de la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad Laboral en la sentencia SL 7459 de 2017, cuando *«quien tiene el deber de seguridad no lo acata y no despliega una acción protectora, que se concreta en la adopción de todas las medidas necesarias para que el empleado no sufra lesión alguna durante el ejercicio de la tarea, o en su defecto no disminuye los riesgos asociados a ella»*.

Descriptores: Relación laboral – indemnización.

ANTECEDENTES

DEMANDA: Los demandantes ALBERTO MONTAÑEZ CHAPARRO, ALBERTO y ANDRÉS MAURICIO MONTAÑEZ GUERRERO, actuando a través de apoderado

judicial, promovieron demanda ordinaria laboral pretendiendo se declare la existencia de un nexo contractual de carácter laboral entre ALBERTO MONTAÑEZ CHAPARRO y la pasiva, junto con la ocurrencia del accidente de trabajo acontecido el 18 de abril de 2012 y la

culpa de la pasiva en éste, por incumplimiento de las obligaciones; como consecuencia, se condene al pago de la indemnización total y ordinaria de perjuicios, contentivo de perjuicios materiales por daño emergente y lucro cesante consolidado y futuro, daños morales objetivados y subjetivados, vida en relación, indexación, intereses corrientes, moratorios y reajustes, costas y agencias en derecho (folios 177 a 179).

Fundamentan el *petitum* en los supuestos de facto relatados a folios 180 a 185 de las diligencias, que en síntesis advierten que ALBERTO MONTAÑEZ CHAPARRO suscribió contrato de trabajo con la demandada el 4 de diciembre de 1996, fecha para la cual gozaba de perfecto estado de salud física y mental; que el 18 de abril de 2012, cuando desempeñaba el cargo de instalador reparador, recibió, junto con el señor conductor Marco Antonio Palacios Velandia, la orden de reparar una línea telefónica de ETB en la calle 75 sur con carrera 4 este B, pese a que en Bogotá llovió todo el día en dicha data; que a la fecha anotada el señor Montañez no había realizado curso alguno, ni contaba con certificación para trabajo en alturas; tampoco contaba con absorbente de choque, anclaje, arnés, baranda, certificación, conector, eslinga, hueco, líneas de vida horizontales, líneas de vida verticales, mecanismos de anclaje, medidas de protección personal, como botas antideslizantes, mosquetón y demás elementos necesarios para el trabajo en alturas.

Agrega que antes del 18 de abril de 2012, la demandada no implementó el programa de protección contra caídas y no estaba acompañado por un inspector de seguridad que verificara las condiciones de seguridad para realizar el trabajo, en alturas como medida de prevención ante la ocurrencia de accidentes de trabajo; que en la citada data realizó trabajo en alturas subiendo al poste de líneas telefónicas a una altura de 9 metros, a través de una escalera que se encontraba mojada, dado que la misma fue transportada en la parte alta del vehículo; que al no tener los elementos de prevención y protección se resbaló y cayó al piso inconsciente, motivo por el cual su compañero Marco Antonio Palacios se comunicó con su jefe inmediato, no obstante, no pudo tener ningún contacto con este; que solo fue auxiliado por una ambulancia pasados 40 minutos desde que se presentó el siniestro; que fue atendido en la Clínica San Rafael, en donde requirió soporte ventilatorio invasivo, siendo sus diagnósticos: Politraumatismo en accidente laboral, fractura de húmero, radio, pelvis estable, fx apófisis trasversas, hematoma perirenal izquierdo, neumonía aspirativa, derrame pleural bilateral e injuria renal aguda; que el 4 de mayo de 2012, fue dado de alta con una orden de incapacidad por 30 días; que el 9

de octubre de 2012 la ARL Positiva emitió dictamen de pérdida de capacidad laboral del 25.93%, porcentaje que fue modificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez en 23,62%, mediante dictamen del 29 de abril de 2013; que este a su vez fue modificado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, mediante dictamen del 15 de octubre de 2013, definiendo su PCL en 28,93%, con fecha de estructuración 29 de abril de símil año.

CONTESTACIÓN: La pasiva EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.-ETB contestó el *libelo introductor* manifestando su oposición a las pretensiones relacionadas con la culpa patronal alegada, aduciendo para el efecto que siempre ha cumplido de manera rigurosa con toda la normatividad vigente, en materia de seguridad industrial, prevención de accidentes o enfermedades de origen profesional, y ha contado con los documentos, manuales, reglamentos implementados, ha impartido capacitaciones, tiene instituidos los órganos corporativos encargados de la materia, ha entregado los elementos de protección personal EPP y vestuario de trabajo adecuado. Adiciona que no ha infligido daño de ninguna otra naturaleza al demandante ni a sus hijos, precisando que tales perjuicios no aparecen probados en la demanda. Excepciones: Propuso como excepción previa la de prescripción y como medios exceptivos de fondo los denominados inexistencia de causa para demandar, inexistencia de culpa del patrono hoy empleador, cobro de lo no debido, prescripción, compensación, actuación de buena fe por parte de la demandada, inexistencia de la obligación de pagar la indemnización de perjuicios y las que se prueben en el curso del litigio, folios 268 a 297.

ANÁLISIS DE LA SALA

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juez de Conocimiento y el recurso de alzada impetrado; esta Colegiatura en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si del material probatorio recaudado se logra comprobar la consumación de una culpa patronal por ETB S.A. E.S.P. en el accidente de trabajo que afectó al señor ALBERTO MONTAÑEZ CHAPARRO; atendiendo el resultado anterior, determinar la materialización de las indemnizaciones pretendidas.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia del vínculo laboral entre las partes en litigio, pues fue así aceptado por la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. en la contestación del *introductorio*; lo que adicional se corrobora de los medios de convicción obrantes en el plenario, analizados bajo los presupuestos del artículo 60 y 61 del CPT, en especial, copia del informe para presunto accidente de trabajo del empleador o contratante (fl.26), dictámenes de calificación de invalidez expedidos por ARL Positiva, Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Junta Nacional de Calificación de Invalidez (fls. 27 a 39, 46 a 52 y 245 a 251), recomendaciones laborales y programa de retorno laboral por ATEP (fls. 54 a 55); historia clínica del demandante (fls. 57 a 132 y 149 a 156), recomendaciones médicas (fls. 132 a 133), certificados de incapacidad (fls. 135 a 146), certificaciones laborales (fls. 147 a 148), fotografías (fls. 157 a 158), reclamación administrativa (fls. 159 a 164), copias de las actuaciones surtidas dentro del proceso ordinario laboral 26 2015 854 (fls. 165 a 175), registros civiles de nacimiento de los demandantes Andrés Mauricio Montañez Guerrero y Alberto Montañez Guerrero (fls. 252 a 255 y 259 a 260), medio magnetofónico que contiene los medios de convicción arrojados por la ETB (Cd. a folio 263), solicitudes de entrega de elementos de protección personal-EPP (fls. 299 a 304), informe rendido por el representante legal de la ETB (fls. 361 a 364), interrogatorio de parte rendido por el demandante Alberto Montañez Guerrero y testimonios rendidos por los señores Marco Antonio Palacios y Fernando Augusto Arango Ponce de León (CD a fl. 366); probanzas que no fueron tachadas de falsas y de las cuales se colige, que Alberto Montañez Chaparro fue vinculado a través de un contrato de trabajo a término indefinido con la ETB, desde el 4 de diciembre de 1996, para ejecutar como último cargo el de Instalador Reparador y devengando como retribución directa de sus servicios la suma básica de \$1.496.380 (folios 147 y 148), nexos contractuales que aun se encuentran vigentes, y durante el cual presentó accidente de trabajo el 18 de abril de 2012, que le generó una pérdida de capacidad laboral del 28,93%, con fecha de estructuración 29 de abril de 2013 (fls. 246 a 251); supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta reparo en esta segunda instancia.

Establecido lo anterior, procede la Sala a estudiar el *petitum demandatorio* bajo los reparos elevados en el recurso de alzada por la parte demandante¹.

ACCIDENTE DE TRABAJO – CULPA PATRONAL

De cara a analizar el objeto de debate planteado por la parte demandante, esta Sala de Decisión considera justo memorar aquellos lineamientos normativos y jurisprudenciales que guiarán el *examine* y la posible construcción o deconstrucción de la tesis planteada por el aludido extremo procesal.

Conforme a ello, se evidencia que el estatuto que rige los asuntos de orden laboral, estableció en su artículo 216 que «*cuando exista culpa suficiente comprobada del {empleador} en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios (...)*». Prescripción normativa que ha sido objeto de extenso estudio por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad del trabajo, donde ha indicado que la culpa reclamada al dador del laborío, no se extingue con la sola comprobación de un suceso que afectó el haber del prestador del servicio, bien en calidad de accidente de trabajo ora como enfermedad profesional, sino que aquella debe ser de tal magnitud que permita entrever un actuar negligente y desconocedor de las obligaciones encomendadas como patronal, en especial, las concernientes a la seguridad, protección y cuidado integral de la salud de sus trabajadores, como emana de lo reglado en los artículos 56 y 57 de la norma *ejusdem*, que refieren:

«**ARTICULO 56. OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN GENERAL.** De modo general, incumben al {empleador} obligaciones de protección y de seguridad para con los trabajadores, y a éstos obligaciones de obediencia y fidelidad para con el {empleador}.

ARTICULO 57. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL {EMPLOYADOR}. Son obligaciones especiales del {empleador}:

1. Poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores.
2. Procurar a los trabajadores locales apropiados y elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud.
3. Prestar inmediatamente los primeros auxilios en caso de accidente o de enfermedad. A este efecto en todo establecimiento, taller o fábrica que ocupe habitualmente más de diez (10) trabajadores, deberá mantenerse lo

¹ Artículo 66A del CST.

necesario, según reglamentación de las autoridades sanitarias. (...)» (acentúa la Sala).

En correlación con lo precedente, la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado de manera diáfana todas aquellas situaciones que comprende la responsabilidad del empleador en los riesgos del trabajo, e indica las garantías que debe prestar, entre ellas, la sentencia rad. 35261 del 10 de marzo de 2010:

«Mediante esta Sentencia, señala la Corte que es deber esencial del empleador brindar seguridad a los trabajadores y proveer los elementos adecuados para protegerlos de accidentes que pongan en riesgo su vida o integridad. El empleador para exonerarse de la responsabilidad en caso de infortunio laboral debe demostrar diligencia para prevenir o evitar su ocurrencia (...)» (resalta fuera de texto).

En símil sentido, la aludida Corporación de cierre ha sido enfática en establecer los estadios facticos, en los que se inferirá la ocurrencia de un evento con culpa del empleador, expresando que esta surge cuando *«quien tiene el deber de seguridad no lo acata y no despliega una acción protectora, que se concreta en la adopción de todas las medidas necesarias para que el empleado no sufra lesión alguna durante el ejercicio de la tarea, o en su defecto no disminuye los riesgos asociados a ella»* (SL 7459 de 2017), resultando tajante en señalar que su obligación es prever todas aquellas circunstancias que puedan generar un riesgo, así sea leve, en la salud de los trabajadores, tal como lo reclama el artículo 1604 del Código Civil y fue indicado en sentencia bajo radicado 22656 de 30 de junio de 2005, a saber *«será el empleador quien demostrara que ha actuado como un buen padre de familia respondiente hasta de la culpa leve»*.

En lo referente a la carga de la prueba, bajo los apremios del artículo 167 del Estatuto Adjetivo Civil y la última sentencia descrita, le atañe al trabajador o a sus causahabientes, probar la acción o la omisión del empleador frente a las condiciones de seguridad que debe ofrecer en el sitio de trabajo, y al empleador le corresponde probar que su conducta fue diligente, prudente, cuidadosa de las normas y reglamentos, como un buen padre de familia administraría sus propios negocios.

Por manera que, atendiendo las pautas que preceden y que la culpa a demostrar corresponde a aquella subjetiva, deberá definirse el daño, la culpa y el nexo de

causalidad entre estas.

