



SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA:

CONTRATO DE SEGURO- Reclamación por parte del asegurado/
Prescripción: Formas de interrupción/ Aplicación del artículo 94 C.G.P./
SENTENCIA ANTICIPADA-Revocatoria: No se encuentra demostrada la
causal de prescripción extintiva invocada

“La tesis de la Sala es que la reclamación sí interrumpió la prescripción en el caso objeto de estudio, de suerte que, a partir de ella corrió un nuevo el término que no estaba finiquitado a la fecha de formulación de la demanda.

(...)

2.2.La aplicabilidad de ese método de interrupción civil de la prescripción es el punto álgido de este asunto, de modo que, para responder al problema jurídico planteado acerca de si la reclamación presentada el 1º de octubre de 2013 interrumpió o no ese fenómeno en los términos del artículo 94 CGP, se debe anotar que la aplicabilidad de esa esa norma en este tipo de asuntos ha abierto una discusión interpretativa.

Por un lado, aparece la postura adoptada por la juez a-quo, según la cual, no es posible que el requerimiento de que trata el citado artículo 94 del Código General del Proceso sea acumulada a la reclamación en los términos de los artículos 1075, 1077 y 1080 del Código de Comercio. Esto con el argumento de que, el pago depende de tal reclamación que es una carga del asegurado o beneficiario, así como en el planteamiento según el cual, acumularlas, impide al reclamante ejercer más tarde la facultad interruptora.¹

(...)

En suma, lo que debe ser resaltado es que el acreedor tiene con características generales predicables de toda clase de obligaciones un medio eficaz para interrumpir por una vez el plazo que está corriendo y lograr que de nuevo corra el mismo término previsto en la ley para la concreta obligación.

Aplicadas las directrices generales anteriores al contrato de seguro se tiene que al ser presentada la reclamación bajo los parámetros del art. 1077 del C. de Co., sin duda la misma constituye el requerimiento de que trata el art. 94 del CGP para efectos de interrumpir el término de prescripción que estuviere corriendo, lo cual pone de presente que interpretaciones acuñadas a la luz de la derogada legislación tienen valor histórico.²

¹ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Civil. Sentencia adiada 28 de septiembre de 2017. Radicación nº. 11001-31-03-019-2016-00687-01. MS: Marco Antonio Álvarez Gómez.

² LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentarios al contrato de seguro. Séptima edición. Bogotá: Dupré Editores; 2022. p. 579



Esta posición doctrinal también ha sido adoptada en decisiones judiciales, como la sentencia calendada 9 de febrero de 2017 emitida por la Sala Cuarta Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín³ y la adiada 3 de abril de 2019 proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá⁴.

2.2.1. Estima la Sala que esta segunda postura –distinta a la acogida en primera instancia– se apega en mayor medida a los postulados que fundan la institución jurídica de la prescripción liberatoria, toda vez que, permite de algún modo apreciar en la reclamación a la que se refiere el artículo 1077 del Código de Comercio, el rompimiento del silencio, de la inercia, o si se prefiere, la inmolación de la inactividad propia del modo extintivo como elemento subordinado.

Señala la otra posición que la obligación de indemnizar a cargo del asegurador brota de la materialización del riesgo, o, dicho de otro modo, desde el siniestro, y requiere de la reclamación para se concrete la prestación de pagar tal indemnización; pero ahora, justamente a partir de allí memora esta Sala que esa esa prestación de pago es exigible tan solo pasado un mes desde la formulación de aquella reclamación en los términos de la citada norma.⁵

Entonces, interpretada esa disposición en concordancia con el inciso final del tan mencionado artículo 94 del Código General del Proceso, es completamente viable entender que el acto de reclamación se constituya al mismo tiempo como requerimiento que marca un importante punto de ruptura del silencio e inactividad, de modo que, de él puede emanar el efecto interruptor de la prescripción extintiva, como lo prevé aquella disposición.

Porque recuérdese que esa norma no consagra ningún tipo de formalidades mas allá de la escrituralidad; al punto que, el tribunal casacionista ha

³ Radicación n°. 05001310300120150068701

⁴ Radicación n°. 11001310301020170037201

⁵ CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 1080. El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aun extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad.

(...)

