

TRIBUNAL DE BOGOTÁ

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL

28 DE FEBRERO DE 2018

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 DE BOGOTÁ RELATORIA/BOLETÍN/2018

SALA CIVIL

DERECHO DEL CONSUMIDOR, CONTRATO DE ADHESIÓN Y TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO
Pág. 2 – 3

DOCUMENTOS VIRTUALES Y PRUEBA TRASLADADA
Pág. 4 – 5

COMPETENCIA DESLEAL EN SERVICIOS WEB
Pág. 6 - 7

CONTRATO DE SEGURO – INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN.
Pág. 7 - 8

CONTRATO DE VINCULACIÓN - CLÁUSULAS ABUSIVAS - LA INTEGRACIÓN DEBIDA DE LA RELACIÓN
PROCESAL - SALVAMENTO DE VOTO
Pág. 8 - 16

SALA LABORAL

PENSIÓN DE INVALIDEZ – PRINCIPIO CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA
Pág. 16 –17

TERMINACIÓN CONTRATO DE TRABAJO – PRINCIPIO DE INMEDIATEZ
Pág. 18-19

PENSIÓN DE INVALIDEZ – PRINCIPIO CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA EN EL TRANSITO LEGISLATIVO.
Pág. 19-21

PENSIÓN RESTRINGIDA DE JUBILACIÓN
Pág. 21-22

INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES
Pág. 22- 23

SALA CIVIL

DERECHO DEL CONSUMIDOR, CONTRATO DE ADHESIÓN Y TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO.

M.P DR. LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

RADICADO: 01-2015-214940-01

ASPECTO FÁCTICO

La parte actora formuló demanda para que, reclamando la protección de los derechos de los consumidores, se declare que Inversiones Gradeco S A S incumplió el contrato de vinculación como beneficiario de área al Fideicomiso Altavista Reserva del Country, suscrito el 17 de julio de 2013; por lo que se le debe condenar al pago de los perjuicios materiales, la cláusula penal y la devolución de dinero que fue retenido por éste concepto.

Concluido el trámite procesal, la Superintendencia decidió los extremos del conflicto, negando el éxito de las pretensiones, explicando, en síntesis, que la calidad de consumidora de la actora no la releva de honrar sus deberes contractuales y que Gradeco Construcciones S A S, obró legalmente cuando dispuso el desistimiento del contrato por la actora, quien no cumplió con el saldo restante por sufragar.

Contra lo así decidido se alzó en apelación la parte demandante, recurso que procede esta Corporación a desatar.

PROBLEMAS JURÍDICOS:

(...) Resolver los temas de la impugnación, referidos a los actos que atentan contra los derechos del consumidor, que abandonan la especial protección del usuario, referidos a: *i*) la modificación unilateral de las fechas de escrituración y entrega del inmueble por parte de la constructora; *ii*) la terminación unilateral del contrato y *iii*) la aplicación de la cláusula penal por no haber pagado la totalidad del precio, razones por las que la Corporación procede a analizar el clausulado del negocio de vinculación y el comportamiento contractual del demandado con el propósito de establecer si ha existido trasgresión de los derechos y prerrogativas del consumidor demandante.

ANÁLISIS DE LA SALA

Establecidas como se encuentran las condiciones generales de contratación y lo adhesivo del acuerdo, explica el Tribunal que en el derecho de consumo no hay prohibición de celebrar este modelo de negociación y que lo que proscribía la ley es que a través de ese mecanismo se introduzcan estipulaciones que afecten el equilibrio de las partes o el ejercicio de los derechos propios del usuario, supuesto por el que se procede a escrutar el acuerdo que autoriza al constructor a modificar la fecha de escrituración y entrega del inmueble y la terminación unilateral del acuerdo, normas de carácter particular, que obran las cláusulas doce y quinta -parágrafos segundo 11 y quinto-, las que fueron implementadas, de manera unilateral, por el promotor.

En verdad, a pesar de que la referida regla faculta a la constructora para modificar las fechas de extensión de la escritura pública y de entrega del inmueble objeto del contrato de vinculación, sin requerir para ello el

consentimiento de los consumidores, dicha potestad se acota a las causales que, en puridad, enmarquen auténticos motivos de fuerza mayor, o recaigan sobre circunstancias no imputables a título de culpa del constructor, como claramente se lee en los párrafos 2 y 4 de la cláusula cinco, pues de lo contrario, tal poder de modificar los términos del contrato quedaría a su sólo arbitrio, es decir, con aptitud de ejercerse de forma abusiva por parte del constructor. En este orden, si la posibilidad de alteración de estos términos estaba condicionada a las circunstancias allí descritas, era riguroso señalar las razones del aplazamiento a los consumidores compradores, en protección del pleno disfrute de sus derechos, para que, por lo menos, tuvieran la opción de retractarse, si a bien les pareciera, de la contratación, circunstancia que deja en evidencia que a pesar de que se aceptara que el convenio no es abusivo o no está dentro de los prohibidos -por las razones de conveniencia y previsión por estar dirigidas a precaver ciertos acontecimientos que pueden afectar el cumplimiento del proyecto, cuya razonabilidad explicó la Sala al asumir esta específica materia-, lo cual podría permitir tener por cierto que su contenido no comporta una prebenda exorbitante que afecte el equilibrio negocial, sin embargo, lo que si resulta contrario a derecho es el comportamiento asumido por la demandada al utilizar, a su capricho, la variación de los términos contractuales, sin señalar cuáles eventos comprendidos en el clausulado convenido justificaban su conducta, omisión que, demuestra la trasgresión de los derechos del usuario, lo que genera responsabilidad en el proveedor por infringir, con su omisiva actuación, la ley tuitiva y el deber de cuidado que emana de la buena fe objetiva, que conforme a los artículos 1603 Civil y 871 comercial gobierna la ejecución del contrato.

Ahora bien, en lo que dice relación con la terminación unilateral del contrato y la imposición de la cláusula penal ante la declaración del desistimiento por incumplimiento del consumidor, este cuerpo colegiado recuerda que la legalidad o validez de aquella potestad en el derecho común -informado por la igualdad o simetría de las partes, por lo menos desde la perspectiva formal así en la realidad económica no haya esa coincidencia-, no es pacífica y aún, en la legislación extranjera que, expresamente, las acepta, como la francesa y la peruana entre otras, tal poder no es absoluto, pues para su juridicidad se reclama que las causales de terminación unilateral estén debidamente especificadas, es decir, que no pueden recaer sobre incumplimientos genéricos y que se haya requerido al deudor para que cumpla so pena de aplicación de la norma contractual, orientación reconocida por la jurisprudencia colombiana al expresar en sentencia de agosto 30 de 2011 que es “Menester, singularizar, precisar, especificar, concretar e individualizar en forma clara y expresa, la obligación, sea legal o contractual, ya principal o accesoria, como corresponde a lo expreso y a la trascendencia del incumplimiento. Igualmente, para

preservar la simetría, paridad o equilibrio objetivo de las partes, la buena fe, lealtad y evitar abusos, la eficacia de estas cláusulas se subordina a la reciprocidad de la facultad para ambas partes o, estipulada para una, a un preaviso razonable de quien la ejerce dando a conocer a la otra el incumplimiento preciso, su derecho a subsanarlo antes de vencer el término y la terminación al expirar cuando no rectifica su conducta según corresponde a la probidad o corrección exigible, el principio de la conservación del acto, su utilidad y la gravedad de aquél“.

En efecto, de aplicar las directrices generales para calificar de ilegal el pacto decimosegundo, consagrado en el contrato de consumo, que reza “Terminación anticipada del contrato. Se entenderá que el contrato terminará a causa de el(los) beneficiario(s) de área cuando: ... 2. “e(l) beneficiario(s) de área incumpla(n) alguna de sus obligaciones contractuales; ó 3. “e(l) beneficiario(s) de área, se encuentre(n) en mora de más de treinta días en el pago de los aportes estipulados en el plan de pagos detallado en el cuadro inicial del presente contrato”, de inmediato se advierte que allí, en general, se previeron diferentes causales, de las que, algunas regulan situaciones que pueden ocurrir en el inicio del contrato y otras en su desarrollo y, además, por razones referidas o diferentes al incumplimiento del negocio. Respecto del numeral 2 se estableció un criterio genérico que, de suyo, es desproporcionado y propenso a facilitar la afectación de los derechos del usuario, dada la ausencia de puntualización y determinación de la entidad de la falta contractual, estableciendo un poder libérrimo, pues ante cualquier incumplimiento se podía hacer uso de esa potestad, causal que, en esos términos, es abusiva.

Con relación al numeral 3, que contempla de manera específica la falta contractual que justifica la conducta que materializa esa terminación, referida a la mora en el pago de los aportes superior a treinta días, ese acuerdo, de una parte, crea una desventaja injustificada en el consumidor, al reservarse el proveedor la potestad de dar por terminado el contrato sin existir un escenario en el que se pueda discutir, antes de la adopción de tamaña decisión, la naturaleza del incumplimiento y las condiciones como van a quedar las partes ante tal declaratoria -muy a pesar de que en el sub lite entre las partes se corrió una importante comunicación epistolar-, omisión que provoca una renuncia a su derecho de contender las contingencias que se derivan de tal relación, como son la posibilidad de cuestionar la entidad esencial del incumplimiento o si, por el contrario, no tiene la aptitud suficiente para poner fin a la negociación; la excepción de contrato no cumplido, la lesividad de la inobservancia contractual etc. Por igual, en esa norma individual se habilitó al fideicomitente constructor a “descontar directamente” de lo pagado por el usuario “la cláusula penal pecuniaria” también convenida, sin dar oportunidad para plantear la accidental reducción de la cuantía de la cláusula penal, en concordancia con la intensidad del incumplimiento -como lo autoriza la ley-, desatenciones que, indiscutiblemente, encarnan un desconocimiento de los derechos del usuario.

El anterior recuento, fundado en la prueba adosada al contradictorio por el demandado, demuestra que mucho antes del incumplimiento del contrato por parte de la convocante -afirmación que se realiza desde la

perspectiva netamente objetiva-, ésta llamaba la atención sobre el desacato de lo pactado por parte de la constructora, obteniendo como respuesta y después de que trascurrió la fecha en que debía realizarse el pago en los términos formales del negocio y ante ese hecho cumplido fulminó el finiquito del contrato, respuesta que es clara muestra del desconocimiento de la buena fe e incursión de un insostenible abuso de su posición de imperio, pues ante los reclamos de su contraparte respecto de la inobservancia de sus compromisos, se logra como contestación la censurada terminación, con olvido que en el derecho común “Prima facie la terminación unilateral por cláusula resolutoria expresa, está reservada estrictamente a la parte cumplida o presta a cumplir, pues repugna a claros dictados éticos que, la incumplida o renuente al cumplimiento, pretenda favorecerse con su propio incumplimiento“, condición que se hace más exigente en el derecho de consumo.

Por el contrario, como la vinculada cuestionó la contravención de las condiciones contractuales, ello debió inhibir la aplicación de la cláusula de “terminación unilateral anticipada” y la consecuencial aplicación de la sanción por parte del proveedor, pues el planteamiento de ese conflicto no podía ser dirimido por éste, pues, en ese acaso, estaría actuando como juez y parte, de donde resulta que el uso de esa prerrogativa, con desprecio del debate que se le había trazado, encarna la aplicación de un poder exorbitante, violatorio de los derechos del consumidor, cercenando la posibilidad que fuera la autoridad judicial quien resolviera la polémica contractual ya existente, con incursión en la proscrita conducta impeditiva de “excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor” prevista en el numeral 8 del artículo 43 del EC, cuadro fáctico que lleva a epilogar que no solo este convenio particular fue abusivo sino también la conducta que desplegó Gradeco en el desarrollo del contrato de vinculación celebrado con la señora Clopatoski, colofón que conduce a recordar que “en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación”, como se explicó en la Sentencia S-002 de 2001.

En conclusión, los numerales 2 y 3 de la cláusula doce del contrato de vinculación son abusivas cuando el negocio se celebre con un consumidor y, entonces, se rija por el EC, circunstancia que obliga a que se le ordene a la demandada que, en concordancia con lo dispuesto en la norma acabada de citar, las retire de los formularios o contratos proforma que perfeccione con aquellos.

**DOCUMENTOS VIRTUALES Y PRUEBA
TRASLADADA
M.P DR. LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ
RADICADO: 01-2016-41738-01**

ASPECTO FÁCTICO

1. La sociedad Eventos Niche S.A.S., y los señores Yanila Esther Varela Calderón, Juan Miguel Varela Saavedra, María Alice Varela Fossi, Cristina Yaneth Varela Bonilla, María Camila Varela Wallis y Luzmary Calderón Amaya interpusieron demanda contra Álvaro Hernando Tulande Castillo, con el propósito de que se declara que este incurrió en actos de competencia desleal al usar el signo “niche” como propio.

2. El pasado 30 de agosto, se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 372 del Código General del Proceso, fecha en la que se surtieron las etapas de conciliación, declaración de parte, fijación de litigio, control de legalidad y finalmente se resolvió sobre el decreto de pruebas solicitadas en el escrito de la demanda, negándose las tituladas “[...] documentos virtuales, prueba trasladada, oficios, prueba pericial contable, prueba testimonial y pruebas en poder del demandado [...]”.

3. Contra esa decisión se formuló recurso de reposición y subsidiario de apelación, fundado en cuatro puntos a saber:

3.1 En lo que dice relación con la prueba denominada “documentos virtuales” se esgrimió que al indicarse las URL y con los recursos que tiene el juzgador para acceder a las páginas web señaladas, están cumplidos los requisitos de solicitud de la prueba, máxime si se tiene en cuenta el dinamismo del internet y que no es lo mismo lo que se imprime en determinado momento a lo que eventualmente puede encontrarse cuando se abre una dirección en la web.

3.2. Con respecto a la “prueba trasladada” el recurrente afirmó que los documentos allí solicitados, reposan en la misma entidad que cumple el papel de juez, por lo tanto, en aras de la economía procesal no era necesario aportarlos, conclusión a la que es posible arribar en atención a lo previsto en los “artículos 9 del CPACA y 275 del GGP”¹.

3.3. En lo que toca con la “prueba testimonial” afirmó que en su solicitud sí detalló los hechos sobre los que versarían los testimonios y como último cuestionamiento refiriéndose a las pruebas “en poder del demandado” indicó que fue muy difícil ubicar el lugar de notificación del convocado, lo que de por sí debería ser tenido en cuenta por el juez de conocimiento, en tanto que los actores cuentan con menos probabilidades de obtenerlos a través de un derecho de petición.