Descendiendo al *sub lite*, se evidencia que en esta segunda instancia no se presenta reparo frente al daño físico que afectó al trabajador Alberto Montañez Chaparro como da cuenta a historia clínica visible a folios 84 a 85 que reseña Politraumatismo en accidente laboral, fractura de húmero, radio, pelvis estable, fx apófisis transversas, hematoma perirenal izquierdo, neumonía aspirativa y/o SDRA y/o contusión pulmonar, derrame pleural bilateral e injuria renal aguda, que dieron lugar a una hospitalización de 16 días, según se deduce de la fecha de egreso que se refiere en la historia de la Clínica Nueva (fls. 84 a 85) y a una licencia de un poco más de 6 meses, conforme a las órdenes de incapacidad obrantes en el paginario (135 a 145).

Ahora, las circunstancias que rodearon su acaecimiento emanan de sendas probanzas que se relacionaran detalladamente, a fin de lograr la concatenación de sucesos.

Así, se evidencia del informe emitido por la parte empleadora ante Positiva Compañía de Seguros que 18 de abril de 2012 el señor ALBERTO MONTAÑEZ CHAPARRO *«SE ENCONTRABA ASCENDIENDO A UN POSTE Y DE REPENTE SE RESBALA Y CAE DE LA ESCALERA OCACIONÁNDOSE FRACTURA DE HOMBRO, CODO, MANO IZQUIERDA Y PELVIS...»*²; en símiles términos, dentro del legajo nominado INVESTIGACIÓN DE INCIDENTES Y ACCIDENTES DE TRABAJO radicada por la ETB ante la ARL POSITIVA se precisa que *«Según versión del conductor temporal Marco Antonio Palacios que se encontraba en el lugar del accidente, al realizar la actividad de colocación ...en la cll 73c 30 carrera 4a este, barrio Urizana Usme, el conductor procede a apoyar al señor Motañez extendiendo la escalera y suspendida sobre el poste, el señor Montañez procede al ascenso por la escalera hacia la caja terminal, el conductor se dirige al vehículo a sacar herramientas, al momento una residente del sector, da aviso al conductor comentándole que el compañero se ha caído de la escalera por lo que procede inmediatamente a auxiliarlo»*.

Acotación que guarda cierta identidad con aquella gestada por el testigo Marco Antonio Palacio, quien en todo caso, en audiencia celebrada el 2 de febrero de 2021 (Cd. a folio 366), manifestó que siendo el conductor del demandante Montañez Chaparro, vio directamente cuando al encontrarse este en la cúspide de la escalera, mientras amarraba su arnés al poste resbaló y cayó de una altura aproximada de 9 metros, siendo el declarante

² Folio 26.

el único en suminístrale los primeros auxilios, dándole respiración boca a boca, dado su grado de inconsciencia; acto seguido procedió a comunicarse con su jefe inmediato, empero no pudo contactarlo, y es por ello que llamó a la policía, cuyos miembros en el lugar tampoco pudieron hacer mayor cosa por el compañero, quien no recibió una adecuada atención, sino hasta el momento en que llegó la ambulancia unos 40 minutos después de la caída.

Refiere que subir a los postes era una actividad frecuente del demandante, pues sus funciones implicaban reparar la líneas, dependiendo de las órdenes de su planilla; que en el momento del accidente el actor contaba con arnés, casco, botas, overol, guantes, pinzas destornilladores, agregando que no contaba con línea de vida; que ese día antes de la realización de la obra, había llovido y la escalera llegó mojada al ser transportada en la parte superior del vehículo; que no estaban acompañados de inspector de seguridad, y que la señalización se realizó con tres conos y cinta de colores negro y amarillo, indicativa de peligro.

Igualmente, obran dictámenes de calificación de invalidez, expedidos por Positiva, ARL que frente a los diagnósticos Fractura Húmero Izquierdo, Fractura Colles Izquierdo FX apófisis espinoza L2, L3, L4 y L5, Fx apófisis transversal, fractura en libro abierto de pelvis, fractura y húmero fx de colles izquierdo-pop reducción abierta y osteosíntesis, dolor somático crónico controlado secundario a fracturas, le asignó una PCL por accidente de trabajo de 25,93%; el cual fue confirmado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá (fls. 27 a 39) y modificado en un porcentaje del 28,93% con fecha de estructuración 29 de abril de 2013, por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (fls. 46 a 47), resultando evidente, se *itera*, el primer presupuesto atinente al daño.

En lo que comporta al segundo elemento anunciado en líneas precedentes, concerniente a la culpa comprobada del empleador y que en esencia persigue acreditar la falta de observancia en los deberes encomendados; es necesario precisar que en criterio de la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre varias, en las sentencias SL261-2019 y SL4713-2018, lo que se persigue con este tópico es verificar la idoneidad del trabajador desde el inicio del nexo, traducida en la existencia de calificación y conocimientos, así como la identificación de parámetros antes de operar como estados anímicos y de salud; de símil manera, es indispensable la adopción de medidas «a su alcance»³ en orden de prevenir los accidentes que le «asegurarían la minimización o

eliminación del riesgo al cual estaba sometido con ocasión de su trabajo»⁴, con el constante acompañamiento y supervisión del empleador, de forma mediata e inmediata, pero precisando que:

«La vigilancia del empresario sobre las labores subordinadas asignadas a cada colaborador, desde luego, debe ser lo suficientemente técnica y oportuna para controlar el resultado de la labor encargada al trabajador y tener la posibilidad de corregir cualquier incidente que ponga en peligro la integridad y bienestar del mismo; empero, no puede suponer la exigencia de contar con la presencia de más supervisores custodiando las condiciones de seguridad del empleo, que operarios ejecutándolo. Por ello, se insiste, la capacitación y el adiestramiento del trabajador debe ser concluyente, categórica y profusa, para garantizar que el trabajador cuando se encuentre en circunstancias como las que ambientan el asunto sub lite, pueda adoptar acciones tendientes a garantizar una labor técnica y procurarse el mayor grado de seguridad alcanzable.

(...)

...debe estar acreditado el accidente y las circunstancias en las que ha tenido ocurrencia, y «[...] que la causa eficiente del infortunio fue la falta de previsión por parte de la persona encargada de prevenir cualquier accidente [...]» (CSJ SL, 10 marzo 2005, radicación 23656; CSJ SL10262-2017; CSJ SL10417-2017; y CSJ SL17026-2016)» (resalta fuera de texto).

Bajo tales presupuestos, descende esta Sala de Decisión a determinar si se desplegaron tales actos en el trascurso de la relación laboral con ALBERTO MONTAÑEZ CHAPARRO para la data del suceso, así como, si el hecho causante fue gestado de la falta de previsión de la pasiva.

Con ocasión a ello, conveniente resulta indicar que para la data del accidente de trabajo, la normatividad vigente lo era la Resolución 3673 de 2008, «Por la cual se establece el Reglamento Técnico de Trabajo Seguro en Alturas», norma que dispuso en su artículo 3º como obligaciones de los empleadores, las que se destacan a continuación:

«2. Implementar el Programa de Protección contra Caídas de conformidad con la presente resolución, las medidas necesarias para la identificación, evaluación y control de los riesgos asociados al trabajo en alturas.

(...)

6. Disponer de personal capacitado, competente y calificado para las actividades

³ SL 261-2019

⁴ SL 4713-2018

con trabajos en alturas.

7. Garantizar un programa de capacitación y entrenamiento a todo trabajador que esté expuesto al riesgo de trabajo en alturas, antes de iniciar tareas y uno de reentrenamiento, por lo menos una vez al año, el cual debe incluir los aspectos para capacitación establecidos en la presente resolución.

8. Garantizar la operatividad de un programa de inspección conforme a las disposiciones de la presente resolución, de los sistemas de protección contra caídas por lo menos una vez al año, por intermedio de una persona o equipo de personas, competentes y/o calificadas según corresponda, sea con recursos propios o contratados.» (Resalta la Sala).

En lo referente a las disposiciones sobre capacitación, la norma en referencia estableció como obligación la capacitación a las personas que realizan labores de tipo administrativo y operativo, la cual debe llevarse a cabo por entrenadores certificados, en los tres niveles (básico, medio y avanzado), dependiendo la actividad económica, sus riesgos reales y potenciales, así como el nivel de exposición del trabajador; además, se consagra en el artículo 6° *ejusdem*, que ningún trabajador podrá trabajar en alturas sin contar con la certificación respectiva que acredite las competencias laborales, del nivel para el cual fue certificado.

Empero, ha de precisar la Sala sobre este aspecto que tal y como lo refirió la falladora de primera instancia, en las Resoluciones 736 de 2009 y 2291 de 2010, en sus artículos 4° y 1°, respectivamente, se otorgó a los empleadores un plazo para la acreditación de la competencia laboral del trabajo en alturas, el cual se extendió hasta el 30 de julio de 2012, ello, sin perjuicio de la obligación de los empleadores de dar cumplimiento al Reglamento Técnico de Trabajo Seguro en Alturas contenido e la Resolución 3673 de 2008, como así lo definió expresamente el artículo 2° de la Resolución 2291 de 2010.

De suerte que, la empresa aquí demandada, para la data en que ocurrió el siniestro laboral, no estaba exonerada de dar cumplimiento a las previsiones del Reglamento Técnico de Trabajo en Alturas, como equivocadamente lo insinuó el Juzgado de Primera instancia, pues dicho plazo únicamente se otorgó para alcanzar la certificación de competencias laborales del personal de las empresas, a través del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA o de la persona o entidad autorizada por este, como así lo estableció el artículo 2° de la Resolución 736 de 2000, estando en todo caso obligado el empleador a verificar los requerimientos establecidos para los trabajadores, tales como:

realizar los perfiles exigidos para su vinculación, la evaluación de su aptitud psicofísica, al igual que la capacitación y entrenamiento de los trabajadores designados para el trabajo en altura, por lo menos una vez al año, como ya se anotó (artículos 5 y 6 Resolución 3673 de 2008).

Bajo tal panorama, debe precisar la Colegiatura que pese a acreditar la demandada que contaba con un Sistema de Gestión para Trabajo Seguro en Alturas, como obra en el medio magnetofónico visible a folio 263, al igual que con un cronograma de actividades para su implementación, no se advierte de las pruebas aportadas, que haya cumplido con su obligación de asumir la constante capacitación del señor MONTAÑEZ CHAPARRO, pues nótese que en el informe rendido por el representante legal de la ETB (folios 361 a 364), sólo se indica que el actor asistió a un curso teórico de trabajo en alturas, el día 23 de septiembre de 2010 y a un curso práctico el 18 de noviembre de 2010, sin embargo, no se allega la evidencia real de su asistencia, como tampoco se indica la intensidad horaria y las temáticas en ellos desarrolladas.

A lo anterior, se suma que la demandada allega una guía de trabajo seguro en postes (Cd. a folio 263), que data del 26 de abril de 2012, y por obvias razones no era del conocimiento del trabajador, pues su expedición fue posterior a la fecha del accidente de trabajo.

Por tanto, no puede la Sala concluir que el trabajador aquí demandante se encontraba capacitado para desplegar el trabajo en alturas, conforme a los parámetros y protocolos definidos por la empresa a la luz de la normatividad aplicable, como medida mínima que debía adoptar la demandada, que no suficiente, pues no basta con que el empleador capacite permanentemente a sus trabajadores, sino que debe garantizarles que en la práctica las medidas de seguridad se apliquen, y así evitar exponerlos imprudentemente a riesgos que comprometan su integridad y su vida.

Omisión que en todo caso, no se puede entender suplida con la experiencia de varios años que hubiera podido tener el trabajador en la realización de trabajo en altura, pues ello no puede servir de pretexto para negar la responsabilidad que le incumbía a la demandada de controlar y supervisar la labor encomendada, la cual, por su naturaleza, requería mayor control para evitar el accidente de trabajo que en efecto acaeció, y sobre todo su obligación de capacitación, que se *itera*, no se encontraba en suspenso hasta el 30 de julio de 2012, pues hasta dicha data solo se había otorgado plazo para obtener la acreditación o certificación de las competencias laborales de su personal por la autoridad designada para el

efecto, esto es, el SENA.