El asegurado o el beneficiario tendrán derecho a demandar, en lugar de los intereses a que se refiere el inciso anterior, la indemnización de perjuicios causados por la mora del asegurador."



destacado sus aspectos más relevantes, que involucran (i) la autoatribución de un derecho por parte del acreedor –en este caso el asegurado–, (ii) que se ponga en conocimiento del deudor, (iii) que sea por escrito físico o electrónico en los términos del artículo 6 de la Ley 527 de 1999 y (iv) que reinicia el plazo prescriptivo.

Entonces, para esta Sala, la respuesta al cuestionamiento sobre si, la reclamación del asegurado frente al asegurador interrumpe o no la prescripción liberatoria en los términos del artículo 94 CGP, es que sí, siempre y cuando en ella se verifiquen todos los rasgos que destaca la jurisprudencia sobre su aplicación.

2.3. Al verificar entonces si en este específico caso se produjo esa circunstancia, se precisa que el siniestro –según lo narrado en demanda– ocurrió el 20 de diciembre de 2011 cuando la actora cayó en las instalaciones sede boston de la Caja de Compensación Familiar de Barranquilla (Combarranquilla).

La demandante, formuló reclamación ante Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. el 1º de octubre de 2013, con indicación de los hechos que se indican constituyen el siniestro, la petición expresa de pago de indemnización por la suma de \$209 530 770 pesos, e incluyendo como anexos conceptos del Instituto Colombiano de Medicina Legal, dictamen de la junta regional de calificación de invalidez, cotizaciones de médicos cirujanos, entre otros.

La reclamación fue presentada por escrito y tiene constancia de recibido por la aseguradora demandada del 1º de octubre de 2013.

Lo anterior permite ver que, se trata de un escrito con el que –según se observa– la demandante claramente cesó la inercia o silencio, puesto que reclamó el pago o la satisfacción de un crédito autoatribuido, que fue puesto en conocimiento en medio físico y directo a la aseguradora convocada; lo que sin lugar a dudas, deja ver que se reúnen los presupuestos sustanciales previstos en el artículo 94 del Código General del Proceso para producir la interrupción del término de prescripción.

Como resultado de ello se obtiene que la reclamación presentada por la actora el 1º de octubre de 2013 sí interrumpió el término de prescripción de la acción derivada del contrato de seguro.



Lo anterior impone que el 1º de octubre de 2013 se reinició el plazo de prescripción extraordinaria que corre contra la demandante como beneficiaria del seguro de responsabilidad civil extracontractual, es decir, con el recuento, el plazo culminaba el 1º de octubre de 2018; sin embargo, operó causal de suspensión que perduró por tres meses, debido al trámite de la conciliación extrajudicial y al tenor de lo previsto en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001.

En ese orden de ideas, el plazo prescriptivo se amplió el 1º de enero de 2019, que se extendió por disposición del artículo 118 del Código General del Proceso, debido a la vacancia judicial, hasta el día hábil judicial siguiente, que fue el viernes 11 de enero de 2019.

La acción ejecutiva fue promovida el 30 de octubre de 2017 –antes de vencer el término de cinco años– y se libró mandamiento de pago el 1º de febrero de 2018, el cual, fue notificado personalmente a la apoderada judicial de la aseguradora demandada el 16 de febrero de ese mismo año, lo que indica que el efecto de interrupción de la prescripción se produjo desde la formulación de la demanda a voces del primer inciso del artículo 94 CGP.

Tras ser revocado el mandamiento ejecutivo por vía de reposición, confirmada esa decisión el 8 de octubre de 2019 y luego de formulada el 16 de octubre de ese mismo año la demanda promotora del proceso declarativo a continuación que ahora se tramita, fue ésta admitida el 19 de febrero de 2020.

Aunque no obra constancia de notificación a la parte demandada por otro método distinto al estado; ésta contestó la demanda el 1º de julio de esa misma anualidad, luego de reanudados los términos judiciales que se hallaban suspendidos como medida de afrenta a la pandemia ocasionada por el virus covid19, así como por el aislamiento obligatorio.