4. El a quo resolvió el recurso horizontal manteniendo su decisión, fundado en que con relación a los documentos virtuales estos debieron imprimirse, pues no bastaba con

indicarle al juez la dirección electrónica para cumplir con la carga de probar los hechos que le interesan al proceso. Con relación a la documentación que reposa en la entidad, manifestó que no se puede pasar por alto que como se trata de un proceso judicial, es deber de las partes allegarlos sin importar que aquellos se encuentren en la misma entidad y culminó señalando que con relación a la prueba en poder del demandado, no podía perderse de vista que esta fue mal pedida, falla que no puede ser atribuible al juzgador. Después de revisado el escrito de la demanda decidió acceder únicamente al decreto de la prueba testimonial, por haberse cumplido con los parámetros establecidos en el artículo 212 del CGP, acto seguido concedió la alzada que se pasa a resolver.

PROBLEMA JURÍDICO

Descendiendo al caso concreto, debido a la multiplicidad de los medios de prueba que fueron negados en el pronunciamiento que ahora se reprocha, el Tribunal procederá al estudio de cada uno de ellos de conformidad con las razones expuestas por el *a quo* para justificar su denegación, teniendo en cuenta que sólo serán objeto de análisis aquellas respecto de las cuales el demandante elevó, a través de la alzada, el respectivo reclamo.

ANÁLISIS DE LA SALA

5.4. En el caso que ocupa la atención de la Sala Unitaria, advierte esta colegiatura que a pesar de que no es desacertado que las partes dentro de un litigio soliciten que se tengan como prueba documentos electrónicos, la utilización de estos medios de convicción requieren que para efectos de su valoración los mismos sean “aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados o recibidos, o en algún formato que lo reproduzca con exactitud”², orientación que guarda estrecha relación con lo normado en la Ley 527 de 1999, de la que deviene la importancia de allegar a la controversia el mensaje de datos en original o en copia idéntica garantizándole al juzgador que en la labor de extracción de la información, no se alteró la información que se busca hacer valer dentro de un asunto, para lo que se puede acudir a una serie de protocolos especiales que certifiquen que la prueba no fue modificada.

5.5. Luego entonces, como los actores pretenden que se tengan como pruebas los artículos históricos, compilaciones audiovisuales, la discografía del “Grupo Niche” y las publicaciones realizadas por el demandado, para que estas fueran tenidas en cuenta por el juzgador debieron aportarse dando cumplimiento a lo previsto en la Ley 527 de 1999 haciendo acreditable la conservación, integridad y confiabilidad³ de la información allegada, en cualquier medio físico o magnético, modo que, por demás, se echa de menos en el presente, en tanto que únicamente se señalaron las direcciones electrónicas de las publicaciones, sin examinar que, contrario a lo argumentado por el recurrente, el dinamismo de las redes de comunicación podría dar lugar a que se alteren o eliminen los textos, gráficos, sonidos u otros elementos en ellas contenidas, impidiéndose que en el momento de la

¹ Folio 166 Cdno 1

² Artículo 247 del Código General del Proceso

³ Artículo 11 Ley 527 de 1999

valoración del medio de convicción, se pueda confirmar o verificar lo incluido en las direcciones electrónicas, para arribar a la certeza del lugar de los hechos, los protagonistas de los actos e incluso, determinar la autenticidad de lo contenido en el medio de prueba.

En efecto, una de las características de los medios de persuasión es que con ellas se reconstruya el pasado, propósito que en el ámbito de las pruebas virtuales, es de vital importancia, y por eso corre por cuenta del interesado lograr “[...] una óptima conservación de la información [...] mediante la aplicación de protocolos de extracción y copia, como también con un adecuado manejo de las reglas de cadena y custodia [...]”⁴, lo que permite concluir que para que los documentos enlistados en este acápite hubiesen sido decretados por el juzgador, debió acudir el recurrente a estatizar la información y allegarla en cualquier medio físico o magnético al debate, certificando la integridad y confiabilidad de aquella, en consideración a lo previsto en la Ley 527 de 1999, para que la misma pudiera ser valorada como mensaje de datos, a voces del artículo 427 del estatuto procesal civil, razones que se imponen la confirmación de su negativa.

6. Prueba Traslada y en poder del demandado:

6.1. En el asunto que ocupa la atención de este Tribunal, comporta precisar que la prueba trasladada en el régimen probatorio es aquella que habiéndose practicado y controvertido dentro de un proceso puede prestar sus servicios demostrativos en otro, orientación que fue acogida en el artículo 174 de la norma en cita, que dispuso “las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia y serán apreciadas sin más formalidades [...]”.

6.1.1. No empece lo anterior y a pesar de que la solicitud del extremo demandante se tituló como “prueba trasladada” -lo que en puridad haría aplicable la reglamentación del artículo 174 antes citado- lo cierto es que de la revisión de ese escrito, se advierte que lo que se pretende hacer valer son unos actos administrativos que han sido proferidos por otras delegaturas de la Superintendencia de Industria y Comercio, circunstancia que motivaba acudir a las reglamentación de las pruebas de las “normas jurídicas”, previstas en el artículo 177 del CGP que consagra que “[...] estas reglas se aplicaran a las resoluciones, circulares y conceptos de las autoridades administrativas. Sin embargo, no será necesaria su presentación cuando estén publicadas en la página web correspondiente de la entidad pública correspondiente”.

6.1.2. En ese orden, revisada la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio⁵, se apreció que las Resoluciones No. 57120 del 30 de septiembre de 2013, 3186 del 23 de mayo de 1991, 26515 del 29 de noviembre de 1996, 27362 del 11 de diciembre de 1996, 33197 del 14 de diciembre de 2005, 39696 del 28 de junio de 2013 y las licencias de uso incluidas en el certificado 474902 fueron debidamente publicadas en la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio, por lo que su negativa no se halla ajustada a derecho, toda vez

que para el presente no era necesario que el interesado acudiera por medio de derecho de petición a la entidad para que esta emitiera una copia de sus decisiones.

6.1.3. En segundo lugar y de conformidad con la prohibición contenida en el artículo 9 del Decreto 019 de 2012⁶, de exigir documentos que reposan en la misma entidad, es dable decretar este medio demostrativo, ya que los actos administrativos que fueron emitidos por la autoridad que hoy funge como juez se encuentran publicados en la página web de la Superintendencia, por lo que se revocará la negativa de su decreto y, en su lugar, se dispondrá que los mismos sean tenidos en cuenta dentro del litigio de la referencia, sin que tenga importancia alguna que esa autoridad ejerza simultáneamente funciones administrativas y jurisdiccionales aunque sea en delegaturas diferentes.

6.2. De otra parte, con relación a la petición de las denominadas “pruebas en poder del demandado”, destaca esta colegiatura que el *ad quo* no analizó si, que de conformidad con lo señalado respecto de la procedencia del derecho de petición contra particulares, el demandado estaba obligado a dar respuesta, de cuyo estudio había concluido si la razón expuesta para negar la prueba es conforme a derecho.

6.2.1. Siendo así las cosas y teniendo en cuenta que lo solicitado por la parte actora a folio 125, en realidad responde a que se “exhiban o aporten” unos contratos que el convocado publicó en su perfil de Facebook, el examen de su procedencia debe realizarse bajo al amparo del artículo 265 que dispone que quien “[...] pretenda utilizar documentos o cosas muebles que se hallen en poder de otra parte o de un tercero, deberá solicitar, en la oportunidad para pedir pruebas, que se ordene su exhibición [...]”.

6.2.2. Para el efecto, el legitimado para solicitar su práctica es quien esté desprovisto de los documentos que pretende hacer valer, orientación que de todos modos, debe responder a los criterios que justifican su decreto, entre ellos que exista convicción en el juez acerca de la necesidad de su práctica, esto es, que se haya establecido la relación que tenga con los hechos objeto de prueba, de manera que, si una vez revisada la solicitud por parte de la autoridad judicial se advierte que no se cumplen los parámetros antes señalados, se podrá rechazar de plano el medio de prueba, como también lo será cuando el hecho hubiere sido acreditado por otros medios.

6.2.3. En cumplimiento de lo expuesto en el párrafo inmediatamente anterior, se observa que la parte actora expresó los supuestos que procura demostrar con la exhibición de los contratos afirmando, además, que los mismos están en poder del demandado, requisitos que al hallarse cumplidos, se concluye que se debe revocar la negativa de su decreto para que en su lugar se disponga sobre la forma en la que deberá llevarse a cabo la exhibición, el interrogatorio del demandado y las demás pruebas pendientes por practicar dentro de la audiencia de que trata el artículo 373 del Código General del Proceso.

⁴ Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Exp. 2004-1074-01

⁵ Verificado en la dirección <http://serviciospub.sic.gov.co/Sic/ConsultaEnLinea/2013/index.php?ver=listado>

⁶ “Cuando se esté adelantando un trámite ante la administración, se prohíbe exigir actos administrativos, constancias, certificaciones o documentos que ya reposen en la entidad ante la cual se está tramitando la respectiva actuación”

7. Por lo expuesto, se revocará parcialmente la decisión cuestionada en lo referente a la negativa de decretar los

medios demostrativos denominados “prueba trasladada” y “pruebas en poder del demandado”.

COMPETENCIA DESLEAL EN SERVICIOS WEB
M.P DRA. HILDA GONZÁLEZ NEIRA
RADICADO [110013199001201598633 06](#)

ASPECTO FÁCTICO

Apelación Sentencia — Verbal Competencia Desleal
Demandante: Servicios Online S.A.S.- Despegar.com-
Demandado: Booking com BV y otro.

Como supuesto fáctico, en síntesis, adujo que BOOKING.COM B.V., como intermediaria en la prestación de servicios turísticos, (i) no tiene autorización para desarrollar actividades de agencias de viajes y turismo en Colombia y no está inscrita en el RNT -arts, 61,62 y 84 Ley 300 de 1996 y 12 Ley 11001 de 2006 (ii) no da información veraz y suficiente en relación con los precios de los servicios que ofrecen conforme con las y disposiciones legales vigentes en materia de publicidad de precios en nuestro país- art. 30 Ley 1558 de 2012 (iii) garantiza los mejores precios, lo cual no es cierto. Conducta con la que induce en error y engaña al consumidor y lo incita a hacer sus reservas con ellas, afectando de esta manera a la demandante; y, (iv) carece de sucursal constituida en nuestro país para desarrollar su objeto social, lo que le otorga una ventaja competitiva sustancial en la medida que "omite efectuar las contribuciones tributarias que si deben costear sus competidores debidamente constituidos en el país del cual se lucran".

PROBLEMA JURÍDICO:

Por lo anterior, en síntesis, compete a la Sala establecer si incurrió el a quo en la falencia probatoria que el apelante le enrostra y, si se equivocó en la interpretación normativa, específicamente al "categorizar la naturaleza jurídica de las demandadas" no como ¹¹verdaderas oficinas de representación turística" sino como "una plataforma tecnológica, esto es, como meros facilitadores y proveedores de un vehículo virtual (booking.com) entre operadores hoteleros y consumidores". Categorización equivocada que impidió predicar su incumplimiento de las normas concurrenciales del sector turístico mediante la comisión de los actos desleales consagrados en los arts. 7, 8,11 y 18 de la ley 256 de 1996 que la demandante les imputó y los cuales sostiene haber demostrado.

ANÁLISIS DE LA SALA

Respecto a la errónea interpretación normativa que aduce el apelante, si bien le asiste razón en cuanto a que el funcionamiento como plataforma tecnológica no excluye la participación en el mercado, no la tiene en su afirmación que las convocadas prestan servicio turístico a través de esa plataforma, para inferir concurrencia. Es innegable, conforme a las pruebas recaudadas, que Booking BV participa en el mercado colombiano, pero no como prestador de servicios turísticos sino con el "sitio

web informativo"²⁴ en su actividad de "portales web", la que junto con "holdings financieros" y "escritura, producción y publicación d& software" reporta el extracto de registro de comercio aportado. En el turístico, como prestador de servicios turísticos participa la demandante, conforme se extrae de su objeto social que refiere como una de sus actividades, además de compraventa de "paquetes turísticos", la "venta y prestación de los servicios turísticos tales como transporte, traducción, guías turísticos, traducciones, hospedaje y todas las demás actividades relacionadas con la actividad turística.

Encontramos que la demandada no participa en el mercado colombiano como prestador de servicios turísticos, por lo siguiente;

- Conforme con nuestra legislación, son los hoteles los que tienen la calidad de proveedor del servicio de alojamiento y son éstos quienes lo ofrecen y suministran - núm, 11 art, 5 Ley 1480 de 2011 calidad que no se predica de las demandadas.

- Los hoteles hacen la oferta del servicio de alojamiento, utilizando la plataforma electrónica, que para el efecto pone a disposición Booking.com BV a través de su portal Booking.com, sitio web informativo. Así lo acepta la demandante.

- A través de ese medio tecnológico y de información los consumidores, pueden contactar a los hoteles y, establecido el contacto la relación contractual, que tiene por objeto el alojamiento, surge entre el hotel y el turista-consumidor o viajero. Así, es evidente que uno es el servicio que ofertan y proveen los hoteles a los usuarios turista y, otro el que suministra la demandada a los sitios de alojamiento.

- En esa condición Booking.com BV que pone a disposición la plataforma y por ende el portal o sitio web informativo para el contacto entre oferente y consumidor, no es prestador del servicio ofertado por SUS clientes — los hoteles y sitios de alojamiento-. Tampoco puede considerarse intermediario en la medida que la relación entre el establecimiento hotelero y Booking BV proviene del "Acuerdo" entre éstos celebrado para el servicio on line de reservas de alojamiento, de cuyo contenido no se extrae características del mandato, de ninguna de sus especies — comisionista, agente comercial, etc. — o de corredor que permita establecer la calidad de intermediario. En virtud del acuerdo el establecimiento hotelero se obliga a entregar a aquella la información pertinente y garantiza que la suministrada es veraz. Esta información es de su propiedad y no de la sociedad que

pone a disposición el sitio web con la finalidad señalada.

Además de las obligaciones establecidas en el denominado “Acuerda” entre quien pone a disposición la plataforma-portal o sitio web informativo y el oferente del servicio hotelero, existe para aquel el cumplimiento del deber legal de información sobre identificación del oferente que le impone el art. 53 de la Ley 1480 de 2011, aspecto sobre los que ningún reparo hizo en este asunto, oportunamente la demandante.