Lo dicho en precedencia, se refuerza al verificar la investigación del accidente de trabajo realizada por la propia ETB, en la que estableció como causas básicas del accidente “*Comunicación inadecuada de las normas de reforzamiento y ayudas para el trabajo*”, “*falta de conocimiento y socialización del procedimiento del trabajo en alturas*” y “*se tiene un procedimiento de trabajo en alturas pero no sea (sic) difundido completamente a los trabajadores*” (Cd folio 263).

A lo anterior, se suma que en dicha investigación, también se señaló que en el momento del accidente “*se estaba utilizando un equipo contravida no autorizado para realizar la tarea en altura*” y “*la inspección inicial por parte de los jefes es insuficiente sobre los equipos contra vida que utilizan los trabajadores*”, de lo cual resulta claro que como lo advierte el recurrente, no se acató la obligación de inspeccionar las condiciones de seguridad del trabajador, establecida en el numeral 8° del artículo 3° de la Resolución 3673 de 2008, siendo preciso advertir que si bien la norma no exige que en el lugar de trabajo de manera diaria se asigne un inspector de seguridad, lo cierto es que la empresa sí debe contar con uno y debe estar lo suficientemente cerca de las operaciones de trabajo para verificar las condiciones de riesgo (artículo 10 numeral 3.6 *ejusdem*).

Lo anterior, a efectos de verificar, entre otras cosas, la utilización de los elementos de protección adecuados para la realización de la labor, definidos dentro de la norma mencionada, los cuales en todo caso no se puede entender fueron entregados al trabajador, pues nótese que a folios 299 a 304 sólo obran solicitudes por parte de este, de guantes algodón cubierto en Nitril, crema desengrasante, adaptador de anclaje portátil, arnés multipropósito cuerpo entero, eslingas para posicionamiento y restricción, entre otros, cuya entrega efectiva no consta en el proceso, y no se entiende acreditada con la prueba testimonial, dado que el testigo Antonio Palacios, no hizo alusión a las especificaciones de los elementos de protección que refirió portaba el accionante.

Así las cosas, no puede concluirse que el demandante contaba con los conocimientos suficientes sobre los procedimientos que debían aplicarse para el ascenso y descenso por la escalera, al igual que la manera en como debía sujetarse al poste, en las condiciones climáticas que fueron relatadas por el testigo Antonio Palacios, y mucho menos puede considerarse que el trabajador portaba los elementos de protección adecuados, pues por el contrario, en la investigación del accidente de

trabajo, como se destacó, se llegó a la conclusión que el actor no portaba el equipo autorizado para trabajo en alturas, lo cual además se ratifica por el testigo Fernando Augusto Arango, quien en calidad de Coordinador del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo del extremo pasivo, aseguró que el demandante Montañez Chaparro no portaba el Arnés que correspondía, sino que estaba utilizando un cinturón linero, ya revaluado por la entidad, lo cual se *itera*, debió ser objeto de verificación por parte de la empresa.

De suerte que, la llamada a debate incurrió en desidia y negligencia en la consumación de sus deberes de análisis, eliminación, reducción o al menos en impedir el riesgo, como un buen padre de familia lo hubiera ejecutado con sus negocios o, a voces de la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad Laboral en la sentencia SL 7459 de 2017, cuando «*quien tiene el deber de seguridad no lo acata y no despliega una acción protectora, que se concreta en la adopción de todas las medidas necesarias para que el empleado no sufra lesión alguna durante el ejercicio de la tarea, o en su defecto no disminuye los riesgos asociados a ella*».

Conduciendo a declarar la culpa de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. en la ocurrencia del accidente de trabajo del 18 de abril de 2012, como empleadora de ALBERTO MONTAÑEZ CHAPARRO, dimanando en que será aquella quien responda de las obligaciones monetarias que surjan en el ámbito indemnizatorio.

INDEMNIZACIÓN PLENA DE PERJUICIOS

En lo relativo a las prestaciones económicas derivadas del accidente de trabajo y que fueron pretendidas desde el *libelo introductorio*, se centra ahora esta Colegiatura en indicar que la jurisprudencia laboral ha sido constante en diferenciar las modalidades indemnizatorias que trae el artículo 216 del Estatuto Sustantivo Laboral, derivado de la clara demostración en la ocurrencia del daño en el ejercicio de la actividad laboral, la afectación en la salud y el nexo existente con la negligencia o culpa del empleador al no velar por la guarda en la integridad física y en salud del trabajador que, para estos aspectos no se derivan únicamente las obligaciones del subsistema de seguridad social en riesgos profesionales, sino también aquellas que se estructuran por la falta de diligencia y cuidado conforme el artículo 63 del Código Civil.

En esa medida, preciso resulta indicar que los perjuicios materiales lo conforman las

prestaciones del artículo 1614 *ejusdem*, a saber, el daño emergente y el lucro cesante entendidos como «por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento»

Con otras palabras, la parte accionante debe demostrar que con ocasión del accidente sufrido por el señor ALBERTO MUÑOZ CHAPARRO, su peculio disminuyó ante el evidente gasto económico, a modo de ejemplo, por el pago de cuidados hospitalarios, o traslados entre ciudades y, en lo pertinente al lucro cesante acreditar que con el accidente y la pérdida de la capacidad laboral del mencionado convocante, dejó de percibir rubros que fueran cancelados de manera directa por el trabajador, que a futuro se constituirían en patrimonio. Montos que según constante y reiterada jurisprudencia laboral, deben ser ciertos y estar plenamente probados.

Así, de un estudio concienzudo del acervo probatorio, es viable indicar que la activa no logró demostrar lo concerniente al lucro cesante y daño emergente, pues de las pruebas documentales y declarativas nada se dijo respecto a los montos que aquellos sufragaron con ocasión al accidente del señor MONTAÑEZ, ni los montos que dejaron de percibir, amén que el trabajador nunca ha sido desvinculado de la entidad demandada, y no se observa que su reubicación haya implicado una disminución en su salario.

En lo tocante a perjuicios morales como pretensión unánime de todos los convocantes a juicio, la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado en la sentencia SL248-2018, Rad. N° 57.029 del 06 de febrero de 2018, lo siguiente:

“Por otro lado, el daño moral ha sido analizado por la jurisprudencia de esta Corporación en dos escenarios: el daño moral objetivado y el daño moral subjetivado. El primero, como «aquellos daños resultantes de las repercusiones económicas de las angustias o trastornos síquicos que se sufren a consecuencia de un hecho dañoso» y los segundos, como «los que exclusivamente lesionan aspectos sentimentales, afectivos, y emocionales que originan angustias, dolores internos, síquicos, que lógicamente no son fáciles de describir o de definir» (CSJ SL, 30 oct. 2012, rad. 39631).

También ha dicho la Sala que para su liquidación es menester aplicar las reglas de la

experiencia, pues su tasación se hace al «arbitrium judicis».

Prestación que no requiere prueba bajo las directrices de la sentencia SL 633 – 2020 por catalogarse como aquellas que definen el precio del dolor o *pretium doloris* y, que en el *sub iudice* se configura para los reclamantes jurisdiccionales, incluso para quienes acreditan la condición de hijos del trabajador ALBERTO MONTAÑEZ CHAPARRO, esto es, los señores ALBERTO MONTAÑEZ GUERRERO y ANDRÉS MAURICIO MONTAÑEZ GUERRERO, según la copia de los registros civiles de nacimiento visibles a folios 252 a 255 y 258 a 259 del paginario.

Sobre el monto a fulminar condena y, en lo correspondiente a la modalidad liquidatoria de este perjuicio, el Consejo de Estado Consejo De Estado - Sala De Lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección C, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO del 11 de julio de 2013, Radicación número: 19001-23-31-000-2001-00757-01(31252), estableció:

«3.1. En relación con el perjuicio moral, la Sala de manera reiterada ha señalado que este tipo de daño se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política. De allí que, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que señala que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con los daños irrogados a uno de sus miembros, lo cual es constitutivo de un perjuicio moral.

De otro lado, según lo precisado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, se ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral, y ha considerado que la valoración del mismo debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y con apoyo en el arbitrio juris, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado.

De manera que, la Subsección aprovecha esta oportunidad para reiterar la jurisprudencia – acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de la Sala Plena de la Sección Tercera y la posición mayoritaria de la Subsección – sobre la materia, según la cual el daño moral al hacer referencia a la órbita interna del sujeto, no puede ser tasado a partir

de criterios objetivos o tablas de punto, razón por la que para su liquidación se ha optado por la aplicación del arbitrio juris, postulado que se integra a la nomoárquica jurídica, y que, lejos de reflejar parámetros de arbitrariedad, su existencia y validez normativa encuentra fundamento en la sana crítica y en la reglas de la experiencia de las que se vale legítimamente el operador judicial para reconocer vía compensación una afectación a un bien tan personalísimo como las lesiones a la esfera u órbita interna y afectiva de la persona» (Resaltado fuera de texto).

A partir de la anterior explicación no le cabe duda a la Sala que el haber presentado el trabajador Montañez Chaparro una incapacidad permanente parcial, dada la pérdida de su capacidad laboral en un porcentaje del 28,93%, que le generó las deficiencias de restricción de movilidad de hombro codo y muñeca izquierdos, fractura de apófisis de L2, L3, L4 y L5, al igual que lumbalgia postraumática +analogía dolor cadera izquierda y dolor residual del miembro superior derecho, según se constata en el dictamen de calificación de invalidez emitido por la Junta Nacional (fl. 47), y que últimas devino en un reubicación laboral, según lo informa el trabajador en valoración de Psiquiatría (fl. 126), resulta evidente el perjuicio moral sufrido por este, por lo que su indemnización se tasará en la suma de \$30.000.000, equivalentes a 33 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la calenda de esta sentencia.

En lo que se refiere a los hijos, como familiares más cercanos del trabajador, se tasará como perjuicios morales, la suma de \$15.000.000 equivalentes a 16,5 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.

Rubros que deberán cancelarse debidamente

ACCIÓN DE REINTEGRO – FUERO SINDICAL
MP DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
RADICADO: 15201900502 01

TESIS En suma, al no cumplir la convocada a juicio el procedimiento legal establecido por el legislador en el Código Sustantivo del Trabajo para la procedencia del despido de la señora BLANCA LUZ MELGAREJO, se hace necesario aplicar las consecuencias normativas ya reseñadas, siendo lo procede revocar la sentencia proferida por el Juez de Conocimiento, no sin antes precisar que en lo que atañe a los argumentos expuestos por la parte recurrente, en memorial allegado vía correo electrónico de fecha 10 de junio de 2021, no serán analizados por el Tribunal, dado que los mismos pretenden ampliar el recurso de apelación que debió ser sustentado en debida forma, en la audiencia de que trata el artículo 114 del CPT y de la SS.

ANTECEDENTES

DEMANDA: La señora BLANCA LUZ MELGAREJO, actuando mediante apoderada judicial, promovió demanda especial laboral de fuero sindical– acción de reintegro- en contra de JARDINES DE LOS ANDES S.A.S., para que mediante sentencia judicial se declare la

indexados al momento de su pago.

En punto a la reclamación encaminada a obtener indemnización de perjuicios por el goce de los placeres de la vida en pareja e hijos, que entiende la Sala se refiere a los daños en la vida de relación, ha indicado el Consejo de Estado en la sentencia anteriormente mencionada:

“3.2. Daño a la vida de relación

“(…) Como bien resulta del aparte transcrito, la procedencia del reconocimiento en tales casos está determinada por la prueba del daño a la vida de relación, sin que sea aceptable entender que en todos los casos y de manera mecánica el juez haya de presumir la ocurrencia de este tipo de daño. En el caso presente no existe prueba de la ocurrencia del daño a la vida de relación, pues los testimonios (...), no alcanzan a ser demostrativos de dicha circunstancia y se contraen a señalar el daño moral derivado de la muerte de (...) por lo que se denegará el pedimento de la demanda en tal sentido.”