Se tiene en resumen, que de acuerdo con el análisis expuesto, tras la interrupción de la prescripción liberatoria el 1º de octubre de 2013 y las causales legales de suspensión, su plazo culminaba el 11 de enero de 2019, que la demanda ejecutiva fue presentada el 20 de octubre de 2017, a la que se le dio curso y luego fue revocado el mandamiento ejecutivo, seguido de lo cual, en el mismo expediente, fue formulada la demanda declarativa,



cuyo auto de admisión fechado 19 de febrero de 2020 quedó debidamente notificado a la parte enjuiciada, la cual recorrió el traslado el 1° de julio de ese mismo año. Con ello, se da estricto cumplimiento a lo señalado en el art. 430 Inciso 5° del C.G.P., según el cual “De presentarse en tiempo la demanda declarativa, en el nuevo proceso seguirá teniendo vigencia la interrupción de la prescripción y la inoperancia de la caducidad generados en el proceso ejecutivo”.

(Magistrado Sustanciador: Dr. Guillermo Raúl Bottía Bohórquez, Radicado Interno: 43.813, Julio 11 de 2022)

ACCIÓN REIVINDICATORIA DE DOMINIO- Con demanda de reconvención en que se alega prescripción extraordinaria de dominio/ **ACTOS DE SEÑOR Y DUEÑO DE LA PRESCRIBIENTE**- No resultan compatibles con los ejercidos en vida por sus ascendientes/**TÉRMINO DE LA POSESIÓN**-No se encuentra acreditada en este proceso ni en anteriores acciones interpuestas

“Ahora bien, pasando este Colegiado a estudiar los elementos que sí resultan relevantes para la prosperidad de la reivindicación que fue acogida en la sentencia apelada, ninguna duda se cierne sobre la titularidad en cabeza de la señora LEONOR WANDURRAGA LAFAURIE sobre los lotes identificados e individualizados en la demanda, con matrículas inmobiliarias N° 040-292894 lote 4 y N° 040-292895 lote 5, conforme a los certificados de tradición y libertad acompañados a ella, en los que se constata que los adquirió por escritura pública No. 3946 del 18 de septiembre de 1996 de la Notaría Quinta de Barranquilla, como consta en las anotaciones No. 5 de dichos documentos.

De lo anterior, igualmente se deduce que el derecho de dominio es anterior a la posesión que se invoca, pues la señora INES CUETO DE VILORIA la ubica temporalmente desde el fallecimiento de sus progenitores, en agosto de 1995 el padre y en noviembre de 1997 la madre, siendo esta última anualidad la que podría tenerse en cuenta eventualmente, al haberse manifestado por la prescribiente durante toda la primera instancia y en los reparos, que son sus actos de señora y dueña propios, exclusivos e independientes los que la hacen merecedora del reconocimiento como propietaria, por lo que resulta incompatible que se iniciara mientras la madre continuara detentando el predio, hasta el día de su muerte.



En este punto no puede pasar por alto el Tribunal que frente a dichos predios se han instaurado una serie de procesos de pertenencia, primero por los padres de la actora, que según lo manifestado y sentado por las partes, no les fue favorable; además, según los documentos obrantes en el plenario, el 28 de agosto de 2002 este Tribunal emitió sentencia de segunda instancia, que confirmó el fallo de primer grado que negó las pretensiones del proceso de pertenencia instaurado por ATANASIO y ANTONIO CUETO CARRETERO, también demandados en esta litis; posteriormente, el 3 de agosto de 2011, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Barranquilla falla el proceso radicado consecutivo 2006-0128 y no accede a la prescripción adquisitiva de dominio alegada por INES CUETO DE VILORIA contra LEONOR WANDURRAGA LAFAURIE, lo que fuera apelado y declarado desierto el recurso por este Colegiado, en auto del 10 de julio de 2012.

Se destaca que en el segundo de los mentados fallos, la sentenciadora tuvo en cuenta las declaraciones de los hoy demandados ATANASIO PASTOR y ANTONIO RAFAEL PASTOR CUETO, respecto de su demanda anterior, considerado “muy diciente que esto testigos haya pretendido el bien en Pertenencia y cuando lo logró (sic) tal fin, desmiente (sic) todo lo sostenido en el proceso que iniciaron ante el Juzgado 10 Civil del Circuito y aseveran que la posesión en cabeza de la señora Inés, quien tiene una relación de parentesco de hermana de ellos”, concluyendo que por esa Litis, no se comprobaba la posesión de la allí demandante y que todo “lo antes manifestado hace que el juzgado no tenga certeza del tiempo de posesión alegado y de haber sido ininterrumpida, lo que no permite que la demandante salga adelante con su pretensión”, es decir que para la falladora no quedó establecida la condición de poseedora de la señora INES.