-Tampoco se asemeja a la de agencia de viajes y turismo en tanto no está demostrado que la demandada se dedique “profesionalmente a vender planes turísticos” - arts 84 Ley 300 de 1996; 2º. Del D. 502 de 1997 y 2.2.4.3.1.2. del D compilativo 1074 de 2015 -. Planes turísticos definidos legalmente como “/a combinación previa de, por lo menos, dos o más servicios de carácter turístico, vendida u ofrecida como un solo producto y por un precio global...” - art. 2.24.3.2.2. D.1074 de 2015 Ni que realice directa o indirectamente alguna de las actividades descritas por los arts. 3 del D. 502 de 1997 y 2.2.4.3.1.3. del D- 1074 de 2015 referidas a organizar, promover y vender los viajes y planes turísticos para ser operados por las agencias de viajes operadoras; reservar y contratar alojamiento y demás servicios turísticos; tramitar y prestar asesoría al viajero en la obtención de la documentación requerida para su desplazamiento; prestar atención y asistencia profesional al usuario en la selección, adquisición y utilización eficiente de los servicios requeridos, etc.

- Establecido que Booking. Com BV no presta los servicios turísticos que refiere la demanda y que Booking.com Colombia S.A.S busca clientes para el sitio web Booking.com administrado por la primera para que promocionen a través de ese medio tecnológico los servicios de alojamiento que ofrecen, la conclusión del a quo no se refleja errónea, en la medida que en este caso, aquella no tiene, conforme a nuestro ordenamiento, la obligación de inscribirse en el RNT y la actividad de la S.A.S colombiana si bien contribuye a incrementar el

número de clientes de Booking. Com BV o usuarios del sitio - hoteles y demás sitios de alojamiento constituye un servicio diferente al que los hoteles o clientes de la sociedad proveen a los turistas.

Es que, se itera, el acervo recaudado no muestra que Booking.com BV funge como agencia de viajes y turismo, ni aún como oficina de representación turística, ni presta servicios turísticos que le impongan la obligación de inscribirse en el RNT. Su actividad se refiere a poner a disposición su plataforma o portal para que los hoteles como prestadores del servicio turístico de alojamiento “puedan ofrecer productos para su comercialización y a su vez los consumidores puedan contactarlos por ese mismo mecanismo” - art. 53 Ley 1480 de 2011 - como se evidencia de la información que aquellos suministran y la realización de la reserva on line por éstos. Disposición o servicio por el que recibe de los sitios que ofertan una contraprestación frente a la cual la demandante no imputó acto desleal alguno.

Por lo demás, también analizó el a quo el contenido de la información sobre precios, alojada en el sitio web por los hoteles como lo acepta el apelante aún en sus reparos y sustentación. Solo que, como concluyó el juzgador, no puede calificarse de no veraz, con aptitud para perturbar la libertad de los turistas como destinatarios de los servicios turísticos, o inducirlos en error en la toma de decisiones.

Conclusión, La demandante no acreditó el supuesto fáctico que alegó para sus pretensiones en tanto las probanzas recaudadas no reflejaron que las demandadas prestaran en nuestro país servicios turísticos como agencias de viajes sin inscripción ante el RNT; dieran información no veraz y engañosa sobre precios; y desatendieran las normas colombianas sobre establecimiento de sucursales para desarrollar negocios permanentes en nuestro territorio. Por consiguiente, no incurrió el a quo en los errores de interpretación normativa y fáctica que le atribuyó.

**CONTRATO DE SEGURO – APLICACIÓN DEL ART. 94 DEL CGP – LA RECLAMACIÓN NO
INTERRUMPE LA PRESCRIPCIÓN
MP. DR MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
RADICADO [110013103019201600687-01](#)**

Proceso verbal promovido por Luis Eduardo Rodríguez
Guío contra Seguros Comerciales Bolívar SA

ANÁLISIS DE LA SALA

Tesis jurídica adoptada por la mayoría de la Sala en tomo a la aplicación del inciso final del artículo 94 del C.G.P. al contrato de seguro:

1. De conformidad con los artículos 2539, inciso 3º, del Código Civil y 94, inciso final, del C.G.P., la prescripción se puede interrumpir, en forma civil, de dos maneras: (i) por la demanda judicial y (ii) por el requerimiento escrito

realizado al deudor directamente por el acreedor, modalidad de la que sólo puede hacerse uso por una vez.

En el caso de la reclamación a la que se refiere el artículo 1080 del Código de Comercio, modificado por el artículo 111 de la Ley 510 de 1999, la Sala considera que, por su naturaleza y características, no constituye requerimiento con fines interruptores del plazo prescriptivo, por las siguientes razones:

a. La primera, porque si bien es cierto que la obligación del asegurador despierta o tiene su origen en la ocurrencia del siniestro, esto es, en la realización del riesgo asegurado (C.Co., art. 1054) - lo que se afirma sin

desconocer que es a propósito de la celebración del contrato de seguro que el asegurador contrae la obligación condicional (arts. 1037 y 1045, ib.)-, no lo es menos que el pago de la respectiva indemnización está supeditado a que el asegurado o beneficiario formule una reclamación mediante la cual demuestre que el siniestro tuvo lugar, lo mismo que la cuantía de la pérdida, según el caso, de conformidad con lo previsto en los artículos 1077 y 1080 del estatuto mercantil.

Por consiguiente, si en el caso especial del contrato de seguro, la reclamación es una arquetípica carga -de orden sustancial- en cabeza del asegurado o beneficiario, que no sólo es presupuesto de la acción ejecutiva (C.Co., art. 1053), sino también de la mora del asegurador, como lo puntualizó la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 30 de septiembre de 2004 (exp. 7142), no puede ella constituir, al mismo tiempo, ejercicio del derecho del acreedor a interrumpir la prescripción en forma civil. Al fin y al cabo, el propósito fundamental de ese escrito es demostrar, probar o acreditar, de lo que depende, se insiste, el pago de la indemnización.

Es cierto que la obligación del asegurador germinó con la materialización del riesgo; pero si el pago de la prestación asegurada exige, como presupuesto sustantivo, la demostración del siniestro y la cuantía de la pérdida, es claro que el cumplimiento de esta carga simplemente

traduce la observación de dicha conducta.

b. La segunda, porque al interpretar una norma jurídica es necesario tener en cuenta, en todos los casos, el efecto útil de la misma.

Quiere ello decir que entre varias interpretaciones plausibles, el juez debe preferir la que le brinde mayor eficacia a la disposición interpretada, por sobre la que se lo restrinja, máxime si en ella se reconoce un determinado derecho.

Desde esta perspectiva, considerar que la reclamación hace las veces de requerimiento con fines interruptores de la prescripción, da lugar a que la facultad prevista en el inciso final del artículo 94 del C.G.P. resulte, en la práctica, anodina, porque en un sólo acto quedarían agrupadas la demostración del derecho (de suyo esencial) y la interrupción del término para ejercerlo. Expresado con otras palabras, como esta modalidad de interrupción sólo puede darse por una vez, no es posible aceptar una postura en virtud de la cual la carga de presentar una reclamación absorbe el derecho del acreedor a exigirle a su deudor, con fines interruptores de prescripción, que honre una deuda cuyas variables -siniestro y cuantía de pérdida- previamente debe probar.

CONTRATO DE VINCULACIÓN - CLÁUSULAS ABUSIVAS - LA INTEGRACIÓN DEBIDA DE LA RELACIÓN PROCESAL – CON SALVAMENTO DE VOTO

MP. DR ELUIN GUILLERMO ABREO TRIVIÑO
RADICADO [110013199001-2016-75988-01](#)

(...) El Tribunal Superior de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación que la parte demandante formuló contra la sentencia de veintiséis (26) de mayo de dos mil diecisiete (2017), proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura para asuntos Jurisdiccionales, en el proceso verbal de SONIA SOTO DE RAMÍREZ contra CONSTRUCCIONES Y ASOCIADOS SAM SAS.

CONSIDERACIONES

1. Las exigencias determinadas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, a propósito de un fallo de fondo, es decir, los llamados presupuestos procesales, una vez realizado el estudio del expediente, pudo concluirse que concurren a plenitud, luego, es viable definir la instancia. Además, no existe vicio que invalide lo actuado. En todo caso, en conformidad con los artículos 372 y 132 del C.G. del P., cualquier irregularidad debe tenerse por saneada.

2. En cuanto a la resolución de la alzada, ab initio debe dejarse establecido que la competencia del Tribunal está circunscrita, únicamente, a los puntos que habiendo sido objeto del debate y de la resolución adoptada, quedaron incorporados en el recurso de apelación (art. 328 C. G. del P.). Por esa razón, aspectos alusivos a la ilicitud de la cláusula 4ª, parágrafo 4º, no ameritarán estudio alguno, pues como consecuencia de la inadmisión fue excluida, asunto que quedó validado cuando hubo la fijación del

litigio (minuto 40 de la correspondiente audiencia). Lo propio acontece con las condenas solicitadas, pues el juez de primer grado, en esta última etapa procesal, expresamente, las dejó por fuera de la contienda.

3. En esa dirección, con miras a definir los límites de la decisión a emitir, considera el Tribunal oportuno indicar que discernir sobre la naturaleza abusiva de algunas cláusulas de un determinado negocio y, a la par, resolver sobre eventuales incumplimientos de las mismas reglas, no comporta un ejercicio similar; contrariamente, se toma excluyente. Por esa razón, cuando la actora reclama que se declare que ciertos cánones incluidos en el contrato ajustado con la demandada, se muestran abusivos y sobre iguales pactos demanda, de manera coetánea, decidir que hubo incumplimiento de la constructora, se muestra, cuando menos, inconsistente conceptualmente. O la cláusula es abusiva y, por ende, debe retirarse del texto contractual o siendo válida a los ojos de la normatividad vigente, resultó incumplida por uno de los contratantes, lo que, de suyo, impone análisis diversos.

Bajo esa perspectiva, es claro que el asunto traído a la jurisdicción implica el estudio que defina y concluya si las cláusulas denunciadas son o no abusivas y, en ese sentido, se abordará el estudio a que haya lugar.

4. La integración debida de la relación procesal.

En autos aparece glosado el contrato celebrado entre las partes (folios 52 a 58), y, respecto del cual la actora ha demandado, parcialmente, su licitud. Dicho pacto fue suscrito por la demandante y la accionada, empero, igualmente, por la sociedad “Alianza Fiduciaria”, quien fungió como vocera del fideicomiso, es decir, respecto del negocio ajustado hay una persona jurídica adicional y diferente. En ese orden, en un comienzo, podría pensarse que esta última empresa debió ser llamada a formar parte de la litis, sin embargo, para la Sala mayoritaria, la integración del contradictorio no tenía lugar.

En efecto, según los numerales 1.7 y 1.8, de los ‘antecedes’ descritos en el contrato de *vinculación como beneficiario de área* (folio 53), la intervención de la Fiduciaria Alianza quedó muy definida y, a partir del rol asumido, puede asegurarse, sin resquemor de ninguna índole, que la causa podía ser resuelta sin la concurrencia de dicho ente societario.

El primero de los numerales citados, expresamente, indica que la función de la fiduciaria se “(...) *circunscribiría únicamente al cumplimiento de las instrucciones que en el presente contrato se establecen, con total independencia del desarrollo del proyecto, el cual es responsabilidad única y exclusiva del FIDEICOMITENTE -GERENTE*’.

Y el segundo aparte memorado indica que “*EL FIDEICOMISO tiene por objeto que ALIANZA permita el desarrollo, de un proyecto inmobiliario que realizará EL FIDEICOMITENTE GERENTE, bajo su exclusiva responsabilidad técnica, administrativa y financiera, para todos los efectos contractuales denominado EL PROYECTO (...)*”.

Luego, en rigor, la vinculación de la empresa de fiducia al contrato de separación de área, no implicaba para dicha sociedad asumir derecho alguno u obligación anejos al proyecto inmobiliario; su participación era ‘sólo’, ser vocera del mismo. No resultaba ser titular de la relación sustancial, parcial o totalmente.

Obsérvese que en el numeral 1.3., del referido contrato, claramente, se estableció que el gerente del proyecto era la sociedad “CONSTRUCTORES ASOCIADOS S.A.M S.A.S”, por tanto, era la entidad responsable del proyecto.

Esa descripción permite afirmar, sin asomo de duda, que no obstante la suscripción del contrato vinculado a esta controversia judicial, por parte de la fiduciaria Alianza, su presencia en la misma no se tornaba necesaria, pues no era titular de ningún vínculo sustancial que estuviera sujeto a esta disputa; su intervención, itérase, como en el mismo contrato se dejó estipulado, era sólo y exclusivamente, para atender las instrucciones del gerente y este sí resultaba ser depositario de las obligaciones esenciales del proyecto inmobiliario, luego debía hacer parte de la contienda, como así aconteció.

De ello surge, entonces, que las exigencias del artículo 61 del C. G. del P., alusivas a la integración del contradictorio no concurrían, por consiguiente, la relación jurídica-procesal se estructuró debidamente no existiendo irregularidad alguna sobre el punto.

5. La legitimación en la causa

Considera la Sala necesario, igualmente, abordar el estudio de la legitimación en causa por activa y por pasiva, propuestas como medios exceptivos, amén de erigirse como un elemento de la acción y, por lo mismo, de imperiosa valoración, de manera oficiosa, por parte del juzgador.

Sobre el particular, siguiendo las orientaciones de la doctrina y la jurisprudencia patria, la legitimación para hacer parte de una contienda de naturaleza judicial consiste, en lo que al demandante refiere, en la identidad de él con la persona a quien la ley concede el derecho o la potestad de reclamar ante la jurisdicción; y, en lo que hace al demandado, se alude a aquella persona frente a la cual se puede exigir la obligación o prestación correlativa. La falta de dicha condición en el proceso no impide al juez desatar el litigio en el fondo, sino que, inevitablemente, implica desatender sus pedimentos. Sobre el punto, la jurisprudencia de la Corte ha expuesto:

"...es obvio que si se reclama un derecho por quien no es su titular o frente a quien no es el llamado a responder, debe negarse la pretensión del demandante en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada material, a fin de terminar definitivamente ese litigio, en lugar de dejar las puertas abiertas, mediante un falto inhibitorio para que quien no es titular del derecho insista en reclamarlo indefinidamente, o para que siéndolo lo reclame nuevamente de quien no es persona obligada, haciéndose en esa forma nugatoria la función jurisdiccional cuya característica más destacada es la de ser definitiva" (G.J. T. CXXXVIII, pág. 364-365).

5.1. A partir de las anteriores precisiones, surge, entonces, la invalidez de la tesis planteada por la parte demandada en el sentido de indicar que Constructores Asociados SAM SAS no tuvo injerencia en la elaboración del contrato, pues el documento aportado, obrante en folio 53 del cuaderno principal, fue avalado por el representante legal de la demandada, quien es el Fideicomitente Gerente desarrollador del proyecto y hace las veces de vendedor. Basta nada más observar el numeral 1.8 del contrato (sección de los antecedentes), para constatar que la demandada era la responsable ‘técnica, administrativa y financiera’, del proyecto y éste estaba a cargo del gerente, función que cumplía la demandada.