Conforme a lo precedente, advierte la Colegiatura que la parte activa no señaló puntualmente, de qué forma se le generó el daño a la vida de relación, pues nada al respecto se aduce en el escrito de demanda y de las declaraciones recaudadas nada se refiere en torno a ello, por manera que no hay lugar a impartir condena por tales reclamos.

Finalmente, en lo que se refiere a la excepción de prescripción, la Sala no hará ningún pronunciamiento, dado que carece de competencia para el efecto, pues la misma fue declarada no probada por parte del A Quo, decisión que no se debate en el recurso de alzada.

existencia de una relación laboral entre el 19 de enero de 1998 y el 31 de mayo de 2019, al igual que fue despedida por la convocada cuando se encontraba amparada por la garantía del fuero sindical, al ser miembro de la junta directiva de la organización sindical; como consecuencia de ello, se condene a reintegrarla al cargo que venía desempeñando, junto con el pago de

salarios y aportes al Sistema de Seguridad Social dejados de cancelar desde la fecha de su despido hasta la data en que se efectuó su reintegro, costas y agencias en derecho, folios 2 a 3.

Fundamenta el *petitum* en los supuestos de hecho visibles a folio 3 de las diligencias, que en síntesis advierten que el 19 de enero de 1998 suscribió contrato de trabajo a término indefinido con el extremo pasivo, en virtud del cual desempeñó el cargo de Agricultor y Varios. Refiere que se afilió a la Organización Nacional de Obreros Trabajadores de la Floricultura ONOF, sindicato de industria con registro sindical número 0053, dentro del cual fue elegida como miembro de la Junta Directiva Nacional en el cargo de secretaria el 29 de febrero de 2016; que el 29 de noviembre de 2017 fue elegida para el cargo de Fiscal de la Subdirectiva Madrid Cundinamarca y finalmente, el 17 de noviembre de 2018, fue elegida en el cargo de Secretaria en la citada subdirectiva. Concluye indicando que pese a que la encartada tenía conocimiento de su condición de aforada, la despidió el 31 de mayo de 2019, sin solicitar autorización del juez del trabajo.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La accionada JARDINES DE LOS ANDES S.A.S., por intermedio de apoderado judicial y previa notificación, contestó el *libelo demandatorio* en audiencia pública de que trata el artículo 114 del Código de Procedimiento Laboral, celebrada el 21 de febrero de 2020, manifestando su oposición a las pretensiones invocadas en su contra al aducir que el contrato existente entre las partes fue terminado el 27 de noviembre de 2014, empero, en virtud de decisión proferida por juez constitucional, la parte actora fue reintegrada al cargo que venía desempeñando, ello de manera transitoria y hasta tanto la justicia ordinaria laboral definiera de manera definitiva sobre la legalidad del finiquito, lo cual en efecto fue zanjado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, autoridad que dentro del proceso 2016-296, determinó que en efecto la terminación que tuvo lugar hacia el año 2014, lo fue conforme a derecho, decisión respecto de la cual se negó el recurso extraordinario de casación, de suerte que todos los actos ejecutados por la demandante, como su afiliación a la organización sindical y su pertenencia a la Junta Directiva, deben reputarse como ineficaces, máxime que es clara la intención de la actora en ser acreedora de una nueva estabilidad laboral reforzada, lo cual desnaturaliza el objeto del fuero sindical. Excepciones: Propuso como medios exceptivos los denominados prescripción;

inexistencia de las obligaciones a cargo de la demandada, buena fe y las demás que se encuentren probadas en el proceso, medio magnetofónico a folio 108.

La ORGANIZACIÓN NACIONAL DE OBREROS TRABAJADORES DE LA FLORICULTURA COLOMBIANA – ONOF, a través de profesional del derecho, en audiencia pública de que trata el artículo 114 del Código de Procedimiento Laboral celebrada el 21 de febrero de 2021, manifestó coadyuvar la demanda formulada por el extremo activo, y procedió a aportar copia de la Convención Colectiva de Trabajo 2018-2021. **Excepciones:** No formuló excepciones (CD a folio 108).

ANÁLISIS DE LA SALA

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y las inconformidades planteadas por la parte demandante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si la convocante a la acción especial se encontraba amparada por fuero sindical al momento del fenecimiento del nexos contractual y, derivado de ello, constatar si la empresa JARDINES DE LOS ANDES S.A.S. se encontraba compelida a gestar el trámite para obtener el permiso por el Juez del Trabajo, para la desvinculación de la aquí accionante.

RELACIÓN LABORAL

No es objeto de discusión la existencia de una relación laboral entre las partes en litigio, presupuesto necesario para predicar una acción de fuero sindical como lo pretende la parte demandante, lo cual se ratifica con las documentales aportadas y analizadas bajo los apremios de los artículos 60 y 61 del CST, de las que se colige que BLANCA LUZ MELGAREJO, prestó sus servicios a favor de JARDINES DE LOS ANDES S.A.S. en el cargo de Agricultor y Varios, devengando como retribución directa de los servicios, la suma promedio mensual de \$879.165, desde el 19 de mayo de 1998⁵ y hasta el 27 de noviembre de 2014, fecha esta en la que fue despedida por la convocada a juicio⁶.

Empero, el 16 de febrero de 2015 fue reintegrada al mismo cargo que venía desempeñando, en atención al amparo constitucional que le fue otorgado por el Juzgado 44 Penal del Circuito de

⁵ Folio 66.

⁶ Folios 67 a 69.

Conocimiento de Bogotá (fls. 73 a 84), cuyos efectos se hicieron extensivos hasta el 9 de mayo de 2019, data en la cual quedó en firme la sentencia proferida el 14 de agosto de 2018 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dentro del proceso 2018-296, mediante la que se revocó la sentencia del *a quo*, y se negaron las pretensiones elevadas por la parte actora, encaminadas a que se declare la ilegalidad del despido que tuvo lugar el 27 de noviembre de 2014 (CD a folio 120), por manera que la demandada mediante comunicación del 31 de mayo de 2019, desvinculó definitivamente a la trabajadora (fl. 9), sin que se presente reparo, en esta segunda instancia, referente a tales aspectos.

EXISTENCIA DE LA ORGANIZACIÓN SINDICAL

La existencia de la organización sindical denominada **ORGANIZACIÓN NACIONAL DE OBREROS TRABAJADORES DE LA FLORICULTURA “ONOF”**, de primer grado y de industria, con domicilio en la ciudad de Bogotá, fue acreditada con la documental militante a folio 16, ajustándose a las exigencias previstas por el art. 364 y s.s. del C.S.T.

GARANTÍA FORAL

En lo que atañe a tal aspecto, evidencia esta Colegiatura que, conforme a la interpretación del precario recurso de apelación formulado por la parte actora, el punto de disidencia persiste en que la demandante a la fecha del finiquito gozaba de la garantía foral, de suerte que para que éste surtiera efectos debió la empleadora solicitar el correspondiente aval al Juez del Trabajo.

Será entonces, en relación a dicho reparo, que se procederá con el análisis del fuero sindical reclamado por la convocante a juicio, manifestando *liminarmente* que, bajo los lineamientos inmersos en la Constancia de Registro Modificación de la Junta Directiva emitida por el Ministerio del Trabajo, folio 16, la accionante es integrante de la ORGANIZACIÓN NACIONAL DE OBREROS TRABAJADORES DE LA FLORICULTURA COLOMBIANA “ONOF”, en los siguientes términos:

«

III. MODIFICACIÓN DE INTEGRANTES DE LA JUNTA DIRECTIVA DE LA ORGANIZACIÓN SINDICAL				
PRINCIPAL				
NOMBRES	APELLIDOS	TIPO DE DOCUMENTO	NUMERO DOCUMENTO	TELÉFONO
LUZ MARINA	ROJAS MORENO	(...)	(...)	(...)
LILIA MARIA	RUBIO MENDOZA	(...)	(...)	(...)
JOSE RAMIRO	CASTELLANOS	(...)	(...)	(...)
JORGE ELIECER	MUÑOZ ANGEL	(...)	(...)	(...)
<u>BLANCA LUZ</u>	<u>MELGAREJO</u>	<u>CC=cédula de ciudadanía</u>	<u>39.692.578</u>	<u>NO APLICA</u>

(...)» (Subraya de la Sala)

Igualmente, de la certificación expedida por el Ministerio del Trabajo que obra a folio 43, se advierte que la actora es miembro de la SUBDIRECTIVA SECCIONAL MADRID, así:

«

III. MODIFICACIÓN DE INTEGRANTES DE LA JUNTA DIRECTIVA DE LA ORGANIZACIÓN SINDICAL				
PRINCIPAL				
NOMBRES	APELLIDOS	TIPO DE DOCUMENTO	NUMERO DOCUMENTO	TELÉFONO
LUZ MARINA	ROJAS MORENO	(...)	(...)	(...)
LILIA MARIA	RUBIO MENDOZA	(...)	(...)	(...)
JOSE RAMIRO	CASTELLANOS	(...)	(...)	(...)
JORGE ELIECER	MUÑOZ ANGEL	(...)	(...)	(...)
<u>BLANCA LUZ</u>	<u>MELGAREJO</u>	<u>CC=cédula de ciudadanía</u>	<u>39.692.578</u>	<u>NO APLICA</u>

(...)» (Subraya de la Sala)

Por tanto, de conformidad con lo dispuesto en el literal c) del artículo 406 CST, la demandante como integrante de la junta directiva en su condición de quinta suplente y fiscal de la DIRECTIVA NACIONAL DE LA ORGANIZACIÓN NACIONAL DE OBREROS TRABAJADORES DE LA FLORICULTURA COLOMBIANA “ONOF” y de la SUBDIRECTIVA SECCIONAL MADRID de la citada organización, respectivamente, se encuentra amparada por la garantía foral, calidad que no fue negada por la demandada en su contestación y en todo caso, ésta conoció de los permisos sindicales que fueron elevados por la organización sindical, a nombre de la señora Blanca Luz Melgarejo, respecto de los que existe constancia de otorgamiento de uno de ellos, conforme a comunicación de fecha 5 de marzo de 2019 (fls. 18 a 22).

A ello se suma que, no se advierte demandada la inscripción de la Junta Directiva en la que aparece la parte actora como integrante, que le da lugar al fuero sindical impetorado, lo cual constituye un acto administrativo que goza de presunción de legalidad.

III. MODIFICACIÓN DE INTEGRANTES DE LA JUNTA DIRECTIVA DE LA ORGANIZACIÓN SINDICAL				
SUPLENTE				
NOMBRES	APELLIDOS	TIPO DE DOCUMENTO	NUMERO DOCUMENTO	TELÉFONO
ESMERALDA	TORRES ALVAREZ	(...)	(...)	(...)

REINTEGRO – INEPTICOMCADEL DESPIDO

Procede esta Sala de Decisión a resolver el *sub judice* puesto en su conocimiento, para lo cual juzga conveniente recordar, en ejercicio de sus facultades académicas, la figura constitucional - laboral denominada fuero sindical.

Pues bien, sea lo primero advertir, que esta institución fue consagrada legalmente en Colombia desde la década de los años 40, en especial, con la expedición del artículo 18 del Decreto – Ley 2350 de 1944 y el artículo 40 de la Ley 6 de 1945, pero fue únicamente con la Constitución Política de 1991, en su artículo 39, que elevó su rango de legal a constitucional, a título de reivindicación histórica, con el fin de proteger a los trabajadores o empleados que en ejercicio del derecho de constituir sindicatos o asociaciones, obtengan la calidad de representantes o miembros de la agremiación.

De esta manera y con miras a continuar con dicho amparo, la Carta Magna mediante la figura del bloque de constitucionalidad de que trata el art. 93 Superior, incorporó las garantías que sobre la materia contemplan los convenios internacionales, para el caso *sub examine*, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana de los Derechos Humanos, el Protocolo de San Salvador y, en especial, los Convenios 87 y 93 de la Organización Internacional del Trabajo, que en sus apartes pertinentes instaron a los países miembros a la implementación de mecanismos protectores del derecho de elección, fundación, ingreso y reunión del sindicato, así como la defensa jurídica de los derechos derivados de dicha asociación, siendo reiterativos en la derogatoria de las normas que limiten o menoscaben la libertad sindical.