En este orden de ideas, si bien en situaciones como la que ahora ocupa la atención del Tribunal, pueden los interesados del derecho de dominio debatido presentar una nueva demanda, de pertenencia o reivindicatoria, es menester estudiar la configuración de los elementos de cada una de esas figuras jurídicas (...).

De lo anterior se concluye que al no haberse establecido la calidad de poseedora de la señora INES en su acción anterior y tal como se extrajo de la aludida sentencia, no es ésta la fuente de prueba de su posesión, todo lo cual conlleva a que deba analizarse en esta oportunidad el material



probatorio acopiado en esta Litis, a fin determinar si se demuestran los elementos configurantes de la prescripción alegada.

Al respecto no puede obviar el Tribunal la escasez de elementos demostrativos a favor de la recurrente, frente a quien, además de su propio dicho, de la inspección judicial y dictamen pericial que da cuenta de su posesión actual, más no así del cumplimiento del tiempo precedente, solo se cuenta con los testimonios de JUAN CARLOS MUÑOZ y CAMILO GUILLERMO TORRES ROMERO, quienes en efecto la ubican como poseedora de los predios, situación que es un hecho comprobado y precisamente constituye uno de los presupuestos para la prosperidad de la reivindicación.

No obstante, es el tiempo de posesión lo que además debió acreditarse, sobre lo que el primero de los mencionados dice que tiene 17 años de estar laborando por el sector, familiarizándose con parientes de la prescribiente y los terrenos, mencionando al final de su declaración que conoció a la señora INES "Como 2014 más o menos me hablaron de ella, yo conocí allá a los sobrinos de ella y participamos allá pero no la había conocido personalmente" y ante la pregunta de la falladora de si hasta el 2014 o 2015 fue que entró y conoció el inmueble, precisó que "Sí, pasábamos por ahí la veía así se veía la señora con el señor, pero no tenía conocimiento de cómo se llamaba, conocía a los sobrinos, sí, pero hasta ahí" finalizando su relato al indagársele nuevamente de si fue hasta 2015 que tuvo conocimiento de la calidad en la que dicha señora ocupaba el bien, a lo que respondió "Sí, correcto, no tenía conocimiento de cómo estaba ahí".

Queda claro para este Tribunal que tal declaración no puede acogerse para fincar la decisión a la que aspira la recurrente, pues no fue puntual y específica en la posesión de la actora en reconvención por el tiempo legalmente establecido.

A su turno el testigo CAMILO GUILLERMO TORRES ROMERO, manifestó ser abogado y haber fungido como concejal de Puerto Colombia en varias oportunidades y alcalde de este municipio donde se encuentra los predios disputados, y que por lo tanto conoce el sector desde que era menor de edad, u aunque fue enfático en la posesión de la actora y por un tiempo superior a los quince años, así mismo manifestó que "Ahí quiero ser reiterativo, yo desde que llegué al Puerto Colombia y hasta donde vivía hace 5 años, durante 35 años 40 años en Puerto, siempre la he visto a ella entonces considero que es poseedora de buena fe, estoy seguro de eso no



he visto a nadie más ahí y no solamente lo podría decir yo, yo creo que si llaman a aquí en este estado a todos los vecinos del sector seguramente van a decir lo mismo que estoy diciendo yo"; luego, al ser interrogado sobre los padres de la actora, depuso que fallecieron hace mucho tiempo y que ignoraba la calidad en la que estuvieron en el predio, agregando que "A mí se me ha llamado a este recinto a decir si conozco a la señora Inés, sí sé si vive en el lote o han vivido en el lote o sea yo conozco a otra persona distinta a la señora Inés y le ratificó señora Juez, en el sentido que la que conozco la que siempre ha estado ahí como poseedora de ese lote, no sé si sea en calidad de dueño, arrendatario o de qué, pero siempre ha estado la señora Inés no he conocido a nadie más".

De lo anterior se extrae que el tiempo de posesión al que se refiere este testigo frente a la actora en reconvención, no resulta coherente con las personas que otrora han ocupado el predio, y en apartes de su relato hace referencia a términos jurídicos, según la calidad de profesional del derecho que expresó, pero también es contradictorio en otras figuras jurídicas, de lo que se colige que este testigo tampoco ofrece la certeza necesaria sobre este aspecto, de suma relevancia para lo pretendido.