5.2. En cuanto a la legitimación en la causa por activa, fincada en que la demandante tiene una actividad comercial, tampoco está llamada a prosperar. Nótese que el artículo 5º numeral 3 de la ley 1480 de 2011, cuando define al consumidor o usuario lo describe como "*Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario*" y, en este sentido, dentro del proceso, no se acreditó que la adquisición del predio tenía fines diferentes a la satisfacción de intereses propios de la actora; tanto así que, la misma, durante el interrogatorio de parte (minutos 9:30 y siguientes del folio 192 del cuaderno principal), aseguró que su "*anhelo cuando hizo la negociación, era la compra del apartamento para dárselo a mi hijo, para que él se pasara a vivir allí*"

De esa manera, claro emerge que cuando Sonia Soto de Ramírez intervino en el negocio contractual, no lo hizo para ejecutar una actividad mercantil y, por consiguiente, actuó bajo el ropaje de un consumidor, conclusión que de ninguna manera pierde fuerza por el hecho de que se encuentre inscrita en el registro mercantil desde el dos (2) de mayo de mil novecientos noventa (1990), amén de que en el certificado de Cámara de Comercio de Bogotá, obrante en folios 115 y 116 del cuaderno 1º, cuando describe su actividad económica, alude a "servicio de apoyo a las empresas N.C.P. Homologado (s) Versión 4 AC" sin la compra y venta de inmuebles para su comercialización.

6. El contrato en general, sus orígenes. La libertad contractual. Su crisis.

La relación básica, generadora del intercambio de prestaciones entre los individuos que conforman un determinado grupo social, regularmente, se concreta en la prestación de bienes o servicios, condición basilar de la convención o contrato (arts. 1494 y 1495 C.C.). En ese concreto propósito se engendra el querer de uno u otro de los partícipes en establecer un preciso pacto y, para el ordenamiento, resultaba suficiente.

Como se recordará, el derecho de los contratos anida en codificaciones originarias como el Código de Napoleón, en donde su estructura estaba, en esencia, fundada en la voluntad del individuo. La libre determinación de quienes gestaban el negocio era el factor fundante del convenio naciente. En esa línea, la determinación de cualquiera de los intervinientes en crear, modificar o extinguir un específico compromiso u obligación, resultaba suficiente para engendrar un concreto vínculo jurídico. Y, por supuesto, tal cual lo describió Bourrier, tener la capacidad de definir los términos de dicho nexo implicaba, a su vez, ejercitar un elemento básico como era el de la igualdad. En teoría, los contratantes concurren en ejercicio igualitario de sus derechos e intereses (Bourrier C., *La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia Bruylant, Louvain-La-Neuve, 2003).

El transcurrir de los tiempos y la irrupción de ciertas modalidades contractuales o formas diversas en que los individuos se interrelacionaba, aupadas por condiciones sociales, económicas y políticas que propiciaban el abuso, evidenció lo endeble de la teoría de la voluntad y de contera el de la igualdad. Concretamente, la aparición de la contratación de la mano de obra y los contratos de adhesión hicieron innegable esa fragilidad. Una de las partes ya no negociaba bajo su propio criterio y arbitrio sino atendiendo las condiciones fijadas por uno de los convencionalistas. Hizo crisis, entonces, uno de los pilares del contrato como era la voluntad y, por supuesto, todo aquello anejo a su presencia.

Más tarde, esta circunstancia adquirió notoriedad en sumo grado, pues la aparición de la estandarización de los contratos, reflejo de la generación de productos en masa, llevó a diversos autores, inclusive, a mencionar la necesidad de revisar las codificaciones civiles o, en general, el contrato. Así puede concluirse, entre otros, de autores como Busnelli, quien, en el año 2005, en conferencia presentada en Lima, expuso: "La antigua fórmula 'quien dice contractual dice justo', que expresaba una ideología liberal e igualitaria, no es acorde con la práctica moderna de los contratos

estándar, en los cuales el contratante fuerte (generalmente el empresario) predispone un reglamento contractual y lo impone, íntegramente, al contratante débil (generalmente el consumidor), cuya libertad se reduce a la insatisfactoria alternativa de tomar o dejar" (Decadencia del Código Civil o revisión del método de codificación? Busnelli, F.D.).

Circunstancias tales, impusieron medidas que en algunos eventos provenían de los mismos sectores considerados débiles, en procura de restablecer el equilibrio perdido; en otras oportunidades, los propios gobiernos o estados introdujeron en sus políticas sociales medidas tendientes a guarecer los intereses en entredicho. En esa dirección, pueden mencionarse la formación de sindicatos u organizaciones sociales cuyo propósito no era otro que la defensa de aquellos segmentos de la sociedad o economía inmersos en una relación contractual; también se pudo apreciar determinaciones de orden legislativo como el mandato de que una de las partes, según las circunstancias, asumiera ciertos deberes u obligaciones, vr. gr., límite en las horas laboradas, prestaciones sociales, etc.

Esas tendencias se generalizaron y, en Colombia, por ejemplo, en el ordenamiento patrio, se incorporaron medidas protectoras alusivas a la intervención de contratos como el del trabajo, el de arrendamiento de vivienda, el de salud, etc. Además, por parte de la jurisprudencia y doctrina se delinearon algunas reglas tendientes a interpretar aquellos pactos que una de las partes disponía su texto a la otra, concretamente, los contratos de adhesión. En estos se hizo más latente la restricción a la libertad de contratación y, sin duda, evidenció la mengua paulatina del equilibrio contractual.

A propósito de estos convenios, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de veintisiete (27) de julio de dos mil quince (2015), rememoró que en ellos, "el contenido está predispuesto por una de las partes, usualmente en su interés o tutela sin ningún o escaso margen relevante de negociación ni posibilidad de variación, modificación o discusión por la otra parte, aun cuando, susceptible de aceptación, no por ello, su contenido es ilícito, vejatorio abusivo per se, ni el favor pro adherente e interpretatio contra stipulatorem, contra preferentem, actúa de suyo ante la presencia de cláusulas predispuestas, sino en presencia de textos ambiguos y oscuros, faltos de precisión y claridad, en cuyo caso, toda oscuridad, contradicción o ambivalencia se interpreta en contra de quien las redactó y a favor de quien las aceptó"

En dichos pactos, precisamente, por su naturaleza y características, como de antaño se ha aceptado, fácilmente puede presentarse una posición dominante del predisponente. Resulta innegable que en la elaboración unilateral del texto del acuerdo, en donde, regularmente, el clausulado establecido solo consulta los intereses de quien estructura el negocio, se concluyó, dada la contundencia y manifiesta debilidad de quien se plegaba al formato aducido, que el mismo debía tener un mayor miramiento de los usuarios, de forma que la buena fe no le permitiera abusar de su posición, por tanto, cuando se introducen cláusulas que resquebrajan el equilibrio contractual o evidencian unas ventajas que alteran la ecuanimidad del pacto, deberán ser invalidadas por el Juez con el fin de equilibrar el contrato.

Ahora bien, la relación novedosa derivada, de manera precisa y puntual, de la producción en serie o en masa, no fue ajena al influjo de esos movimientos proteccionista en donde las asociaciones de consumidores impulsó, en un comienzo, en Estados Unidos de Norteamérica y luego en Europa, la adopción de medidas que protegieran al destinatario final de dichos productos que no era otro que el consumidor. Tal reacción no fue más que el resultado de los desequilibrios recurrentes entre proveedor o fabricante y el usuario o consumidor. Había que concurrir a neutralizar los abusos o desequilibrios y velar por que, en verdad, la igualdad en la concertación no fuera solo una quimera.

La aparición día a día de mayor número de casos en donde se denunciaban abusos concernientes con el ejercicio de posición dominante, incorporados en contratos adhesivos; imposición de reglas inamovibles en la producción a gran escala o en serie, la presencia de intermediarios en la cadena ya de generación del producto ora en la distribución, en fin, la novedosas formas de llegar al consumidor, crearon nuevos escenarios en el intercambio de bienes y productos y, por consiguiente, impusieron la necesidad de adoptar medidas regulatorias del mercado.

En Colombia, los primeros anuncios legislativos se incorporaron en el Estatuto del Consumidor adoptado por el Decreto 3466 de 1982, modificado en su momento por la Ley 1480 de 2011.

7. Las cláusulas abusivas.

Los contratantes, por razón de los pactos concertados, adquieren derechos y obligaciones recíprocas; es la consecuencia inmediata e ineludible del intercambio de bienes y servicios. Dichos negocios, cuando responden, entre otras características, a la conmutatividad, como en el caso presente, debe resplandecer una equivalencia entre las prestaciones de las partes. Y si bien, esa proporcionalidad no debe ser concebida como una reciprocidad absolutamente igualitaria, si debe, inomisiblemente, validar la *"armonización de los intereses individuales de las partes, ambas tienen que tener la posibilidad de ejercer eficientemente sus derechos para que se logre materializar el principio de igualdad jurídica que reconoce y pregón a nuestro ordenamiento jurídico"*.

Por tal razón *"las cláusulas dirigidas a. mantener en estado de inferioridad al adherente, a impedirle o dificultarle el ejercicio de sus derechos, a reafirmar la posición de superioridad en la que se encuentra el predisponente, a aliviar o exonerar a este de responsabilidades, entre otras, conllevan el rompimiento del equilibrio contractual, porque ellas no permiten verificar la reciprocidad y equivalencia de derechos adquiridos y obligaciones contraídas que exige el ordenamiento jurídico en los contratos"*

Ahí, en esa descripción, están enraizados los elementos fundantes del desequilibrio contractual y, de contera, de la estructuración de las cláusulas abusivas. En general, se ha concluido por la doctrina y la jurisprudencia que tal situación se presentada cuando:

" Todo acto que excede manifiestamente por su finalidad o por su objeto el ejercicio normal del derecho correspondiente" (Latournerie).

"El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto" (Art. 1071 CC. Argentino).

En el mismo sentido aparece la instrucción de la Comunidad Europea de abril de 2013, al señalar que en un contrato, en el que esté vinculado un consumidor, se considera abusiva una de sus cláusulas, cuando:

"(...) haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular, en el caso de los contratos de adhesión". Y, al definirla expuso:

"si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato" (Art. 3, inciso 2 y 3; 5 de abril de 2013).

La doctrina, de manera persistente, ha descrito situación semejante en los siguientes términos:

"(...) el carácter abusivo de la cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro contrato del que dependa".

Alrededor del tema, el estatuto del consumidor patrio (Ley 1480 de 2011), en el artículo 42, definió las cláusulas abusivas como:

"aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor u las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos" y agregó que *"para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza"*

Por manera que concluir sobre si una determinada cláusula es o no abusiva, basta auscultar si su texto, en últimas, limita, impide o, definitivamente, cercena la posibilidad de que una de las partes, concretamente, el usuario o consumidor, haga uso de sus derechos y, desde luego, no solo aquellos que resultan, expresamente, señalados en el respectivo contrato sino los que, por su naturaleza, le pertenecen (art. 1501 y ss C.C.).

Y, por supuesto, en ese ejercicio, como lo regula la Ley 1480 de 2011, *"para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza"*, es decir, cada pacto debe ser aprehendido para su estudio en conjunto y no de manera individual y separada. No llama a dudas que el análisis del texto del convenio destellará una perspectiva diversa si se aborda de manera parcial o fraccionada o si el mismo se examina en forma integral.

8. En el caso bajo estudio, como se recordará, la demandante, invocando la protección contractual del estatuto del consumidor, solicitó que se declare que el pacto ajustado con la demandada, relativo a la vinculación como beneficiarla de área al fideicomiso Massalia 126, contiene cláusulas que afectan el equilibrio contractual,

concretamente, dijo, los cánones décimo y décimo-quinto, rompieron esa relación de ecuanimidad, esto es, son abusivos.

9. Para empezar, cumple advertir que dichas estipulaciones, serán abordadas para su estudio, de manera simultánea, porque se sirven del mismo supuesto fáctico. La primera, reguló la terminación del contrato y dispuso que tal suceso tendría lugar:

i) *"al cumplimiento del término pactado para su expiración. También se produciría su terminación y, de manera anticipada, en los siguientes eventos:*

1. Por terminación del contrato del FIDEICOMISO.

2. Por haberse cumplido plenamente su objeto,

3 Por la disolución de la Entidad Fiduciaria.

4. Por las causales previstas en la ley.

5. Por común acuerdo entre las partes.

6. Por incumplimiento del beneficiario de área en la entrega de los aportes indicados en la página primera.

7. Por encontrarse el beneficiario de área incluido en las listas para el control de lavado de activos, administradas por cualquier autoridad nacional o extranjera, tales como la Oficina de Control de Activos en el Exterior (OFAC).

Por su parte, la décimo-quinta, se ocupó de la terminación del convenio; empero, en esta oportunidad, a instancia de uno de los contratantes. Las siguientes circunstancias hacen parte de esa numeración:

1. El beneficiario de área que incumpla alguna de sus obligaciones contractuales, caso en el cual Alianza podrá descontar directamente la suma referida, en la cláusula décima séptima siguiente de los recursos que el beneficiario de área haya, entregado al Fideicomiso.

2- El Beneficiario de área se encuentre en mora de más de 60 días en los aportes estipulados en la primera página de este documento, caso en el cual procederá la sanción en los mismos términos, valores y condiciones establecidos en el punto anterior. En este evento Alianza procederá a notificar por escrito al Fideicomitente-Gerente el hecho de la desvinculación del Beneficiario de área y el Fideicomitente Gerente tendrá plena potestad para decidir si reanuda o no el contrato,

3. El beneficio de área no entregue la información y documentación requerida por Alianza para el cumplimiento de la normatividad relacionada con el sistema de Administración de Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo SARLAFT, así como la inclusión del beneficiario de área en la lista de OFAC del gobierno de los Estados Unidos de América"

9.1 Pues, bien, la primera de las reglas cuestionadas (cláusula décima), sin lugar a dudas, de manera fácil y evidente, permite constatar que si bien reguló los eventos en los cuales el contrato podía darse por concluido, ninguna hipótesis se dejó establecida en favor del beneficiario. No hay, por ejemplo, un límite temporal que le permitiera a la adquirente de área definir cuándo la constructora incurriría en mora. Por ese mismo camino, se

hacía imposible, por ejemplo, causar la pena por incumplimiento.