En tal contexto, y descendiendo a la legislación laboral, el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo nos define al fuero sindical como *“la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el Juez del Trabajo”*

En ese sentido, resulta palmario que el fuero sindical fue estatuido para proteger a ciertos trabajadores, integrantes de una organización sindical, de las decisiones unilaterales y autocráticas de los empleadores, tales como el despido, el traslado o el desmejoramiento de las condiciones laborales y, que puedan afectar la toma libre de decisiones o la acción legítima de reunión y petición contractual o

convencional.

Y ello adquiere total lógica, si se tiene en cuenta la estrecha relación del fuero sindical y la libertad de asociación, pues de este último derecho surge la prerrogativa de ejercicio, en acción u omisión, de los derechos económicos y sociales de los afiliados, es decir, el resguardo del grupo organizado, tal como lo enseñó la H. Corte Constitucional en sentencia C- 381 de 2000 y la sentencia C-593 de 1993 al determinar:

“La institución del fuero sindical es una consecuencia de la protección especial que el Estado otorga a los sindicatos para que puedan cumplir libremente la función que a dichos organismos compete, cual es la defensa de los intereses de sus afiliados. Con dicho fuero, la Carta y la ley, procuran el desarrollo normal de las actividades sindicales, vale decir, que no sea ilusorio el derecho de asociación que el artículo 39 superior garantiza; por lo que esta garantía mira a los trabajadores y especialmente a los directivos sindicales, para que estos puedan ejercer libremente sus funciones, sin estar sujetos a las represalias de los empleadores. En consecuencia, la garantía foral busca impedir que, mediante el despido, el traslado o el desmejoramiento de las condiciones de trabajo, se perturbe indebidamente la acción que el legislador le asigna a los sindicatos.” (Ver, entre otras, la sentencia T-220 de 2012 y T-873 de 2004)

De suerte que, las mencionadas organizaciones tienen a su cargo la defensa y promoción de los intereses de sus afiliados y es por ello, que necesitan el sistema jurídico correspondiente para que esta acción sindical no caída en irrisoria, dada la posición predominante de los empleadores frente a los trabajadores. En ese contexto, suma advertir, que este derecho a favor de los aforados, no deviene en absoluto y perpetuo, pues el legislador en el artículo 405 del CST estatuyó una excepción a esta figura constitucional, correspondiente a la calificación por la autoridad competente, la cual lleva al funcionario judicial a determinar si efectivamente el empleador extralimitó su facultad legal, convirtiendo a su decisión unilateral en una injusta causa de despido, un traslado o una desmejora ilegal, para cada caso concreto.

Se sigue de lo anterior y, a modo de conclusión, que el fin último de la norma es proteger a los trabajadores aforados, que se encuentran relacionados en el art. 406 del CST, del despido, el traslado o el desmejoramiento de las condiciones contractuales, siendo entonces estos tres aspectos los que definen las consecuencias jurídicas que ha de sobrellevar el empleador en caso de causarlas, a saber:

- a) El reintegro como restitución de una desvinculación laboral sin calificación previa de la justa causa por el Juez del Trabajo, rompimiento del vínculo jurídico.
- b) La reubicación o reinstalación como restablecimiento del traslado del trabajador sin previa autorización a las anteriores condiciones de trabajo; ello es, sin rompimiento del vínculo jurídico
- c) Permiso ante el juez laboral por parte del empleador para poder despedir o trasladar, que incluye el denominado proceso ordinario de levantamiento de fuero sindical.

Teniendo claridad de la figura jurídica sometida a escrutinio, desciende esta Sala de Decisión al problema jurídico planteado en líneas precedentes, se reitera, determinar si la desvinculación de la demandante se acogió a los lineamientos estatuidos por el legislador en el artículo 405 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo.

Ante lo cual, encuentra esta instancia total desacuerdo en las determinaciones esbozadas por el Juez de primer grado, quien negó las pretensiones tendientes a obtener la ineficacia del despido, bajo el argumento que la demandada al desvincular a la trabajadora mediante la carta de fecha 31 de mayo de 2019, lo que hizo fue reiterar y surtirle efectos al despido que tuvo lugar el 27 de noviembre de 2014 y cuya legalidad estaba en discusión en la justicia ordinaria laboral, pese a que ello no es objeto de debate en el proceso especial de fuero sindical-acción de reintegro.

Y es que, aun cuando la demandante fue reintegrada a la empresa convocada el 16 de febrero de 2015 (fl. 85), por virtud de la protección transitoria que le otorgó el Juzgado 44 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, mediante sentencia del 11 de febrero de 2015 (fls. 73 a 83), lo cierto es que, desde su reincorporación, conforme al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, se encontraba prestando los servicios a favor de la demandada, y gozaba de la confianza legítima de tener la condición de trabajadora, cuyos derechos no se encontraban restringidos durante el tiempo en que se presentó el pronunciamiento definitivo de la jurisdicción ordinaria laboral sobre la validez del despido que acaeció el 27 de noviembre de 2014.

Luego, la vinculación de la demandante a la organización sindical aunque se dio con posterioridad a su reintegro transitorio, es completamente legítima, al ser una expresión

del ejercicio de sus derechos como trabajadora, por manera que, al ser ampliamente conocida por la empleadora su condición de aforada, la demandada estaba llamada a cumplir las previsiones del art. 405 del CST, para proceder a retirarla del servicio, lo cual debió corresponder al análisis que debió realizar el Juzgado de Conocimiento.

Recuerda esta Instancia, los lineamientos estatuidos por el art. 405 y art. 410 del Código Sustantivo del Trabajo, al indicar y, sin que pueda aceptarse y valerse interpretación diferente, que para la procedencia y legalidad de la desvinculación de un trabajador aforado, se debe obtener primeramente la calificación de la justa causa por el Juez del trabajo, actividad judicial que no fue desplegada por la sociedad JARDINES DE LOS ANDES S.A.S., como se evidencia del material probatorio recaudado.

Razón por la cual, al no cumplirse el procedimiento legal por la pasiva, mal podría relevarse de la consecuencia jurídica de sus actos, la cual se encuentra regulada en el parágrafo segundo del art. 408 ibídem, esto es, el reintegro y pago, a título de indemnización, de los salarios dejados de percibir a causa del despido por la trabajadora.

En suma, al no cumplir la convocada a juicio el procedimiento legal establecido por el legislador en el Código Sustantivo del Trabajo para la procedencia del despido de la señora BLANCA LUZ MELGAREJO, se hace necesario aplicar las consecuencias normativas ya reseñadas, siendo lo procede revocar la sentencia proferida por el Juez de Conocimiento, no sin antes precisar que en lo que atañe a los argumentos expuestos por la parte recurrente, en memorial allegado vía correo electrónico de fecha 10 de junio de 2021, no serán analizados por el Tribunal, dado que los mismos pretenden ampliar el recurso de apelación que debió ser sustentado en debida forma, en la audiencia de que trata el artículo 114 del CPT y de la SS.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Sobre la excepción de prescripción, de entrada ha de indicarse que en materia laboral existen normas que rigen en forma especial no sólo la parte sustantiva, sino en la parte adjetiva, es así como encontramos que el artículo 118A del Estatuto Procesal del Trabajo respecto al asunto de la prescripción de esta acción especial consagra que **«Las acciones que emanan del fuero sindical prescriben en dos (2) meses. Para el trabajador este término se contará desde la fecha de despido, traslado o desmejora. Para el empleador desde la fecha en que tuvo conocimiento del hecho que se invoca como justa causa o desde que se haya**

agotado el procedimiento convencional o reglamentario correspondiente, según el caso» (Subraya y resalta la Sala).

En este orden de ideas, para efectos de no permitir que el transcurso del tiempo extinga las acciones o derechos a que haya lugar, es menester conforme a lo antedicho, que el trabajador o empleador eleve reclamación dentro del término mismo de la prescripción.

Bajo este horizonte, se advierte que en el *sub examine*, el vínculo laboral de la demandante fue terminado mediante comunicación de fecha

31 de mayo de 2019 (fl. 9), además, la actora procedió a formular su demanda dentro del término de dos meses, pues conforme al acta de reparto, ésta fue radicada el 30 de julio de símil año (fl. 24); a ello se suma que, la sociedad demandada fue notificada dentro del año siguiente al auto admisorio de la demanda proferido el 1° de agosto de 2019, ya que conforme a la diligencia de notificación personal, esta se llevó a cabo el 27 de enero de 2020 (fl. 30). Por tanto, es claro que en el presente caso, no se encuentra probada la excepción de prescripción propuesta por JARDINES DE LOS ANDES S.A.S.

**COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL – EXISTENCIA UNIDAD DE EMPRESA
MP DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
RADICADO: 21201800136 01**

TESIS: (i) De lo expuesto se sigue, que atendiendo los parámetros enseñados por la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en las sentencias en cita, en manera alguna resulta viable entrar a dilucidar un asunto ya definido, pues de ello ejecutarse comportaría aquel impedimento de replantear un asunto y a la vez, re juzgar lo ya concretado.

(ii) De suerte que, contrario a lo indicado en la alzada, no puede concluirse que IAC Gestión Administrativo representaba un organismo independiente y autónomo, y de esta manera no endilgarse ninguna responsabilidad a Saludcoop, dado que al concurrir la figura de la unidad de empresa, dicha entidad promotora de salud debe asumir las obligaciones laborales de la aquí demandante, incluso de manera principal, según emana de lo referido por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL6228-2016 M.P. Gerardo Botero Zuluaga, al indicar que:

«La Sala en sentencia de la CSJ, 16 dic. 2009, rad. 32212, rememoró que «la unidad de empresa, conforme a la jurisprudencia de esta Corte, consiste en el “reconocimiento administrativo o judicial que tiene por objeto impedir el desmejoramiento de la situación del trabajador provocado por la fragmentación del capital o del tiempo necesario para obtener algunas prestaciones establecidas en el ley o en las convenciones colectivas. La sentencia que declare la unidad de empresa vincula no solo a la sociedad que el demandante considere como matriz, sino que también a las que aparezcan como filiales de aquella para la procedencia de declaratoria de unidad de empresa y poder predicarla respecto de varias personas jurídicas, es menester establecer la interrelación económica que se presenta entre las implicadas para los efectos vinculantes conforme a la ley” (Sentencia de 21 de abril de 1994, radicación No. 6047)».

Del mismo modo, es del caso recordar que el efecto jurídico de la declaratoria de unidad empresarial, es tener a las varias personas jurídicas, o las varias unidades de una misma persona natural o jurídica, como una sola empresa, en beneficio del trabajador, con miras a que éste pueda obtener el reconocimiento y pago de acreencias laborales que están a cargo de la empresa.

Es por ello, que cuando concurre el citado elemento del predominio o dependencia económica, es dable entrar a declarar administrativa o judicialmente la unidad de empresa, siendo una de las consecuencias jurídicas propias de esta figura, que se haga derivar responsabilidad laboral de dichas sociedades sobre las acreencias reconocidas o a reconocer a los trabajadores.» (Subraya la Sala).

Descriptores: Contrato realidad.