Por lo tanto, las pruebas acopiadas, analizadas individualmente y en su conjunto, no dan cuenta de la posesión de la actora en reconvención por el lapso necesario para que se configure el modo de adquirir.

Al margen de lo anterior, en lo atinente a la crítica sobre la falta de identidad del predio en disputa, es un argumento contradictorio con relación a la contestación de la demanda inicial, sus excepciones y la pertenencia solicitada, pues tal como lo tiene establecido la jurisprudencia patria desde hace mucho tiempo, trabada la Litis en reivindicación y aceptándose la posesión del predio reclamado, quedan establecida también la coincidencia de éste, (...).

De todas formas, no puede perderse de vista que la identidad de los predios sí se ratifica con el dictamen practicado, siendo enfático el perito en cuanto a la conformidad entre los documentos estudiados y los lotes objeto de esa prueba, destacándose por la apelante un faltante de área respecto de los títulos de dominio, sobre lo que no es más sino aplicar la regla establecida actualmente en el artículo 281 del Código General del Proceso, conforme al cual "Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le



reconocerá solamente lo último", de lo que se concluye que este ataque contra el fallo tampoco puede triunfar.

(Magistrada Sustanciadora: Dra. Yaens Castellón Giraldo, Radicación Interna: 43.678, Agosto 2 de 2022)

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO- Demanda de reconvención de restitución de tenencia/ **ACTOS DE POSESIÓN-** No se encuentran demostrados en el proceso/ **COMODATO PRECARIO A TÍTULO GRATUITO-**El demandante en reconvención no suscribió el contrato sino su hermano

"Ahora bien, de la revisión acervo probatorio que reposa en el expediente se observa lo Siguiente:

Se determina el bien objeto a usucapir y de restitución, con su respectivo Certificado de Libertad del Inmueble distinguido con Matricula Inmobiliaria 040-19890, y con el Dictamen Pericial, en cual corresponde al bien ubicado en la carrera 43 No. 48-32, 42 calle 50 No. 43-24, del Barrio el Rosario, de la Ciudad de Barranquilla, que tiene acceso por la carrera 43, por la calle 50, y por la calle 48. De igual forma manifiesta el Auxiliar de la Justicia que actualmente en el Terreno hay una Construcción Comercial de dos plantas, en el Primer Piso con acceso a la carrera 43 tiene 7 locales; en el Segundo Piso hay 4 alcobas, 10 bodegas, por la calle 50 hay locales, y acceso al parqueadero; y por la calle 48 también se acceda al parqueadero e indica que Inmueble ha recibido mejoras a través de los años, anexa el registro Fotográfico del Inmueble.

(...)

Bajo estas circunstancias frente en la demanda de pertenencia se hace necesario la posesión sin violencia o clandestina e ininterrumpida, por un lapso mayor a 10 años, sobre el inmueble ubicado en la Calle 50 No. 43 -24, 48-32, de la ciudad de Barranquilla con Matricula Inmobiliaria 040-19890, siendo la carga el peticionario probar dicha circunstancia, a través de testigos y pruebas documentales, y a pesar que las en las pruebas documentales se aportan pago de impuesto y facturas de servicios, estos pagos han sido aportados por ambas partes, vislumbrándose en los recibos de luz aportados por la parte demandante son facturas de servicio del año 2018, y facturas de impuestos del 2007 a nombre del señor Armando Zapata,



y del Sr. Cesar Zapata, del 2019; en el caso de los contratos aportados por el Sr. Libardo Zapata los mismos datan del 2017- con el Sr. Urbano Mizger; con la Sra. Delia Rosa De Caro; con el Sr. Oscar Domínguez; con el Sr. Jorge Olmedo Arango; con el Sr. Ronald Del Vecchio, y Karen Alicia Castro; con el Sr. Francisco Antonio del Vecchio.