9.1.1 Hay tal rompimiento de la proporcionalidad aneja a esta clase de negocios, que no se dejaron claros referentes temporales o modales atinentes al momento de obtenerse el punto de equilibrio, luego, el supuesto plazo para la entrega de las unidades privadas no tendría un dique o límite definido. No se podría definir a partir de qué momento se iniciaría el plazo para impulsar el proyecto y menos la data de su culminación. De ese modo, considera la Sala mayoritaria que dichas estipulaciones son el reflejo de un excesivo ejercicio de autonomía privada, pues estas sólo logran beneficiar al demandado de manera exorbitante, haciéndole nugatoria la posibilidad al adherente de alegar un incumplimiento por parte del Fideicomitente- Gerente.

Si bien, en el minuto 17:31 y siguientes del Cd obrante a folio 192 del cuaderno principal, Sonia Soto de Ramírez aseguró que firmó el contrato pero *"la letra pequeña no la leí"* porque *"firme en confianza de con quien estaba negociando"*, no resulta ser una circunstancia suficiente para dejar de lado el principio de buena fe contractual que, por mandato legal, rige los convenios y le exige al predisponente *"obrar con lealtad, corrección u honestidad, de manera que este debe obrar con objetividad en el momento de elaborar las reglas que impondrá al adherente, de modo de no privilegiar sus intereses individuales por encima de los intereses del adherente ni ir en detrimento de sus derechos; e igualmente exige que los derechos que ellos adquieran y las obligaciones que contraigan sean recíprocas y equivalentes entre sí"*, situación que no se evidenció en este asunto, pues el clausulado deja al descubierto que la sociedad demandada blindó su actuar ante una posible terminación unilateral a instancia de la demandante y ante cualquier inconformidad que la misma presentara.

Esos textos comportan una desigualdad de tal magnitud que arrasan con los contrapesos necesarios entre los derechos y obligaciones contraídas por las partes en la celebración y perfeccionamiento del contrato. La Sala mayoritaria no observa una razón legítima que permita justificar situación semejante, causada por el predisponente y que implica una terminación unilateral del contrato, únicamente en favor de la accionada.

9.1.2 A propósito del tema, como bien se sabe, en los contratos bilaterales las partes tienen, entre otras prerrogativas, la potestad de reclamar la resolución del convenio cuando una de ellas incumple sus compromisos (art. 1546 C.C.); sin embargo, en el presente asunto, tal garantía se desvaneció, precisamente, por el contenido que registran las cláusulas del contrato de beneficio de área'. En últimas, el contenido del pacto ajustado impidió a la demandante ejercitar una prerrogativa de orden legal.

En efecto, si la principal obligación a cargo del fideicomitente -gerente- del proyecto era la entrega del predio separado, en qué época podría decirse que la constructora incumplió o desatendió dicho compromiso? Y, por tanto, en qué momento podría la actora materializar la posibilidad de una eventual resolución.

El texto del pacto induce a creer que no hay límite en el tiempo para poder hacer exigible tal obligación de la accionada; no hay un referente temporal o condición

señalada para concluir que cumplido lo uno o lo otro, la demandada se colocó por fuera de los términos o condiciones del contrato. A la anterior conclusión se arriba analizando la siguiente documental:

i) en el folio 23 aparece un escrito indicativo del momento en el que la beneficiaria de área aceptó la oferta que la demandada le hiciera. Allí, expresamente, se dice que la fecha de entrega sería en el 2º semestre de dos mil catorce (2014), pero no fue una data cierta sino aproximada y, precisamente, esa circunstancia se invocó por la constructora para relevarse del incumplimiento atribuido.

ii) En el mismo documento se indicó (parte inferior), que: *'la fecha de entrega establecida es aproximada y puede cambiar de acuerdo con el cumplimiento del punto de equilibrio'*.

Luego, en definitiva, cuál era la fecha cierta y concreta para la entrega del bien y, por ello mismo, en qué momento podría la adora aseverar que su contratante incursionó en el incumplimiento de los compromisos asumidos.

iii) En folio 26, aparece constancia de un correo remitido a la demandante en el mes de enero de 2015, en donde se le informan algunas circunstancias anejas al proyecto y, en la parte final, se le indica: *'Estaremos siempre atentos para aclarar sus dudas y esperamos comunicarles las fechas exactas de escrituración y entrega'*

En otros términos, la fecha de entrega y escrituración del predio separado por la adora, obligaciones principales de la constructora, dependían de ella misma, no había límite en el tiempo.

Al respecto, no puede perderse de vista que el acreedor (demandante), por mandato legal, no puede exigir el cumplimiento de la obligación (a la deudora-constructora) si el plazo fijado o la condición establecida no se han vencido o cumplido (arts. 1553 y ss C.C.); empero, en el presente asunto, ese plazo o esa condición nunca podría validarse, sencillamente, porque no se establecieron.

iv) En el reverso del folio 54 (contrato cuestionado), aparece la cláusula tercera y en relación a la fecha de entrega y escrituración del predio, expresamente, se dijo:

"(...) La escritura pública mediante la cual se transfiera el derecho de dominio y la posesión a título de beneficio en fiducia mercantil, de la anidad inmobiliaria a la que se refiere este contrato, la cual se traspasará como cuerpo cierto, junio con (...) será otorgada (...) en la fecha y notaría que informe EL FIDEICOMITENTE-GERENTE a EL BENEFICIARIO DE ÁREA, de acuerdo con lo previsto en la primera hoja de este contrato (...)".

Sin embargo, esa primera hoja o página de las 13 que integran el mentado convenio, no indica, por ningún lado, ni bajo ninguna circunstancia, implícita o tácita siquiera, la fecha de la entrega y escrituración. Esa regla se repitió en la cláusula 4ª. Sin embargo, la remisión a la hoja No. 1 del contrato se tornó inane habida cuenta que dicha pieza no contiene fecha o condición para la entrega del predio.

9.1.3 Propicio resulta comentar que en tratándose de obligaciones eventualmente, potestativas, en cuanto que dependen de la voluntad del acreedor o deudor, la misma normatividad desde la adopción del Código Civil, las

excluye del convenio que las contenga (arts. 1534 y ss), lo que indica que, si en el presente asunto, la constructora era la única, como deudora, que determinaba el momento de la entrega o escrituración del área reservada, sin duda, con esa cláusula o texto predispuesto rompía el equilibrio contractual.

v) El mismo representante de la demandada, en el interrogatorio absuelto, fue explícito en decir que a la actora no se le indicó una fecha concreta de la entrega, entre otras razones, porque nadie aseguraba que el punto de equilibrio podría obtenerse.

9.1.4 Puestas las cosas en esa perspectiva, si las causales de terminación del contrato incluían el incumplimiento de uno de los contratantes y, esa circunstancia, como se vio, no podía estructurarse a cargo de la accionada, pues, no a otra conclusión, podría arribarse que el convenio nunca cesaría por causas atribuidas a la deudora. En otros términos, a partir del texto del pacto celebrado la constructora jamás entraría en mora y, por ende, la actora vería limitada la posibilidad de recriminarle esa conducta contractual y menos reivindicar sus derechos legales frente a esa particular situación.

En esa dirección, cuando el numeral 4º de la cláusula décima del contrato mencionado alude a que *"las causales previstas en la ley"*, también, conducen a la terminación del convenio, tal regla se torna en un solo enunciado; resulta ser un mecanismo que antes de viabilizar esa prerrogativa la trunca, pues el incumplimiento (art. 1546 *ib*), causa de la resolución o terminación, no podría invocarse con ese propósito en la medida en que no hay referentes que conduzcan, en un momento determinado, a declarar a la demandada incumplidora de sus obligaciones.

No sobra poner de relieve que ese evento sería el único en el que la demandante hubiese podido propiciar la terminación del contrato, empero, por lo analizado, resultar ser letra muerta.

9.2 Atinente a la cláusula décimo-quinta, también adolece del mismo vicio, es decir, se torna abusiva. Basta nada más mirar su enunciado para concluir tal aserto.

El convenio alude a la *'terminación unilateral anticipada'*. También, se dice que *'cualquiera de las partes'*, puede propiciar tal cesación. Sin embargo, cuando se describen los eventos en que podría darse esa hipótesis sólo se involucra al 'beneficiario de área', es decir, a la actora; su comportamiento contractual es el único referente señalado para concluir el negocio. De la constructora no hay mención alguna, lo que indica que finiquitar el pacto de manera unilateral y anticipada fue una potestad consagrada, únicamente, en favor de la convocada, o sea, una de las partes del convenio bilateral dejando entrever, de manera notoria, la desarmonía en el establecimiento de las obligaciones de los contratantes y, principalmente, de los derechos.

Sin duda, condiciones de ese talante describen un clausulado desproporcionado o desmedido; riñe con la ecuanimidad que debe gobernar esta clase de pactos.

10. Corolario de lo anterior surge, sin resistencia alguna, que la cláusula décima y décimo-quinta, deben ser declaradas abusivas y, por consiguiente, retiradas del texto del negocio denominado *'vinculación como*

beneficiario de área al fideicomiso Massalia 126; en definitiva, no son pautas que gobiernen el destino de los gestores del pacto.

Como consecuencia, las determinaciones adoptadas por la sociedad Constructores Asociados S.A.M. S.A.S., concernientes con la terminación del contrato y la imposición de la cláusula penal, instrucción emitida al vocero del fideicomiso, devienen carentes de soporte alguno tanto contractual como legalmente y, por lo mismo, deben restablecerse los derechos de la actora para el momento de hacerla destinataria de la sanción pecuniaria. Lo anterior implica que el contrato continuará vigente, en lo restante y a la demandante se le liberará de la pena impuesta, a su vez, los pagos efectuados se imputarán, directa y exclusivamente, como se había convenido, a la cuota inicial.

Desde luego, las anteriores conclusiones no pueden considerarse inútiles o invalidadas bajo el argumento expuesto por la demandada, en cuanto que el texto del contrato cuestionado fue revisado y autorizado por la autoridad que vigila las sociedades fiduciarias u otros organismos, pues, al margen de los procedimientos que la ley les tiene autorizado o signado a las mismas, la única verdad es que el control de la legalidad o no de un determinado acto o negocio jurídico, bajo las características del analizado, está reservado a los funcionarios judiciales o aquellos que ejercitan tales competencias. Es una facultad excluyente.

12. Atinente a las pretensiones relacionadas con la orden de recibir el saldo del precio, así como la orden para formalizar la escritura pública del bien, serán negadas en la medida en que, de un lado, su acogida involucraba la acreditación de algunas condiciones fijadas por las partes, de cuya legalidad no se cuestionó en este trámite, por tanto, sigue siendo ley del contrato, entre ellas, la demostración de la consecución del crédito para el pago de la totalidad del precio pactado; también, existen otras condiciones cuyo cumplimiento no logró demostrarse, vr. gr., el registro del reglamento del régimen de la copropiedad. En esa dirección, no es posible acoger esas súplicas. En consecuencia, el pronunciamiento favorable abarcará la ilicitud de las cláusulas décima y decimoquinta.

13. Dicho lo anterior surge evidente la revocatoria de la sentencia impugnada, lo que, a la par, impone la necesidad de elucidar las excepciones presentadas.

13.1 Al respecto debe decirse que, sin mayor resistencia, las defensas aducidas, denominadas "Falta de legitimación en causa por pasiva y activa, inexigibilidad de un plazo para la entrega del inmueble a 30 de agosto de 2014 y cláusulas abusivas", no están llamadas a prosperar y su desestimación esta apalancada en las motivaciones ya expuestas.

13.2 Referente a las excepciones descritas en los literales E, F y G (folio 104), -Ineptitud de la demanda, indebida acumulación de pretensiones y nulidad-, la Sala ningún pronunciamiento adicional hará al respecto, pues dichas inconformidades se habían resuelto de manera adversa y previa a que se proferiera sentencia de primer grado, mediante auto de veintiuno (21) de marzo de dos mil diecisiete (2017), el cual no fue objeto de ningún recurso por parte del interesado.

13.3 No sucede lo mismo frente a la excepción que la demandada denominó "Incumplimiento del contrato de beneficiario de área, aplicación de una previsión legítima contractual, y ejercicio de un derecho legítimo", fundada en que la demandante no canceló el número de pagos (19) constitutivos de la cuota inicial, pues dejó de acreditar las mensualidades de mayo, junio, julio y agosto de 2014.

Sin duda, a la constructora la asiste razón, pues, como la propia demandante lo señaló, cierto fue que se sustrajo de acreditar el pago de esas mesadas y, la única explicación brindada para ello, no válida por supuesto, fue que la demandada no había acreditado el desarrollo del proyecto en forma tal que asegurara su entrega en agosto de 2014.

Ese argumento, al margen de su justificación, no resultaba acorde con los parámetros de la negociación, pues no existe regla o canon que habiéndose concertado por las partes, autorizara a la adora sustraerse del pago de las 19 cuotas, cuyo cubrimiento debía realizar entre enero de 2013 y agosto de 2014, por tanto, tal situación responde a una determinación unilateral de la accionante y sin respaldo legal o contractual para ello, lo que estructura el incumplimiento denunciado.

No empece tal inferencia, su acogida en manera alguna desvirtúa las conclusiones del Tribunal concernientes con las cláusulas abusivas, tampoco habilitará la imposición de la sanción económica, a título de pena por incumplimiento, puntualmente en lo que hace al pago de las cuotas pendientes para completar la inicial, habida cuenta que a voces de la cláusula No. 17, del contrato de separación de área, su aplicación fue condicionada al incumplimiento de las obligaciones 'recíprocas', que las partes concertaron, sin embargo, como acaba de verse, en rigor, a cargo de la demandada no existían tiempos dentro de los cuales debía cumplir los compromisos asumidos, circunstancia que, como fue advertido, impedía fijar un límite temporal en procura de establecer el momento en que incurría en mora. Bajo esa perspectiva, si dicha parte nunca estaría en mora, a su vez, su co-contratante, tampoco lo estaría.

No puede olvidarse que, en lo que hace al acatamiento de compromisos derivados de una relación contractual, una es la circunstancia que involucra el incumplimiento y otra la mora. Esta última, en estrictez, define la sanción punitiva y, en el caso de autos, iterase, al no estar en mora la demandada, por las condiciones señaladas en párrafos anteriores, tampoco lo estaría la demandante, luego la sanción pecuniaria no tendría lugar (artículos 1608, 1609 y 1595 y ss del C.C.).

14. No sobra advertir, como un aspecto complementario, que el contrato continúa vigente en aquellos aspectos que lo fueron sometidos a consideración de esta Corporación, lo que implica que las partes deben concurrir a ajustar los términos de dicha relación a propósito de su cumplimiento o resolución, según, a bien lo tenga.