ANTECEDENTES

DEMANDA: La señora **ESPERANZA DELGADO TORRES** a través de apoderado judicial, persigue la declaratoria de la existencia de unidad de empresa entre IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA en Liquidación, CAFESALUD EPS S.A. y SALUDCOOP EPS OC en Liquidación, compañías pertenecientes al grupo SALUDCOOP, así como que dichas sociedades utilizaron la figura de la tercerización e intermediación laboral para contratarla a través de suministro de personal,

sin estar autorizadas para el efecto; que entre ella, CAFESALUD EPS S.A. y SALUDCOOP EPS OC en Liquidación existió un contrato realidad que se ejecutó desde el 10 de julio de 2014 hasta el 7 de marzo de 2016 y que los auxilios extra legales de rodamiento y alimentación que le fueron pagados constituyen factor salarial; como consecuencia, solicita condenar solidariamente al grupo empresarial de SALUDCOOP integrado por IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA en Liquidación, CAFESALUD EPS S.A. y SALUDCOOP EPS OC en Liquidación, al igual que a EFECTIVA CTA y a IAC

ACCIÓN Y PROGRESO a pagar a su favor 7 días de la segunda quincena del mes de marzo de 2016, los auxilios extralegales de rodamiento y alimentación correspondientes a 7 días de la primera quincena del mes de marzo de 2016, prima de servicios, cesantías e intereses a las cesantías causados entre enero y marzo de 2016, vacaciones causadas desde el 10 de julio de 2015 hasta el 7 de marzo de 2016, reliquidación de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes al Sistema de Seguridad Social, junto con la indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, indexación, costas y agencias en derecho. (fls. 14 a 17).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 4 a 14 de las diligencias, en los que en síntesis advierte que SALUDCOOP EPS OC en liquidación ejerce situación de control y grupo empresarial en calidad de matriz sobre IAC GESTION ADMINISTRATIVA en liquidación y CAFESALUD EPS, a más que su representante legal ha tenido derecho de voz y voto en las reuniones generales que se realizan periódicamente en la entidades en mención, fijando sus políticas y directrices en materia laboral. Refiere que IAC GESTION ADMINISTRATIVA fue constituida con un patrimonio de \$10.000.000 en el que concurrió la Cooperativa de Trabajo Asociado EFECTIVA CTA, la institución del cooperativismo IAC ACCIÓN Y PROGRESO y SALUDCOOP EPS, cuyo objeto social corresponde a actividades de gestión administrativa, comercial y jurídica que desarrolla por medio de outsourcing, exclusivamente a personas naturales o jurídicas, no obstante realizó suministro de personal enviando trabajadores en misión a las empresas SALUDCOOP EPS OC en liquidación y CAFESALUD EPS S.A., en virtud de diversos contratos de mandato y de prestación de servicios que fueron suscritos por las citadas. Que tanto SALUDCOOP EPS OC como CAFESALUD enviaban a IAC GESTION ADMINISTRATIVA requerimientos de contratación de personal, estableciendo las condiciones laborales, el tipo de contrato, el cargo, la cantidad de vacantes, el horario, las funciones, el salario y el lugar de trabajo; además, el pago de las acreencias laborales eran sufragados en su totalidad por dichas EPS. Aduce que el 10 de julio de 2014 celebró contrato de trabajo a término fijo con "CAFESALUD EPS", para desempeñar el cargo de enfermero auditor, cuyas funciones consistían en realizar la auditoría de cuentas médicas y la notificación de glosas a la red prestadora; todo ello a favor de SALUDCOOP y CAFESALUD, teniendo como jefe inmediato a la señora Adriana Nieto, quien estaba vinculada directamente con la última EPS citada. Que devengó como último salario

la suma de \$2.194.000, y prestó sus servicios en beneficio de CAFESALUD EPS hasta el 7 de marzo de 2016, fecha esta en la que presentó su carta de renuncia, pese a encontrarse vinculada formalmente con "IAC GESTION ADMINISTRATIVA" en liquidación, además, estuvo sometida a la continuada subordinación y dependencia de las entidades promotoras de salud llamadas a la acción. Indica que las accionadas no pagaron a su favor la liquidación final de prestaciones sociales, ni tampoco se suscribió transacción con ella, aun cuando ello sí se efectuó con los demás trabajadores. Manifiesta que CAFESALUD EPS desde el 8 de agosto de 2016, se ha negado a sufragar los costos laborales de los trabajadores enviados por IAC GESTION ADMINISTRATIVA, además, liquidación no cubrió los costos de tales empleados. Que solicitó ante IAC GESTION ADMINISTRATIVA el reconocimiento de sus acreencias laborales, frente a lo cual no recibió respuesta alguna, amén que dicha empresa no asistió a la diligencia de conciliación programada por el Ministerio del Trabajo. Precisa que instauró acción de tutela que fue de conocimiento del Juzgado Primero de Ejecución Civil Municipal de Bucaramanga, para que en amparo de sus derechos a la vida en condiciones dignas y justas, igualdad y mínimo vital, se ordenara a IAC GESTION ADMINISTRATIVA realizar el pago de las prestaciones sociales generadas entre el 10 de julio de 2014 y el 7 de marzo de 2016, junto con la indemnización moratoria, amparo que fue concedido mediante sentencia del 2 de noviembre de 2016, en el sentido de ordenar a la citada a pagar la totalidad de su liquidación, junto con la indemnización de que trata el artículo 65 del CST, decisión que fue confirmada por el Juzgado Segundo de Ejecución Civil del Circuito de Bucaramanga, la cual no fue acatada por IAC GESTION ADMINISTRATIVA, pese al trámite incidental que se surtió, bajo el argumento de existir una imposibilidad financiera para el efecto. Concluye indicando que radicó formulario de reclamación de acreencias ante IAC, y que a la fecha las demandadas no le han reconocido los derechos laborales discutidos.

CONTESTACIÓN: La demandada IAC GESTION ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que debido a la falta de pago de los cánones de arrendamiento y el proceso de liquidación ordenado respecto de la empresa, se denegó a todo su personal el acceso a sus instalaciones y a la fecha se desconoce el paradero de todos los activos, como escritorios, computadores, documentos físicos, digitales y medio magnético que se encontraba bajo su custodia, encontrándose en curso el acto administrativo que ordena la reconstrucción de toda su documentación, dentro de la cual se

encuentran los documentos relacionados con todos los pasivos laborales, que se requieren para proceder a efectuar los pagos a que haya lugar, conforme a las reglas de la liquidación y la prelación de créditos establecida por la ley. Agrega que en el presente caso no se encuentran reunidas las condiciones y exigencias legales necesarias para declarar la unidad de empresa, acotando que las actividades descritas en su objeto social no son complementarias ni conexas con la establecidas por Saludcoop en liquidación. **Excepciones:** No formuló excepciones. (fls. 577 a 584).

A su turno, La demandada **CAFESALUD EPS S.A. EN LIQUIDACIÓN** se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que es una empresa subsidiaria de Salucoop, quien ostenta la calidad de matriz, y en tal virtud no está llamada a responder por las obligaciones de la matriz. Refiere que cuenta con autonomía financiera y sus activos son propios, de suerte que no depende económicamente de la empresa Salupdcoop y mucho menos existe nexo alguno con IAC Gestión Administrativa, siendo claro que no concurren los requisitos legales para declarar la unidad de empresa. Añade que no pudo haber solicitado a IAC la remisión de trabajadores en misión, por cuanto esta no tiene la calidad de empresa de servicios temporales, a más que IAC era verdadera empleadora de sus colaborados, incluida la demandante, y por tanto, contaba con autonomía para determinar las condiciones de tiempo, modo y lugar respecto de la prestación de servicios de sus empleados. Precisa que entre Cafesalud e IAC se celebraron contratos de prestación de servicios y de mandato, que no versaban sobre requerimientos de contratación de personal de la forma como se describe en la demanda. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, prescripción, temeridad, mala fe, y buena fe. (fls. 706 a 735).

Por su parte, la demandada **SALUDCOOP EPS OC EN LIQUIDACIÓN**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo en síntesis que la actora no ha sido nunca su trabajadora, pues no se celebró con ella ningún contrato de naturaleza laboral, a más que tampoco prestó sus servicios a favor de la EPS. Agrega que conforme a lo narrado en el *libelo introductor*, Cafesalud EPS S.A. fungió como empleadora de la convocante. Refiere que la legislación nacional no contempla norma alguna, en virtud de la cual se establezca que la matriz por tal calidad, pueda ser garante de las obligaciones de sus subordinadas, agregando que los sujetos vinculados en situación de control o grupo empresarial en los términos de la Ley 222 de 1995, conservan su individualidad jurídica y mantienen sus

atributos y obligaciones que les corresponde asumir a cada uno, por manera que el simple hecho de la vinculación no existe solidaridad entre la matriz y la subordinada. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de obligación indemnizatoria a cargo de Saludcoop EPS hoy en Liquidación y cobro de lo no debido, inexistencia de responsabilidad solidaria y la genérica. (fls. 838 a 843).

A su turno, la demandada **SOLUCIONES Y ALTERNATIVAS DE MERCADEO EFECTIVA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO EFECTIVA CTA**, se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo como motivo de disidencia que la demandante nunca estuvo vinculada a la CTA como asociada mediante un convenio de asociación, ni bajo ningún otro tipo de modalidad, y menos aun, puede aseverar que Efectiva conformó un grupo empresarial con las demás entidades convocadas a la acción, pues dejó de pertenecer a IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA desde el momento en que materializó su intención de renunciar voluntaria e irrevocablemente a su condición de asociada. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia de relación laboral, carencia del derecho, buena fe, prescripción, compensación, pago, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones reclamadas, inexistencia de solidaridad entre las demandadas, falta de causa y título, y falta de jurisdicción. (fls. 855 a 870).

Finalmente, la demandada **INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO ACCIÓN Y PROGRESO**, se opuso a las pretensiones formuladas en la demanda, al considerar que en ningún momento ha ocupado la calidad de empleador de la demandante, acotando que no se benefició de sus servicios, por lo tanto no pudo ejercer sobre ella ningún tipo de subordinación y efectuar pago a su favor. Añade que no hace parte del grupo económico Saludcoop, dentro del cual en todo caso, no podría responder como subsidiaria, dado que la obligación de responder ante los acreedores de una de las subordinadas, radica únicamente en la sociedad que tiene la calidad de matriz. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, inexistencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo en el caso concreto, inexistencia de la obligación laboral, inexistencia de los requisitos para la declaratoria de unidad de empresa, inexistencia de solidaridad y la genérica. (fls. 789 a 815).

ANÁLISIS DE LA SALA PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las inconformidades presentadas por la parte accionada en la contestación de la demanda y los fundamentos dados en el recurso de alzada, esta Colegiatura en ejercicio de sus facultades legales conforme el artículo 66A del CPL, procede a determinar como problema jurídico a resolver si entre la demandante y las EPS Cafesalud y Saludcoop, existió un contrato de trabajo en virtud del principio de la realidad que se ejecutó entre el 10 de julio de 2014 y el 7 de marzo de 2016, y que deviene en la responsabilidad solidaria de todas las demandadas, ante la existencia de una intermediación laboral de las Cooperativas de Trabajo Asociado convocadas o, si como lo estableció el *a quo*, se configura la excepción de cosa juzgada constitucional.

De no salir avante la anterior premisa, establecer si resulta procedente declarar la unidad de empresa entre Salucoop EPS OC e IAC Gestión Administrativa, que permita impartir condena a cargo de Saludcoop a título de indemnización moratoria y de liquidación del contrato de trabajo.

RELACIÓN LABORAL-COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

El proceso ordinario laboral puesto a consideración de esta jurisdicción, inició por demanda interpuesta por Esperanza Delgado Torres contra Soluciones y Alternativas de Mercado Efectiva CTA, IAC Acción y Progreso, IAC Gestión Administrativa en Liquidación, Cafesalud EPS S.A. y Saludcoop EPS OC en Liquidación, donde se pretende que se declare como verdaderos patronos a las EPS llamadas a la acción, al ser utilizada de manera indebida por parte de IAC Gestión Administrativa en Liquidación la figura de intermediación laboral, en tanto esta les suministró personal, sin contar con la calidad de empresa de servicios temporales, lo que de paso genera su responsabilidad solidaria y la de las cooperativas de trabajo asociados Soluciones y Alternativas de Mercado Efectiva e IAC Acción y Progreso.

Por otro lado, evidencia esta Sala de Decisión a folio 1066 de las diligencias, medio magnetofónico contentivo del expediente de tutela 2016 00154, que por reparto correspondió al Juzgado Primero (1°) Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Bucaramanga, el cual fuere gestado por la aquí demandante contra IAC Gestión Administrativa, siendo vinculadas por el Juez constitucional las entidades promotoras de salud Cafesalud S.A. y Saludcoop, en cuya solicitud de amparo la señora Delgado Torres suplicó, buscando la protección de sus derechos fundamentales a la vida en

condiciones dignas, a la igualdad y al mínimo vital que:

«SEGUNDO: En consecuencia se le ordene a IAC GESTION ADMINISTRATIVA que dentro de las 48 siguientes al fallo de TUTELA, se sirvan realizar el pago total de la liquidación de prestaciones sociales por el período laborado del 10 de julio de 2014 al 07 de Marzo de 2016, teniendo en cuenta el último salario devengado.

TERCERO: Así mismo, que se ordene el pago de la indemnización por falta de pago de que trata el artículo 65 del C.S.T., considerando el no pago de las prestaciones debidas a que está obligado el empleador y en mi caso a la fecha se ha venido omitiendo».

Alegando que laboró para la empresa IAC Gestión Administrativa con contrato a término fijo en el cargo de Enfermera Auditoria prestando los servicios para Saludcoop y Cafesalud EPS, con una asignación de \$2.194.000 junto con un valor salarial de \$548.500, relación que se ejecutó entre el 10 de julio de 2014 hasta el 7 de marzo de 2016, fecha esta en la que renunció por motivos imputables a la empleadora, ante quien reclamó el pago de su liquidación final, al igual que la indemnización moratoria; sin embargo, no recibió respuesta alguna, por manera que dicha empresa fue citada al Ministerio del Trabajo para llevar a cabo conciliación, a la cual su representante legal no compareció; sumando a ello que el patrono se pronunció en comunicación posterior, empero no recibió el pago de las acreencias laborales que le correspondían.

Con ocasión a dicha acción de tutela, el Juzgado Primero (1°) Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Bucaramanga mediante sentencia del 2 de noviembre de 2016, tuteló los derechos fundamentales invocados por la acción, y ordenó a la accionada IAC Gestión Administrativa que en el término de 48 horas, pague a la señora Delgado Torres de manera total la liquidación del contrato de trabajo, junto con la indemnización de que trata el artículo 56 del CST; igualmente, desvinculó del trámite constitucional entre otros, a Cafesalud EPS y Saludcoop en Liquidación, por considerar que la convocante se encuentra vinculada a IAC por conducto de un contrato laboral, organismo que ha incumplido su obligación respecto al pago de acreencias laborales desde hace más de 6 meses; acotando igualmente, que el contrato de mandato celebrado entre IAC y Cafesalud no indicaba que aquella se encontraba operando como empresa de servicios temporales, para que se pudiera predicar una responsabilidad solidaria.

Determinación de fue objeto de confirmación por el Juzgado Segundo (2º) de Ejecución Civil del Circuito de Bucaramanga, en proveído del 15 de diciembre de 2016 (Cd. a folio 1066), por considerar que:

«(...) Sin duda, la intromisión del Juez constitucional se tornaba necesaria ante el advenimiento de la causación de un perjuicio irremediable ante el no pago de la liquidación a que tiene derecho la señora DELGADO TORRES por la terminación del contrato de trabajo, ello por cuanto la liquidación se convertía en su único sustento mientras conseguía otro trabajo y como no se encuentra acreditado que para la hora en que se profiere este fallo, la accionante hubiera recibido el pago de la liquidación o que hubiera conseguido trabajo, como ya se dijo la sentencia de primera instancia debe confirmarse.

Contrario a lo expuesto por la accionada, no se acreditó que la señora ESPERANZA DELGADO TORRES no ostentara la condición de madre cabeza de familia y mucho menos que la no cancelación de las prestaciones económicas que fueron liquidadas por la accionada y no pagadas no constituyeran su único sustento. Aunado a ello no es posible ordenar a CAFESALUD EPS que cancele las obligaciones que corresponde a IAC GESTION ADMINISTRATIVA en tanto no existe prueba aquí de un contrato realidad entre la EPS y la accionante, además de aparecer acreditado aquí que el empleador fue la accionada». (Subraya la Sala).

Acorde a lo anterior, procede esta instancia a resolver el *sub lite* puesto a su consideración, estableciendo en primera medida y para claridad de las partes la norma que instituyó la figura procesal de la cosa juzgada, que no es otra diferente al art. 332 del Código de Procedimiento Civil que señaló:

«ARTÍCULO 332. COSA JUZGADA. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes. (...)

De conformidad, con lo señalado por el legislador, se tiene que la cosa juzgada procede cuando existe una sentencia ejecutoriada, proferida en un proceso contencioso judicial, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto “*eadem res*”, se funde en la misma causa que el anterior “*eadem causa petendi*” y, que entre ambos procesos haya

identidad jurídica de partes “*eadem conditio personarum*”.

De suerte que, el objeto de un proceso se encuentra definido tanto por las declaraciones que, en concreto, se solicitan de la administración de justicia, como por el pronunciamiento específico del órgano judicial en la parte resolutive de la respectiva sentencia. En relación con la causa *petendi* o causa de pedir, las mismas fuentes señalan que ésta hace referencia a las razones que sustentan las peticiones del demandante ante el juez. Es así como la causa *petendi* contiene, por una parte, un componente fáctico constituido por una serie de hechos concretos y, de otro lado, un componente jurídico, formado por las normas jurídicas a las cuales se deben adecuar los hechos planteados y el proceso argumentativo que sustenta la anotada adecuación⁷.

Ahora bien, en tratándose de fallos judiciales que se adoptan en sede de tutela que amparan de manera definitiva los derechos fundamentales, debe decirse que tienen la virtud de proyectarse sobre el proceso ordinario y constituir cosa juzgada constitucional, como así lo expresó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL2574-2021 M.P. Fernando Castillo Cadena, pues al reiterar lo indicado en sentencia CSJ SL15882-2017, expuso:

«(...) Otra precisión. La cosa juzgada constitucional, derivada de un fallo de tutela que ampara de manera definitiva los ius fundamentales, se proyecta sobre el proceso ordinario. En efecto, si desde el prisma de la Constitución es procedente la tutela de los derechos fundamentales, es equivocado sostener que en el plano legal –que hoy se redimensiona e integra en un plano constitucional- la protección no tiene cabida.

La coherencia del sistema jurídico se asegura en la medida en que cada uno de sus enunciados normativos es compatible entre sí, lo cual se vería comprometido si se aceptara que al abrigo de las normas constitucionales un sujeto tiene un derecho pero en el nivel legal no lo tiene. Hoy la legalidad se incorpora en la constitucionalidad y, por consiguiente, debe aceptarse que la cosa juzgada constitucional de los fallos de tutela definitivos –no transitorios- impide que la jurisdicción ordinaria vuelva a tratar y decidir un asunto definido en sede constitucional.

De esta manera, el plano constitucional y el legal no son dos dimensiones ubicadas en espacios paralelos; ambos interactúan en un mismo universo jurídico y, por tanto, no puede aseverarse que las resoluciones inimpugnables

⁷ H. Corte Constitucional T-185 de 2013

y definitivas derivadas de fallos de tutela pueden ser revividas por el juez ordinario, bajo la idea errada de que este actúa en un mundo extraño al imperio de la Constitución.

Ambos jueces –constitucional y ordinario-, se repite, operan en un mismo orden jurídico y, en esa medida, la posibilidad planteada por el recurrente de que la justicia ordinaria pueda modificar lo resuelto con efectos de cosa juzgada por la jurisdicción constitucional, raya con la coherencia normativa que caracteriza los sistemas jurídicos modernos y con los postulados de seguridad jurídica, buena fe y certeza, esenciales para la paz social y la estabilidad de un Estado constitucional de derecho.

Queda a salvo, desde luego, la posibilidad de enervar la cosa juzgada a través de la acción de revisión prevista en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 frente a providencias judiciales – en su sentido amplio- que «hayan decretado o decreten reconocimiento que impongan al tesoro público o a fondos de naturaleza pública la obligación de cubrir sumas periódicas de dinero o pensiones de cualquier naturaleza», siempre que se den las condiciones y requisitos consagrados en esa disposición, pero ello es otro tema, como también lo sería aquellas decisiones corroídas por fraude». (Subraya la Sala).

En claro lo anterior, se tiene que en el asunto que ahora ocupa la atención de esta Colegiatura, existe identidad jurídica de partes con la acción de tutela que fuere resuelta por el Juzgado Primero (1º) Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Bucaramanga y confirmada por el Juzgado Segundo (2º) de Ejecución Civil del Circuito de Bucaramanga, límite subjetivo que coincide en ambos juicios, pese a que en la presente causa se vinculan otras personas jurídicas, como lo son Soluciones y Alternativas de Mercado Efectiva CTA, IAC Acción y Progreso, pues lo cierto es que en ambos tramites comparecieron IAC Gestión Administrativa, Cafesalud EPS y Saludcoop EPS OC.

Respecto a la identidad de objeto y de *causa petendi* salta evidente la concurrencia de tal requisito, aun cuando las pretensiones de la acción de tutela no resultan ser un calco de los pedimentos de la demanda aquí impetrada; y ello por cuanto la solicitud de amparo constitucional, al implicar un reclamo de las acreencias laborales que en este proceso también se discuten, generó un pronunciamiento del Juez Constitucional sobre la existencia del contrato de trabajo por los extremos que aquí también se ponen a consideración, esto es, desde el 10 de julio de 2014 hasta el 7 de marzo de 2016, y la definición del empleador de esa relación

laboral, que a juicio del juez de tutela lo fue IAC Gestión Administrativa y no Cafesalud EPS, a la luz del principio de la realidad, lo cual coincide claramente con el pronunciamiento que en este trámite ordinario se persigue, al rogársele al Juez Laboral Ordinario el reconocimiento del mismo contrato de trabajo, pero con otro patrono, esto es, el empleador Cafesalud EPS y Saludcoop EPS.

Por manera que, al existir un pronunciamiento definitivo en sede de tutela, que definió claramente la existencia de la relación laboral de la demandante, considerando como empleador a IAC Gestión Administrativa, con el consecuente reconocimiento a cargo de este organismo, de la liquidación final de acreencias laborales y la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, no puede la Sala volver sobre el mismo asunto, para radicar tal obligación de manera principal a personas jurídicas distintas, como lo son Cafesalud EPS y Saludcoop EPS OC, según así se pretende en la demanda y se insiste en la alzada propuesta por la activa, porque ello conllevaría el desconocimiento de una decisión judicial que ostenta el carácter de inmutable e intangible, al ser excluida de revisión por la Corte Constitucional, según da cuenta la decisión de fecha 2 de agosto de 2017 que obra en el expediente de tutela (Cd. a folio 1066), y que por lo mismo, constituye cosa juzgada constitucional, cuyos efectos se irradian en el proceso ordinario, como así lo tiene establecido nuestro órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

En tal contexto, considera esta instancia que la decisión final del *A- quo* resultó acertada, al declarar probada de oficio la excepción de cosa juzgada constitucional, sobre los pedimentos puntuales relativos a la existencia del contrato de trabajo, el reconocimiento de la liquidación final de prestaciones sociales y la indemnización de que trata el artículo 65 del CST, al estar facultada la funcionaria judicial para el efecto.

Lo antepuesto también deriva, de la evidente constatación entre los hechos reclamados y las determinaciones judiciales emanadas dentro del curso de la acción de tutela 2016 00154, donde se estableció desde el cuerpo de la demanda la falta de reconocimiento de las acreencias sociales adeudadas a la accionante al momento del finiquito laboral.