SALVAMENTO DE VOTO DRA. LIANA AIDA LIZARAZO VACA

Muy respetuosamente salvo el voto en la decisión de la mayoría por las siguientes razones:

1. Considero que en el caso concreto no podía proferirse sentencia de fondo por falta de integración del

litisconsorcio necesario y lo que procedía era declarar la nulidad de la sentencia de primera instancia.

En efecto, la discusión planteada por los litigantes hace relación a unas cláusulas contenidas en el contrato de vinculación de área, contrato en el que participan además de la demandante y el demandado, la sociedad Fiduciaria Alianza quien no ha sido parte en el litigio.

El contrato de vinculación por beneficio de área es un contrato de fiducia mercantil por medio del cual el beneficiario de área se vincula a un fideicomiso inmobiliario con la finalidad de que la fiduciaria administradora del fideicomiso le transfiera el derecho de dominio por medio de escritura pública quedando obligado el fideicomitente a hacer la entrega material de la unidad inmobiliaria conforme a las características pactadas en el contrato. Así son partes, la compañía fiduciaria, el fideicomitente y el beneficiario de área. A la vez se encarga del recaudo de los aportes del beneficiario de área al fideicomiso. El fideicomitente es la constructora o promotora del proyecto inmobiliario quien se compromete con una obligación de hacer: la entrega material del área al beneficiario. El beneficiario de área quien es la persona que se vincula al proyecto a través del aporte que hace al fideicomiso a fin de que a la terminación del proyecto inmobiliario se le entregue materialmente el bien y se le transfiera el derecho real de dominio se trata entonces de un contrato multilateral en el que concurren tres partes y las prestaciones de todos los sujetos involucrados están enderezadas a la obtención de un propósito común. CSJ, 2011.las cosas, indispensable, para la definición del caso debatido que se hubiera vinculado a la fiduciaria, hecho que no ocurrió y genera la falta de integración del litisconsorcio necesario, lo que conduce a la nulidad de la sentencia de primera instancia tal y como lo dispone el art. 134 del CGP.

Lo anterior porque como lo señala el artículo 61 del CGP cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, todas esas personas deben estar vinculadas al juicio antes de que se profiera la sentencia de primer grado.

En el caso concreto, no puede afirmarse la existencia de cláusulas abusivas de un contrato en el que no fue citado uno de sus participantes.

Es más, no puedo afirmarse que como la demanda se inadmitió porque la Superintendencia consideró que no era competente para conocer la acción frente a la sociedad fiduciaria inicialmente demandada y que como en la audiencia de fijación del litigio nada se discutió sobre el particular el aspecto quedaba saneado y le permitía al a-quo y al superior el estudio de fondo del proceso, porque resolver sobre el contrato sin la presencia de una de sus partes conlleva una violación a su derecho fundamental al debido proceso de quien no fuera citado, derecho que la Sala debió proteger declarando la nulidad de la sentencia de primera instancia.

Y más aún si la Superintendencia de Industria y Comercio no se consideraba competente para asumir el juicio, fue equivocada su decisión de inadmitir la demanda para que

el actor desistiera de su pretensión contra la Fiduciaria lo que en mi opinión ocurrió en desmedro de la garantía de los derechos de esta sociedad; pues lo que debió hacer el a-quo dada la naturaleza del proceso y la necesidad de vincular a la fiduciaria fue enviar el proceso a los jueces civiles del circuito para que esta jurisdicción conociera del asunto sin la limitación que puso de presente en el auto inadmisorio.

Adicionalmente a lo anterior la Sala da la orden a la constructora de revocar la instrucción dada a la Fiduciaria de terminación unilateral del contrato, de donde claramente se deduce que quien dio por terminado el contrato a la demandante por incumplimiento contractual y quien aplicó la sanción pecuniaria fue la fiduciaria y en consecuencia no queda la menor duda que debió ser citada a juicio. Y es que de la lectura de la cláusula décima quinta que la mayoría declara como abusiva se desofende que es la Fiduciaria la que puede descontar la suma referida en la cláusula Décima Séptima de los recursos que el beneficiario del área haya entregado al fideicomiso y que la terminación unilateral anticipada procede cuando el beneficiario del área se encuentre en mora de más de 60 días en los aportes, caso en el cual procede la sanción estando la fiduciaria compelida a notificar al fideicomitente el hecho de la desvinculación del beneficiario de área.

2. Por otra parte, tampoco encuentro la existencia de cláusulas abusivas en el contrato en mención.

2.1 En primer lugar, porque tipo de contratos son previamente avalados por la Superintendencia.

En efecto, la circular básica 029 de 2014 señala que la Superintendencia Financiera y la Secretaría del Hábitat tiene la función de evaluar los tipos o modelos de contratos que se pretendan utilizar en el desarrollo de la actividad fiduciaria así como sus modificaciones o adiciones, siempre que estas constituyan contratos de adhesión o se utilicen para la prestación masiva de servicios. Como lo señala la circular: “Dicha revisión tiene por objeto procurar la protección de los derechos de los usuarios de los servicios fiduciarios, en orden a velar porque las condiciones generales de los contratos se ajusten a las disposiciones legales, así como evitar que estén provistos de cláusulas abusivas que pueden afectar sus intereses”.

Quiere lo anterior decir que el contrato concertado entre las partes debió ser revisado por la superintendencia financiera, precisamente con miras a evitar la inclusión en los mismos de cláusulas abusivas.

Por otra parte, si bien quien determina finalmente la existencia o no de cláusulas abusivas es el juez, lo cierto es que en este caso concreto no se estructuró su existencia ni el desequilibrio contractual que reconoce la mayoría.

2.2 Me aparto de la afirmación de la mayoría, en el sentido de que la cláusula décima es abusiva, dado que en tal disposición se señalan diversas causas de terminación contractual, entre otras por terminación del contrato de fideicomiso, por disolución de la entidad fiduciaria, por común acuerdo entre las partes, por las causas previstas en la ley, etc, ; sin que el hecho de que se incluya que el contrato termina entre otros motivos por incumplimiento

del beneficiario de área en la entrega de los aportes sea un abuso en contra del consumidor.

Efectivamente, los contratos terminan por diversas causas, y no hay discusión alguna de que cuando uno de los contratantes incumple sus obligaciones y específicamente como en el caso concreto el pago de los aportes por parte del beneficiario de área, tal acto es causal de terminación del contrato.

Por otro lado, sostiene la mayoría que la cláusula décimo quinta es abusiva porque permite la terminación anticipada del convenio solamente a instancias de uno de los contratantes, aspecto del que me aparto dado que ciertas legislaciones, como el código de comercio autorizan en ciertos casos la terminación automática del contrato en caso de incumplimiento en el pago, como ocurre por ejemplo en el contrato de seguro por mora en el pago de la prima (art. 1068 C. de Co).

Así, si en ciertas legislaciones se produce la terminación automática del contrato por mora en el pago, no encuentro abusividad en el hecho de que en ciertos contratos se pacte la posibilidad de la terminación unilateral anticipada por la misma razón.

2.3 Para la Sala la abusividad de las cláusulas décima y décimo quinta está dada porque no se pactaron obligaciones correlativas para las otras partes contratantes, concretamente que no hay reciprocidad en las obligaciones, adquiridas por el beneficiario de área frente a las de los otros contratantes tal y como se desprende de la cláusula décima en la que se permite la terminación del contrato por incumplimiento del beneficiario, pero nada se dice respecto del incumplimiento de la constructora del proyecto; sin embargo, pasa por alto la mayoría que la constructora sí adquiere obligaciones en este tipo de negocios y que su incumplimiento da lugar, aunque así no esté pactado, a las

acciones consagradas en la ley. Sus obligaciones son: adelantar todas las acciones consignadas en el contrato constitutivo del negocio fiduciario celebrado con la compañía fiduciaria y frente al beneficiario la entrega real y material del bien una vez éste haya cumplido las condiciones convenidas en el contrato. Esto significa, que la obligación de entrega solo se hace exigible una vez el beneficiario haya cumplido con sus obligaciones contractuales y en especial el pago de los aportes.

Como se acepta en la providencia la beneficiaria de área no cumplió con su obligación de pagar los aportes, luego, no nació para la constructora la obligación de entregar el bien, obligación que en mi opinión no requiere el pacto de una fecha precisa porque se trata de una obligación sujeta a condición.

2.4. El hecho de que no se haya señalado plazo para la entrega del bien por parte de la constructora no puede ser razón válida para sostener la abusividad de las cláusulas mencionadas. Lo anterior, porque este tipo de contratos precisamente son un nuevo modelo contractual en el que la firma de la escritura y la fecha de entrega del inmueble se concretan una vez se cumplan las condiciones establecidas en el contrato de fiducia mercantil. Así quedó establecido en el contrato de vinculación y fue aceptado por la beneficiaria de área. Pretender que debe señalarse una fecha cierta para la entrega del inmueble y que el no pactarla configura abusividad contractual es desconocer que este tipo de negocios difiere de otros modelos contractuales y que se trata de un contrato accesorio que requiere de la existencia de un contrato principal del cual depende, que es el contrato de fiducia mercantil.

2.5 Finalmente si la mayoría considera que no hay reciprocidad en las obligaciones convenidas, entonces la conclusión es que es el contrato en su totalidad abusivo y si ello es así, vuelvo e insisto, debió citarse a la Fiduciaria quien fue parte en la relación negocial.

PENSIÓN DE INVALIDEZ – PRINCIPIO CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

M.P. DR. RAFAEL MORENO VARGAS.
RADICADO [008-2016-00534-01](#)

ASPECTO FÁCTICO

La señora **EMPERATRIZ ALEJANDRINA MAFLA ARIAS** pretende que se condene a la entidad demandada a reconocerle y pagarle la pensión de invalidez a partir del 17 de septiembre de 2003, fecha de estructuración de su invalidez, intereses moratorios y costas.

Como fundamento de las pretensiones, en síntesis afirmó que la entidad demandada le determinó una pérdida de capacidad laboral del 66.88%, con fecha de estructuración el 17 de septiembre de 2003, de origen común. En razón a lo anterior solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez, pero la accionada la negó a través de la Resolución GNR 411209 del 20 de diciembre de 2014. En virtud de la negativa el 11 de mayo de 2016 solicitó nuevamente el reconocimiento de la prestación, solicitando la revocatoria directa del anterior acto administrativo, pero fue negada nuevamente por no cumplir los requisitos de la Ley 860 de 2003, así como

tampoco los de la Ley 100 de 1993, disposición legal que la analizó en virtud del principio de la condición más beneficiosa. Manifiesta no estar de acuerdo con dicha definición en sede administrativa, por considerar que tenía un derecho adquirido en virtud del Acuerdo 049 de 1990, por contar con más de 300 semanas a la vigencia de la Ley 100 de 1993, advirtiendo que para la época de estructuración de la invalidez no estaba vigente la Ley 860 de 2003, y si bien en su momento el tema de la invalidez fue regulado por la Ley 797 de 2003 en su artículo 11, éste fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C – 1056 de noviembre 2003 por existir vicios de forma en su creación, por lo que debe ser aplicada la excepción de inconstitucionalidad (fls. 2 a 13).

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación, establecer en primera medida cuál es la

norma que resulta aplicable para el estudio de la pensión de invalidez de la demandante, de conformidad con la fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral. Definido lo anterior, se estudiará cuáles normas le resultan aplicables y qué otra puede ser aplicada en virtud del principio de la condición más beneficiosa, analizando si cumple los requisitos exigidos para acceder a la pensión de invalidez de origen común.

ANÁLISIS DE LA SALA

Es un hecho probado que la entidad accionada determinó a la demandante una pérdida de capacidad laboral (PCL) del 66.88%, con fecha de estructuración el 17 de septiembre de 2003, según dictamen rendido el 12 de septiembre de 2013 (fls. 21 a 24), por lo que se demuestra su condición de inválida desde el 17 de septiembre de 2003 en los términos del artículo 38 de la Ley 100 de 1993.

Definido lo anterior, en principio concluye la Sala que la norma que le resultaba aplicable era la contenida en el artículo 11 de la Ley 797 del 29 de enero de 2003, norma vigente para la fecha de la estructuración de la invalidez. Sin embargo, tal como lo indicó el recurrente y lo explicó en forma clara en su libelo introductorio, lo que pretende es que no puede llegar a ser considerada como vigente dicha norma por el juez ordinario laboral, pues ésta fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C – 1056 del 11 de noviembre de 2003 por vicios de forma en su creación, por lo que considera que debe ser inaplicada por excepción de inconstitucionalidad y determinarse como norma aplicable la Ley 100 de 1993 en su versión original.

Con base en lo explicado, la H. Corte Constitucional en el análisis particular del estudio de constitucionalidad del artículo 11 de la Ley 797 de 2003, determinó que éste no fue incluido en la ponencia para segundo debate en el Senado, así como tampoco fue aprobado en el Senado de la República, adicional a ello determinó que el artículo fue introducido con el rotulo de “*artículo nuevo*”, irregularidades que la llevaron a concluir que en su expedición, junto con otros artículos, no se cumplió con el principio de consecutividad en la aprobación de las leyes, aspecto que no puede quedar al arbitrio de los miembros del congreso, además reprochó la inclusión de la norma bajo el rotulo antes señalado, pues la norma no tenía nada de novedoso y por el contrario fue presentada en las comisiones, pero no fue votado por ninguna de ellas. Vicios de forma que dieron lugar a declarar inexecutable el artículo 11 de la Ley 797 de 2003.

Del resumen expuesto se evidencia que la inconstitucionalidad de la norma se derivó de vicios formales, es decir el artículo 11 de la Ley 797 de 2003 no llegó a existir en cuanto y en tanto no fue producto de los trámites y procedimientos fijados por la Constitución Nacional, es decir se evidenció un desbordamiento o extralimitación de poder en el ejercicio legislativo en la expedición de la norma, argumento que lleva implícito el reconocimiento del quebrantamiento de la norma superior, lo que impide asignarle validez, pues en caso de aceptarlo se estaría permitiendo la violación de las disposiciones constitucionales que regulan la expedición de las normas jurídicas y se estaría avalando el actuar arbitrario por parte del poder legislativo, situación que a

todas luces es contrario a los principios democráticos que rigen el Estado Social de Derecho.

De lo anterior se concluye que la tesis de la parte actora resulta admisible, pues no puede consentirse la interpretación de la vigencia parcial de una norma, que incumplió todo el trámite constitucional para su expedición, hacerlo violaría los principios democráticos que inspiran la norma constitucional, tal como ya con criterio de autoridad fue definido por la H. Corte Constitucional, de lo que surge la clara violación a la constitución en la expedición de la norma, por lo que resulta inconstitucional en los términos del artículo 4º de la Constitución Nacional, y en tal sentido para todos los efectos legales de la presente definición, se inaplicará el artículo 11 de la Ley 797 de 2003, pues reitera la Sala no puede asignársele una vigencia temporal cuando resulta clara la violación constitucional.