Al punto, innegable resulta traer al debate la determinación de la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en sentencia SL 12686 de 7 de septiembre de 2016, al enseñar sobre el particular:

«Sumado a lo anterior, no es cierto que los hechos del proceso anterior y, tras ello, su

causa, fueran diametralmente opuestos a los discutidos en este proceso, como lo aduce la censura, pues, contrario a ello, en los dos escenarios se planteó una base fáctica fundamentalmente idéntica, en la medida en que se trataba de una misma relación laboral, de un mismo despido sin justa causa y del mismo tiempo de servicios que, en los términos de la demandante, le daban derecho a obtener una pensión sanción, al amparo de lo previsto en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961. Además de ello, en el anterior proceso sí se discutió el hecho de la afiliación de la trabajadora al sistema general de pensiones, pues el Tribunal, en esa ocasión, recalcó que «...aparece demostrado que se encontraba afiliada al Sistema de Seguridad Social Integral en Salud y Pensiones y que cotizaba a la Caja de Previsión del Distrito...» (fol. 221).

(...)

*Vale la pena advertir, por otra parte, que **no por el hecho de que en la actual demanda se hubieran incluido diferencias sutiles respecto de la anterior**, en torno a los hechos relacionados con la afiliación de la trabajadora al sistema general de pensiones, se dejaban de constituir los elementos esenciales de la cosa juzgada, pues, como lo ha adocinado la Corte en repetidas oportunidades, para que se configure dicha excepción, no es necesario que las dos acciones en comparación sean calcadas, sino que el núcleo de la causa petendi, junto con sus bases fundamentales, sean evidentemente análogas, de manera que **si el respectivo fallador analizara el nuevo juicio, replantearía inadecuadamente una cuestión definida en un proceso legalmente finiquitado e inmutable** (Ver CSJ SL, 18 ag. 1998, rad. 10819 y CSJ SL17406-2014).*

(...)

De lo expuesto se sigue, que atendiendo los parámetros enseñados por la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en las sentencias en cita, en manera alguna resulta viable entrar a dilucidar un asunto ya definido, pues de ello ejecutarse comportaría aquel impedimento de replantear un asunto y a la vez, re juzgar lo ya concretado.

Motivo que conduce a confirmar la decisión sobre este aspecto, no si antes precisar que, si bien como se dijo, a la presente acción se vincularon nuevas demandadas, esto es, las Cooperativas de Trabajo Asociado Soluciones y Alternativas de Mercado Efectiva CTA, IAC Acción y Progreso, para que se les condenara como responsables solidarias por su calidad de accionistas de IAC Gestión Administrativa, lo cierto es que tal pedimento tampoco puede ser dilucidado, en la medida que se formuló como consecuencia de la declaración del contrato de

trabajo realidad propuesto con Cafesalud EPS y Saludcoop EPS OC y de la presunta responsabilidad de IAC como simple intermediaria, que se *itera*, no puede analizarse en el *examine*, en respeto de la decisión del Juez Constitucional que configura cosa juzgada constitucional.

UNIDAD DE EMPRESA

Disiente la apelante Saludcoop EPS OC en Liquidación de la determinación del Juzgado de Conocimiento, pues al analizar la figura de la unidad de empresa -no debatida en la acción de tutela 01 2016 00154-, encontró acreditada la misma, y en consecuencia, le condenó como responsable solidaria de las prestaciones concedidas en sede de tutela a favor de la aquí demandante y a cargo de IAC Gestión Administrativa, pese a existir independencia administrativa, financiera y técnica entre las citadas entidades y al no existir respaldo en las normas comerciales que regulan el grupo empresarial, ni en las normas sustantivas laborales que estatuyen la responsabilidad solidaria del beneficiario de la obra o de los miembros de las sociedades de personas y de los condueños o comuneros.

Sobre el particular, ha de decir la Sala que la decisión que se controvierte fue respaldada por la falladora de primera instancia en la existencia de una unidad de empresa entre Saludcoop EPS OC e IAC Gestión Administrativa, y no en la concurrencia de un grupo empresarial, o de las responsabilidades solidarias de que tratan los artículos 34 y 36 del CST, y que resultan ser figuras distintas a aquella.

Y es que la figura jurídica de la unidad de empresa, se concreta en la regulación establecida en el artículo 194 del CST, que la define de la siguiente manera:

«1. Se entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las varias unidades independientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que corresponda a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio.

2. En el caso de las personas jurídicas existirá unidad de empresa entre la principal y las filiales o subsidiarias en que aquella predomine económicamente, cuando, además, todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias; pero los salarios y prestaciones extralegales que rigen en la principal al momento de declararse la unidad de empresa solamente se aplicarán en las filiales o subsidiarias cuando así lo estipule la respectiva convención colectiva de trabajo, o cuando la filial o subsidiaria esté localizada en

una zona de condiciones económicas similares a las de la principal, a juicio del Ministerio o del juez del trabajo (...).»

La Corte Suprema de Justicia al referirse a la figura jurídica en referencia, indicó en la sentencia SL15966-2016, que:

(...) según la jurisprudencia de esta Sala, plasmada entre otras, en sentencia CSJ SL, 16 dic. 2009, rad. 32212, dicha figura:

(...) consiste en el “reconocimiento administrativo o judicial que tiene por objeto impedir el desmejoramiento de la situación del trabajador provocado por la fragmentación del capital o del tiempo necesario para obtener algunas prestaciones establecidas en la ley o en las convenciones colectivas. La sentencia que declare la unidad de empresa vincula no solo a la sociedad que el demandante considere como matriz, sino que también a las que aparezcan como filiales de aquella para la procedencia de declaratoria de unidad de empresa y poder predicarla respecto de varias personas jurídicas, es menester establecer la interrelación económica que se presenta entre las implicadas para los efectos vinculantes conforme a la ley”. (Sentencia de 21 de abril de 1994, radicación No. 6047).

Para efectos laborales, la Corte en sentencia CSJ SL, 31 ago. 2010, rad. 32060, señaló que la declaratoria de unidad de empresa,

(...) propende por impedir el desmejoramiento de la situación del trabajador, a través de la fragmentación del capital o del tiempo necesario para acceder a algunas prestaciones o beneficios establecidos en la ley o en las convenciones colectivas.

Su finalidad inequívoca es la de evitar que, mediante el expediente de constituir diferentes sociedades dotadas de personalidad jurídica, se oculte o simule la verdadera realidad económica en detrimento del trabajador, a los efectos de hacerla prevalecer, a plenitud, con toda su rica gama de consecuencias jurídicas.

Afirmar la existencia de una unidad económica y, en tránsito por esa vía, romper la apariencia de varios dueños, que se presenta a través del fraccionamiento del capital, para establecer la unidad patrimonial de la explotación económica, es el trascendental designio de la declaratoria de unidad de empresa.

(...)

De lo anterior, se tiene que, tratándose de la existencia de varias personas jurídicas, como ocurre en el sub lite, para que se configure la denominada unidad de empresa, deben

concurrir la existencia de una principal o matriz y otra subordinada que se denomina filial o subsidiaria. Ahora bien, esa dependencia se presenta solo cuando la primera de ellas ejerce un predominio económico sobre la segunda, por lo que, precisamente, es este elemento el que debe verificarse, a efectos de declarar la existencia de dicha figura, tal como lo ha sostenido esta Sala, entre otras, en las providencias CSJ SL6228-2016 y CSJ SL6313-2016». (Subraya la Sala).

En ese sentido, concluye la Alta Corporación que necesariamente hay unidad de empresa, cuando se verifica en todos los casos el factor del predominio económico o relación de dependencia económica que exige el mandato laboral, lo cual difiere de la figura del grupo empresarial de la que se habla en el campo comercial, pues conforme al artículo 260 del Código de Comercio y los artículos 26 y 28 de la Ley 222 de 1995, los elementos que obligatoriamente deben concurrir para la existencia del grupo empresarial son la subordinación, dependencia o control societario, y además la unidad de propósito y dirección.

Bajo ese contexto, debe insistir la Sala que el Juzgado de Conocimiento, para derivar la responsabilidad solidaria de Saludcoop EPS OC, no se respaldó en el concepto de grupo empresarial que también coocurre en el *examine* y que conlleva otro tipo de responsabilidades, ni mucho menos en la solidaridad consagrada en los artículos 34 y 36 del CST, pues en realidad lo que constató, tal como se pidió en el libelo genitor, fue la existencia de una unidad de empresa, encontrando que en efecto dicha figura debía declararse entre Saludcoop EPS OC como matriz e IAC Gestión Administrativa como filial o subordinada, en tanto que entre ambas entidades se podía advertir la existencia de actividades complementarias, a más que se encontraba probado el predominio económico de Saludcoop sobre IAC, al concurrir como socio en más del 50% de los aportes sociales.

Aspectos estos que no se encuentran debatidos por entidad promotora recurrente, y que en todo caso se constatan por la Sala de Decisión al analizar el material probatorio allegado a las diligencias, pues nótese que conforme al acta de constitución de la Institución Auxiliar de Cooperativismo Gestión Administrativa, Saludcoop EPS OC efectuó un aporte social de \$7.000.000 sobre un total de \$10.000.000 (fls. 116 a 120).

A más de ello, se tiene que según el objeto social, IAC Gestión Administrativa se dedicaba a la prestación de todos los servicios

de gestión administrativa, comercial y jurídica que cualquier persona natural o jurídica requiera, y en especial, la que las entidades promotoras de salud deben adelantar dentro del proceso de afiliación, recaudo, compensación, contratación, planeación y en general todas las actividades relacionadas con el desarrollo de la gestión que se requiera para garantizar la prestación del servicio público de seguridad social en salud a sus afiliados (fl. 39 y vuelto), actividades que son conexas a aquella que se designa en el objeto social de Saludcoop EPS OC, relativa a la afiliación y el registro de los afiliados al sistema general de seguridad social en salud y el recaudo de sus cotizaciones por delegación del fondo de solidaridad de garantía (fl. 56 y vuelto).

De suerte que, contrario a lo indicado en la alzada, no puede concluirse que IAC Gestión Administrativo representaba un organismo independiente y autónomo, y de esta manera no endilgarse ninguna responsabilidad a Saludcoop, dado que al concurrir la figura de la unidad de empresa, dicha entidad promotora de salud debe asumir las obligaciones laborales de la aquí demandante, incluso de manera principal, según emana de lo referido por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL6228-2016 M.P. Gerardo Botero Zuluaga, al indicar que:

«La Sala en sentencia de la CSJ, 16 dic. 2009, rad. 32212, rememoró que «la unidad de empresa, conforme a la jurisprudencia de esta Corte, consiste en el “reconocimiento administrativo o judicial que tiene por objeto impedir el desmejoramiento de la situación del trabajador provocado por la fragmentación del capital o del tiempo necesario para obtener algunas prestaciones establecidas en el ley o en las convenciones colectivas. La sentencia que declare la unidad de empresa vincula no solo a la sociedad que el demandante considere como matriz, sino que también a las que aparezcan como filiales de aquella para la procedencia de declaratoria de unidad de empresa y poder predicarla respecto de varias personas jurídicas, es menester establecer la interrelación económica que se presenta entre las implicadas para los efectos vinculantes conforme a la ley” (Sentencia de 21 de abril de 1994, radicación No. 6047)».

Del mismo modo, es del caso recordar que el efecto jurídico de la declaratoria de unidad empresarial, es tener a las varias personas jurídicas, o las varias unidades de una misma persona natural o jurídica, como una sola empresa, en beneficio del trabajador, con miras a que éste pueda obtener el reconocimiento y pago de acreencias laborales que están a cargo de la empresa.

Es por ello, que cuando concurre el citado

elemento del predominio o dependencia económica, es dable entrar a declarar administrativa o judicialmente la unidad de empresa, siendo una de las consecuencias jurídicas propias de esta figura, que se haga derivar responsabilidad laboral de dichas sociedades sobre las acreencias reconocidas o a reconocer a los trabajadores.» (Subraya la Sala).

Pese a lo expuesto, como quiera que el Juzgado radicó una responsabilidad solidaria en cabeza de Saludcoop EPS OC, respecto de las acreencias laborales reconocidas en la acción de tutela 2016-154 a favor de la actora, de las cuales dicho sea de paso, se acredita el pago de la liquidación final del contrato de trabajo conforme a la documental allegada por la activa (fl. 1061); no es procedente efectuar su modificación en detrimento de la citada, por tener la calidad de apelante único sobre este aspecto.

Dimanado en la confirmación del fallo opugnado.