En gracia de discusión, de no aceptarse la argumentación de raigambre constitucional de conformidad con el artículo 48 del CPT y SS, antes realizada en el sentido de inaplicar la Ley 797 de 2003, considera la Sala que también resultaba aplicable el principio de la condición más beneficiosa, por la potísima razón de que para la fecha de la estructuración de la invalidez, esto es el 17 de septiembre de 2003, ni siquiera había la forma de demostrar las 50 semanas en los tres años anteriores a la invalidez, ello por cuanto del 29 de enero de 2003, fecha de su expedición, a la fecha de estructuración (septiembre 17 de 2003) era un imposible real y material su acumulación por el simple conteo cronológico como para acreditar ese número de cotizaciones (50), ni siquiera aun contando el tiempo transcurrido entre la eventual vigencia de la norma (29 de enero de 2003) y la fecha de la sentencia de la Corte Constitucional que la declaró inexecutable (11 de noviembre de 2003), por lo que para éste caso en particular resultaba no solo viable jurídicamente sino también evidente la imperiosa necesidad de estudiar la aplicación normativa en el tránsito legislativo que operó entre el Acuerdo 049 de 1990 y la Ley 100 de 1993, pues no podía proscríbírsele tal posibilidad a la demandante cuando la norma nueva no había producido en la realidad material ni produjo en virtud de la sentencia de inexecutable efecto alguno en el régimen legal de la prestación por invalidez por la elemental razón de que no había transcurrido el tiempo suficiente para acreditar las semanas de cotización exigidas en uno u otro contexto temporo-espacial.

En ese orden de ideas, considera la Sala que la norma para la fecha en que se produjo el estado de invalidez, el 17 de septiembre de 2003 lo era la Ley 100 de 1993, en su versión original, disposición legal en virtud de la cual se analizará el reconocimiento pensional.

Al efecto, conforme a lo adocinado al ser la norma aplicable para el actor la Ley 100 de 1993 en su versión original, la norma inmediatamente anterior que le resultaba aplicable es el Acuerdo 049 de 1990, tránsito legislativo que como lo ha explicado la H. Sala Laboral de la CSJ, citando a modo de ejemplo la sentencia proferida el 13 de abril de 2010 radicada al No. 37024, en la que determinó que en éste caso, para entenderse como un derecho adquirido o una expectativa legítima, la persona debe demostrar acreditado más de 300 semanas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, pues éste era

uno de los requisitos exigidos por el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990, para obtener la pensión de invalidez, que justamente es el requisito que manifiesta la actora cumplió en el presente proceso, aspecto que pasa a estudiarse.

Efectivamente se demostró con el resumen de semanas expedido por la entidad demandada, que la actora acreditó un total de 488.29 semanas por el periodo comprendido entre el 1° de febrero de 1973 al 28 de febrero de 1995, de las cuales 435.41 fueron cotizadas con anterioridad a la Ley 100 de 1993, de lo que se colige que se cumple el requisito contemplado en la citada disposición legal, por lo que se concluye, sin equívoco alguno, que sí cumplió los requisitos para acceder a la pensión de invalidez en los términos del artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990.

Así las cosas, considera la Sala que resulta procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la que se

reconocerá a partir del 17 de septiembre de 2003, fecha de la estructuración de la invalidez, conforme lo establece el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, en cuantía equivalente a 1 S.M.L.M.V., pues fue sobre dicha cifra que se realizaron las cotizaciones al sistema general de pensiones. Además se advierte que por causarse la prestación a partir del 17 de septiembre de 2003, conservó su derecho al reconocimiento de la mesada catorce.

En relación con los intereses moratorios, se advierte que ésta pretensión será negada en razón a que la entidad para negar en su momento el reconocimiento prestacional lo hizo fundada en razones estrictamente legales, constituyéndose en una causal objetiva que permite exonerarla de su aplicación, conforme lo ha considerado la H. Sala Laboral de la CSJ en la sentencia SL 787 de 2013, razón por la que se absolverá a la entidad, pero en su lugar se ordena el pago indexado del retroactivo pensional a la fecha de su pago efectivo.

TERMINACIÓN CONTRATO DE TRABAJO – PRINCIPIO DE INMEDIATEZ
MP DR EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
RADICADO 04201501007 01

ASPECTO FÁCTICO

El señor **JHON JAIRO ANDRES MAHECHA RODRIGUEZ** promovió demanda ordinaria laboral en contra de la **TAU METALMECANICA S.A.S**, para que mediante sentencia judicial se declare y condene a la entidad: a declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 12 de junio de 2012 al 19 de febrero de 2015, cuando el empleador terminó de manera unilateral y sin justa causa el contrato; declarar ineficaz el despido y condenar al demandado al pago de los salarios, prestaciones sociales, intereses corrientes y los aportes a seguridad social desde el 19 de febrero de 2015 hasta el efectivo reintegro; a la reinstalación sin solución de continuidad por ser ineficaz el despido y se mantenga su estabilidad laboral. Subsidiariamente: al pago de la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización correspondientes a 180 días de salario a título de sanción por el despido del demandante, al pago de cualquier prestación, indemnización o salario, distinto de los pedidos, lo que resulte probado ultra y extra petita; además del pago de las costas y agencias en derecho (FL 131 y 132).

Respalda el *petitum* en los hechos visibles a folios 132 a 134 del expediente, que en síntesis advierten que el señor **JHON JAIRO ANDRES MAHECHA RODRIGUEZ** que ingresó a laborar al servicio de la demandada el 12 de junio de 2012 mediante contrato de trabajo a término indefinido en el cargo de Operario de Planta; el 11 de septiembre de 2014 en desarrollo de sus labores habituales y en las instalaciones de la empresa sufrió un accidente laboral, suceso que el empleador reportó a la **ARL LIBERTY** mediante informe de accidente de trabajo número 492575, a causa del accidente el demandante sufrió amputación de falange derecho; estuvo incapacitado del 11 de septiembre de 2014 al 15 de enero de 2015; el 29 de octubre de 2014 fue llamado a descargos por supuesta negligencia y colocar en peligro la seguridad

de las personas o de las cosas e incumplimiento del Reglamento Interno de Trabajo; el 19 de febrero de 2015 le comunicaron la terminación unilateral el contrato de trabajo, aduciendo como justa causa los hechos que se produjeron en el accidente laboral.

PROBLEMA JURÍDICO

Acorde a los lineamientos trazados por el artículo 66A del C.P.T y la S.S, procede esta sala a analizar si el demandante fue despedido sin justa causa al no existir inmediatez entre la ocurrencia de los hechos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo y la decisión de despedir al trabajador.

ANÁLISIS DE LA SALA

Según el principio de la carga probatoria, corresponde al trabajador acreditar el despido y al empleador demandado por la terminación injusta del contrato, probar la justa causa para darlo por terminado, lo que se acompasa con el principio de la carga de la prueba previsto en el artículo 167 del C.G.P conforme al cual corresponde a las partes acreditar los supuestos de facto en los cuales recaen los efectos jurídicos que persiguen.

Así las cosas, la discusión se centra en establecer si la encartada no cumplió con el principio de inmediatez al haber decidido terminar el contrato de trabajo 5 meses después a la ocurrencia o conocimiento del hecho.

De lo hasta aquí expuesto para esta Sala de Decisión el actuar de la encartada no fue contrario al principio de inmediatez, pues si bien desde el acaecimiento del hecho hasta la terminación del contrato transcurrieron más de 5 meses, ello fue debido a que el promotor se encontraba en un tratamiento médico en virtud del cual paso por diversas incapacidades y citas médicas, siendo la última el 15 de enero de 2015 en la cual se estableció como plan médico a seguir: “*puede trabajar con recomendaciones, seguir*

con terapias, cremas igual, control médico”, luego es lógico que el demandante siempre estuvo en un tratamiento clínico y que la pasiva en calidad de empleadora acusando a su deber de protección y cuidado para con el trabajador conforme lo indica el artículo 56 del C.S.T, no concibió oportuno realizar el despido, hasta tanto el trabajador superara el quebranto de salud que le aquejaba. Pues de hecho, si lo hubiere despedido estando en el curso del mismo, vía tutela habría podido ser reintegrado por en encontrarse en una situación de debilidad manifiesta, con sujeción al criterio jurisprudencial que sobre el particular ha mantenido la Corte Constitucional en diversas providencias como la T

-141 de 2016. Corolario del cual se colige que las acciones de la pasiva lo único que demuestran es que actuó con sensatez, diligencia y cuidado, en pro de garantizar el bienestar y salud del demandante, por tanto al estar justificado el despido no hay lugar a fulminar la condena al pago de la indemnización por despido injusto.

Derroteros con arreglo a los cuales la Sala revocara la sentencia impugnada para en su lugar absolver a la enjuiciada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

PENSIÓN DE INVALIDEZ – PRINCIPIO CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA EN EL TRANSITO LEGISLATIVO.

MP. DR CARLOS MARIO GIRALDO BOTERO
RADICACIÓN No 1100131050 32 2016 0294 01

ASPECTO FÁCTICO

JOSÉ ANTONIO DEAZA VELÁSQUEZ a COLPENSIONES para que se le condene reconocer y pagar pensión de invalidez, indexación e intereses sobre las mesadas adeudadas, lo extra y ultra petita, y las costas del proceso.

que nació el 30 de abril de 1956, cotizó al Instituto de Seguros Sociales (ISS) desde 1972 logrando 1273 semanas, fue calificado el 1 de abril de 2013 por el Departamento de Atención al Pensionado del ISS con una pérdida de la capacidad laboral (PCL) del 52,5% de origen común, estructurada el 1 de febrero de 2007, que ha cotizado más de 500 semanas, sumando al 21 de febrero de 2014 un total de 1.268, que al 1 de abril de 1994, que entra en vigencia la L. 100/1993, tenía más de 22 años de servicios laborados, motivo por el cual se encuentra cobijado por el régimen de transición en materia de pensión de vejez, que el 22 de octubre de 2013 solicitó a COLPENSIONES la pensión de invalidez, la cual fue negada mediante Resolución GNR 49347 del 21 de febrero de 2014, por no tener cotizadas en los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez 50 semanas al sistema.

PROBLEMA JURÍDICO

Sin que se advierta causal alguna que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se deberá definir si al demandante le asiste el derecho a que se le reconozca la pensión de invalidez por tener reunido el requisito de la densidad mínima de semanas para acceder a la pensión de vejez a la luz del D. 758/1990, faltando el presupuesto de la edad, para cuando se estructuró la invalidez, cuál la normativa que rige la prestación, y de cumplir con los requisitos para ello, a partir de cuándo procede su reconocimiento.

ANÁLISIS FÁCTICO

De conformidad con lo expuesto en el recurso de apelación y teniendo en cuenta el escrito de demanda, se denota que este pretende que se reconozca la pensión de invalidez, por cuanto tiene en su haber la densidad mínima exigida para acceder a la pensión de vejez en aplicación

al régimen de transición, art. 12 del D. 758/1990, y teniendo en cuenta el verdadero momento de estructuración de la invalidez.

Para dilucidar lo anterior, se tiene que de acuerdo al dictamen sobre pérdida de la capacidad laboral de folio 37 a 39, la fecha de estructuración de la PCL, se fijó en el 1 de febrero de 2007, aunque ciertamente como lo refiere el recurrente, la enfermedad que le fuera diagnosticada y que generó su invalidez -trastorno psicótico severo no especificado-, acorde con lo plasmado en dicho experticio y en la historia clínica que reposa a folios 30 a 32, se estableció el 21 de enero de 2004, por lo que atendiendo la jurisprudencia y la doctrina, si bien es cierto es admisible por el juez modificar la fecha de estructuración, con fundamento en elementos probatorios que así lo demuestran, tal como se ha precisado por la SL CSJ en sentencias como la radicado 29622 del 19 de octubre de 2006, SL 1193 del 2015, y SL 16374 del 2015, entre otras, razón le asistió al Juez de instancia, al señalar que la normativa que rige el caso lo es art. 1 de la L. 860/2003, pues es la norma vigente a la fecha de estructuración del estado de invalidez, tal como se precisará por la SL CSJ en sentencia SL 16886 y SL 777 de 2015.

L. 860/2003 la cual modificó el art. 39 de la L. 100/1993, el que en su tenor literal estableció como requisitos para obtener la pensión de invalidez, fuera de una PCL igual o superior al 50%, tener 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez o 25 en igual interregno cuando quiera que el asegurado tuviese en su haber cotizado al sistema un mínimo del 75% de las semanas requeridas para estructurar el derecho pensional.

Presupuesto que en principio no se acredita cumplió el accionante, toda vez que para la fecha de la estructuración de la PCL, bien fuera para el 21 de enero de 2004 o el 1 de febrero de 2007, el señor JOSÉ ANTONIO DEAZA VELÁSQUEZ, según se observa de la historia laboral aportada a folios 23, y 67 a 68 del expediente, no tiene semanas cotizaciones en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración, ya que dejó de cotizar el 31 de julio de 2000, no demostrando tener las 50 o 25 semanas exigidas por aquel dispositivo, no obstante que acredita tener 1.277,92 semanas para entonces.

Ahora, descartada la posibilidad de obtener la pensión de invalidez con base en la L. 860 de 2003, esta Sala estudiará, tal como lo hizo el *a quo*, el asunto de cara al principio de la **condición más beneficiosa**, descartando de plano que no es procedente el estudio de la prerrogativa a la luz de lo establecido en el D. 758/1990 que aprobó el Ac. 049 de tal anualidad, pues el principio de condición más beneficiosa o favorabilidad, no implica que pueda estudiarse el cumplimiento de requisitos que cualquier norma pretérita haya determinado en el pasado, sino de la regulación inmediatamente anterior.

Entonces, el art. 39 de la L. 100/93, en su versión original, establecía que tendría derecho a la pensión de invalidez el afiliado que se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos 26 semanas en cualquier tiempo al momento de producirse el estado de invalidez, o si dejó de cotizar, aquel que hubiera efectuado aportes durante por lo menos veintiséis 26 semanas en el año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

Es así como la SL CSJ, dispuso las siguientes reglas, en punto de aplicar el principio de la condición más beneficiosa cuando se trata del tránsito legislativo entre las L. 100/1993 y la L. 860/2003(...)

Establecido lo anterior, se puede concluir que en el presente caso no se dan los presupuestos para dar aplicación a dicha institución, pues los presupuestos para obtener la pensión (PCL y semanas) debían concretarse entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006, y en el presente caso, la fecha de estructuración de la invalidez lo fue, o bien el 21 de enero de 2004 o el 1 de febrero de 2007, y por tanto, la pensión debía sujetarse estrictamente a los postulados de la L. 860/2003, que como ya se vio, no cumplió con el requisito de semanas allí exigidos, dado que la última cotización fue en julio de 2000, sin que se configuren los requisitos legales bajo este precepto.

Sin embargo, debe precisarse que, respecto de lo señalado en el parágrafo 2° del art. 1 de la L. 860/1990, que indica que *“cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años”*, la SL CSJ determinó que, cuando quiera que en eventos especiales como el presente, se torna procedente in-aplicar el requisito exigido de las 25 semanas dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez del afiliado, cuando quiera que ha cumplido en forma más que suficiente con las semanas de cotización necesarias para acceder a la pensión de vejez.

Lo anterior, por cuanto en casos como el presente demandan una solución cimentada en una interpretación y aplicación sistemática de las normas y en el espíritu de las mismas, consultando los principios de equidad y proporcionalidad, que desarrollan así mismo los de la eficiencia, la integralidad, la universalidad, y la solidaridad, que inspiran el sistema integral de la seguridad social, máxime cuando contrario a lo que acontece con la cobertura de la contingencia de la muerte del afiliado, si se previó esta circunstancia, en el art. 12 de la L. 789/2003, es determinar que, teniendo el causante

estructurada la densidad de semanas para acceder a la pensión de vejez, pero no habiendo cumplido la edad, sus causahabientes si les asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes, sin que acredite haber cotizado las 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la muerte.

Luego, es claro que tanto en aquella situación como en el evento de la invalidez, es el trabajador ya ha financiado suficientemente el sistema para acceder a cualquiera de las contingencias que éste regula, y es por ello que ninguna afectación representa el reconocimiento del derecho en estos casos de la pensión de invalidez, el principio de la sostenibilidad financiera, el hecho que no sea necesario verificar el presupuesto de las 25 semanas dentro de los últimos tres años anteriores a la estructuración de la invalidez.

Por consiguiente, al verificarse de la historia laboral que, el señor JOSÉ ANTONIO DEAZA VELÁSQUEZ, para el 1 de abril de 1994 tenía en su haber 1.277,92 semanas, que rebasan con creces los 15 años de cotizaciones al sistema, lo cual le hace acreedor al régimen de transición previsto por el art. 36 de la L. 100/1993, y por tanto beneficiario que el derecho a la pensión de vejez en cuanto a la edad, densidad de semanas cotizadas y monto, fuera reconocido al amparo del art. 12 del D. 758/1990, que exige frente a los hombres, cumplir 60 años de edad, y 500 semanas de cotización en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o 1000 en cualquier tiempo.

Y, así mismo se acredita que, para la entrada en vigencia del A.L 01/2005, tenía en su haber más de 750 semanas, ya que contaba con 1.277,92, es claro que, para el momento de la estructuración de su invalidez, 1 de febrero de 2007, este ya contaba con el número de semanas suficientes para acceder a la pensión de vejez, restando por cumplir con el presupuesto de la edad.

Por consiguiente se estima por la Sala que, en el presente evento al igual que el resuelto por la SL CSJ en la providencia ampliamente analizada, se cumplen los presupuestos especiales para reconocer la pensión de invalidez al demandante, a la luz del parágrafo 2° del art. 1 de la L. 860/2003, pero sin que se exija para este evento las 25 semanas que precisa la ley, dadas las especiales condiciones en que se encuentra al afiliado.

Frente a la prescripción. Se tiene establecido que, dicho fenómeno jurídico consiste en la extinción del derecho por el no ejercicio de la acción dentro del término establecido por la ley, el cual en materia laboral, por regla general, es de tres años contados a partir del momento en que se consolida o hace exigible el derecho, según lo establecido por el art. 488 del CST y el 151 del CPTSS.

En consecuencia, al verificarse que el derecho pensional se estructuró el 1 de febrero de 2007, (fls 38 a 39), se elevó reclamación administrativa el 22 de octubre de 2013 (fls 41), y se presentó la demanda el 15 de junio de 2016, es evidente que las mesadas pensionales causadas con antelación al 22 de octubre de 2010, se encuentran afectadas por el fenómeno extintivo de la prescripción.

Por tanto, se REVOCARA la sentencia de primera instancia, por hasta lo aquí expuesto.

PENSIÓN RESTRINGIDA DE JUBILACIÓN
MP. DRA MARÍA DORIAN ÁLVAREZ
RAD 20201700027-01

El proceso estuvo encaminado a obtener el reconocimiento y pago de la pensión sanción debidamente indexada desde el 24 de julio de 2011, más las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fl. 121).

ASPECTO FÁCTICO

-Que laboró al servicio de la Caja Agraria mediante contrato de trabajo a término indefinido del 10 de agosto de 1978 al 27 de junio de 1999, desempeñando el cargo de oficial operativo en la ciudad de Cúcuta – Norte se Santander, devengando un salario de \$1.054.047.

-Que el 27 de junio de 1999 se acercó a las instalaciones de la entidad a laborar y no le permitieron el ingreso, sin que exista alguna justa causa legal o reglamentaria que justifique el despido, pues el mismo tuvo como fundamento el Decreto 1065 de 1999 el cual fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C – 918 del 18 de noviembre de 1999.

-Que no fue afiliada al ISS ni a ninguna otra entidad de seguridad social, al igual que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 llevaba más de 15 años de servicio a la CAJA AGRARIA, adquiriendo el derecho a la pensión en los términos de la Ley 171 de 1961 (fls. 121 a 126).

PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en establecer si la demandante tiene derecho a la pensión restringida de jubilación de que trata el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 a partir del 24 de julio de 2011 esto es, desde el cumplimiento de los 50 años de edad.

ANÁLISIS DE LA SALA

Respecto a la aplicación y vigencia de la Ley 171 de 1961, la Corte Suprema de Justicia en sentencia 45637 del 14 de noviembre de 2012, MP: CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE, indicó que la misma aplica siempre y cuando los trabajadores oficiales hayan causado su derecho con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para lo cual necesitan acreditar únicamente el tiempo de servicios y el retiro de la entidad, ya sea de manera voluntaria por parte del trabajador o mediante despido injusto, siendo el requisito de edad, simplemente de exigibilidad para su pago, esté último argumento reiterado por dicho órgano de cierre en proveído 43751 de 2014.

Bajo ese precepto y al constatar si a la demandante le es aplicable la Ley 171 de 1961, de la certificación de folio 12 se establece que laboró al servicio de la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO S.A. – CAJA AGRARIA del 10 de agosto de 1978 al 27 de junio de 1999 para un total de tiempo de servicios de 20 años, 10 meses y 18 días equivalentes a 7518 días.

En cuanto a las causas que dieron origen al retiro de la entidad, se tiene que a folio 5 obra comunicación dirigida a la accionante en la que se le informa que a partir del 28 de junio de 1999 se da por terminado el contrato de trabajo dada la disolución y liquidación de la entidad en virtud del Decreto 1065 del 26 de junio de 1999. Circunstancias esta que si bien se enmarca dentro de la causal contenida en el literal f) del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945 para culminar el contrato de trabajo, lo cierto es que la misma es una causa legal y no justa para finiquitar el vínculo, pues no se encuentra dentro de las enlistadas como tales en el artículo 48 de la referida obra, luego al invocarse como fundamento para terminar la relación laboral hace que dicha determinación pese a ser legal se torne injusta, como así lo dijo la Corte Suprema de Justicia en reciente jurisprudencia, concretamente en la sentencia con radicado 50684 del 24 de enero de 2018, en la que hace alusión a la SL 603 del 25 de enero del 2017 radicado 61091 y SL 649 del 27 de enero del 2016 radicado 49595 en las cuales cita la SL – 579 de 2014, indicando:

“La discusión a la que se hace referencia ha tenido por parte de esta Sala múltiples y uniformes pronunciamientos en el sentido de señalar que no obstante haberse extinguido, de manera unilateral por la entidad o en liquidación o en reestructuración la relación laboral que trabó a las partes, en atención a razones de orden legal, tal circunstancia no se halla dentro de las causales establecidas por el artículo 48 del Decreto 2127 de 1945 como «justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo» y en virtud a ello, es decir, al carácter taxativo de la disposición no es posible valorar de justa la señalada causa legal.”

(...)

“Se infiere de lo anterior que, cuando se hace referencia al despido sin causa justa, no se excluye al que se opera, por decisión unilateral del empleador, con autorización legal distinta a la que establece las justas causas de despido, porque no se puede equiparar la legalidad de la terminación del vínculo con el despido precedido de justa causa. De tal suerte que aun cuando, para el sector oficial, el artículo del Decreto 2127 de 194 (sic) establece los modos de finalización del vínculo laboral, únicamente constituyen justa causa, como ya se expresó, los consagrados en los artículos 16, 48 y 49 del mismo decreto, aludidos también en el literal g) del citado artículo 47.”

Por lo anterior, es claro para la Sala que el contrato de trabajo que unió al demandante con la CAJA AGRARIA terminó sin justa causa conforme lo indicó el a quo, pese a que la decisión de la entidad se ampare en una causa legal de terminación.

Hechas las anteriores precisiones, no cabe duda que la accionante no cumple con los presupuestos para acceder a la pensión restringida de jubilación contenida en la Ley 171 de 1961, pues si bien la relación laboral culminó sin justa causa además de acreditar más de 15 años de servicio, lo cierto que terminación de la relación laboral que en esencia es la que causa la pensión devino en vigencia de la Ley 100 de 1993 por lo que teniendo en cuenta lo enunciado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia inicialmente citada, la norma aplicable es la vigente al momento de adquirirse el derecho que en el presente caso no es otra que el artículo 133 de la referida Ley.

Norma esta que exige para acceder a la pensión sanción tres requisitos: i) no estar afiliado al sistema general de pensiones, ii) que sin justa causa haya sido despedido y

iii) que cuente con 10 años y menos de 20 de servicios continuos o discontinuos al servicio del empleador.

Al constatar si cumple con el primero de los tres requisitos esto es, la no afiliación al sistema de seguridad social integral se tiene que según el formato N° 1 de folio 13, la accionante fue afiliada al ISS del 23 de abril de 1987 al 31 de diciembre de 1994, luego es claro que sí estuvo afiliada al sistema.

Así las cosas, como quiera que la accionante no cumple con los presupuestos para acceder tanto a la pensión restringida de jubilación contenida en la Ley 171 de 1961 como a la pensión sanción de que trata el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, es por lo que habrá de **CONFIRMARSE** la decisión de primer grado.

INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES
MP. DRA MARÍA DORIAN ÁLVAREZ
RAD 21201600472-01

El proceso estuvo encaminado a obtener el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, junto con los intereses moratorios, indexación de las sumas adeudadas y las costas del proceso (fls. 5).

-Que la señora AURA FANNY CIFUENTES DE KALVO falleció el 27 de septiembre de 2015, quien prestó sus servicios desde el 1° de agosto de 1993 hasta el 26 de septiembre de 2015 en el HOSPITAL SAN JOSÉ del Municipio de la Palma – Cundinamarca, presentando un total de 1.139,28 semanas.

-Que mediante Resolución GNR 148811 del 21 de mayo de 2015 COLPENSIONES le negó la pensión de vejez a la causante por no reunir las semanas para ello.

-Que solicitaron ante la accionada el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su señora madre la cual fue negada el 6 de noviembre de 2015, por lo que al no acreditar los requisitos para acceder a la prestación, tiene derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes (fls. 5 y 6)

PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en establecer si los demandantes son beneficiarios de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes contenida en el artículo 49 de la Ley 100 de 1993, a causa del fallecimiento de su señora madre AURA FANNY CIFUENTES DE KALVO, junto con los intereses moratorios o indexación de las sumas adeudadas.

ANÁLISIS DE LA SALA

Al respecto, es menester precisar que viene sentado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que es la

fecha de fallecimiento la que determina la norma aplicable al caso siendo ésta el 27 de septiembre de 2015 (fl. 29), por lo que al ser una indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, el régimen aplicable es el previsto en el artículo 49 de la ley 100 de 1993, la cual estipula:

“Los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la presente Ley.”

Norma esta que en lo referente a la causación del derecho, fue reglamentada por el Decreto 1730 de 2001 cuyo artículo 1° fue modificado por el Decreto Nacional 4640 de 2005, el cual en su literal c) dispone:

“Causación del derecho. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando los afiliados al Sistema General de Pensiones estén en una de las siguientes situaciones:

(...)

c) Que el afiliado fallezca sin haber cumplido con los requisitos necesarios para que su grupo familiar adquiriera el derecho a la pensión de sobrevivientes, conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993;”

Así mismo, respecto a los requisitos para acceder a la mentada indemnización el inciso 3° del artículo 4° del Decreto 1730 de 2001, señala:

“Para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, el grupo familiar del afiliado debe acreditar la muerte del afiliado y la calidad de beneficiario por la cual se reclama.”

En cuanto a la calidad de beneficiario de la referida indemnización, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1886 del 25 de febrero de 2015, radicado 48739, MP: RIGOBERTO ECEHEVERRI BUENO, señaló que quien se predica como tal, debe acreditar los requisitos exigidos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 para ostentar la calidad aludida y así acceder a la indemnización predicada, a saber:

“De dicho documento se puede evidenciar clara y objetivamente que el Instituto de Seguros Sociales analizó de fondo la petición del actor y concluyó que reunía las condiciones legalmente establecidas para ser beneficiario de la indemnización sustitutiva, que, como lo ha dicho la Sala, son las mismas requeridas para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes.”
(Resaltado de la Sala)

Conforme a ello quiera que la norma aplicable al caso concreto es el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 dada la fecha de fallecimiento de la causante (27 de septiembre de 2015), la cual en su literal c) establece como beneficiarios de la pensión de invalidez los hijos menores de 18 años, los mayores de esa edad y hasta los 25 incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del fallecido, al igual que los hijos inválidos que también acrediten tal dependencia.

Al constatar si los demandantes cumplen con tales requisitos, se tiene que a folios 20 a 24 aparece copia de sus registros civiles de nacimiento de donde se evidencia que son hijos de la causante, como también se encuentra copia de sus cédulas de ciudadanía coligiéndose que para la data del fallecimiento de la señora Cifuentes de Kalvo, GELLY TATIANA, ELISA NATASHA, GIANNA CECILIA, MAYDA CIELO y BRIAN PASTOR KALVO CIFUENTES tenían 47, 46, 39, 38 y 34 años de edad respectivamente, siendo mayores de 25 años de edad sin que alguno de ellos sea considerado inválido, luego es claro que no les asiste derecho a la indemnización deprecada.

Así las cosas, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primer grado.