En lo referente a los testigos manifiestan que son inquilinos del Sr. Libardo Zapata Gómez, y que conocen al Sr. Libardo como dueño del inmueble, en la misma se hace menciona a la Sra. Mery Silvia Espitia De Henao como viuda o esposa, en representación a su difunto esposo señor José Abelardo Henao Jiménez, como arrendatario del Parquedero, quien en la Inspección Judicial reconoce al Sr. Cesar Fabián González Torres, como arrendador del mismo aportando el contrato del mismo, suscrito el 18 de enero de 2016, modificado el 14 de febrero de 2018. La cual se puede observar a folio 23 del cuaderno principal.

Se plantea que el actor tiene la posesión de la mayor parte del inmueble, pues los ocupantes de 8 de los 9 existentes reconocieron tenerlo a nombre de éste, que en ese orden de ideas debió reconocerse la adquisición del derecho de propiedad sobre esa porción, sin embargo ello no es posible, pues la demanda se formuló contra un inmueble único y al parecer indivisible, pues si bien se menciona la existencia de otras matrículas inmobiliarias al interior de la global, no se determinó específicamente cuales eran las medidas y linderos correspondientes, que en un momento permitieran identificar esas precisas zonas del edificio y verificar si él era susceptible de algún desenglobe jurídico o de someterse a un régimen de propiedad horizontal, no reuniéndose entonces los requisitos de procesales, para poder conceder una “menos petita”, sobre algunas zonas concretas del edificio.

Bajo esta circunstancia al no probarse la posesión del inmueble objeto a usucapir, habría lugar a mantener la decisión de primera instancia.

Demanda de Tenencia:

La Parte demandante en Reconvención- Cesar Fabián González Torres, señala que a través de Escritura Pública No. 5475 del 21 de Julio 1993, se Constituyó un Contrato de Comodato Precario a Título Gratuito a favor del demandado en Reconvención Sr. Armando Zapata, y los Padres fallecidos Sres. Arnoldo Zapata Bustamante, y Aura Gómez de Zapata, de igual forma



señala que la Tenencia fue delegada del Sr. Armando Zapata a su hermano el Sr. Libardo Zapata Gómez, quedándose obligado abstenerse de alegar la Posesión, y restituir el inmueble al Sr. Cesar Fabián González Torres. Aunado a lo anterior manifiesta que los comodatarios cedieron sus derechos fiduciarios a favor del Sr. Cesar Fabián González Torres.

Por lo cual la tenencia que ejercía el Sr. Armando Zapata, lo hacía a través de su hermano Libardo Zapata Gómez, por lo cual solicita que se revoque la sentencia de primer grado, proferida el 30 de septiembre de 2021, por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Barranquilla.

Tenemos que el Sr. Libardo Zapata Gómez, no hizo parte del Contrato Comodato Precario a título gratuito, otorgado por la Fiduciaria FIDUBANCOOP, constituido en la Escritura Publica # 5475 del 21 de julio de 1993, de la Notaria Primera del Circuito de Bogotá, no estando obligando, directamente, restituir la tenencia del inmueble objeto de la Litis con base en esas obligaciones contractuales, y no se demostró que la actividad que realiza sobre la parte del inmueble pretendida en esta demanda, la haga a nombre o con la autorización de esos contratantes, lo cual era necesario para llegar a la conclusión de que fuera causahabiente de ellos.

Y, tampoco se acreditó que el señor Armando Zapata Gómez, quien si tiene ese vínculo contractual y pudiere considerarse legitimado en causa pasiva para asumir las obligaciones derivadas del mismo, realmente estuviere, actualmente, ejerciendo esa tenencia material del mismo, a través de la conducta de terceros, dado que no lo reconoció en el Interrogatorio rendido, señalando que él vive en Bogotá, razones por las cuales se mantendrá también esta decisión, puesto que no puede ordenársele algo que no estaría en condiciones de cumplir.”

(Magistrado Sustanciador Dr. Alfredo de Jesús Castilla Torres, Radicado Interno: 43.617, Julio 22 de 2022)

PROCESO EJECUTIVO – Facturas derivadas de la prestación de servicios de salud/ Mérito Ejecutivo/ **TITULOS VALORES**- Su exigibilidad esta demostrada

“De las facturas anexadas se desprende que todas cumplen con el requisito echado de menos por el A-quo, pues en las mismas aparece claramente determinado el precio del servicio prestado sobre las cuales la parte demandada no ha realizado pago parcial o total de las mismas, y si bien



existen unos valores que fueron descontados con anterioridad a la demanda, pero a título de conciliación de glosas, por lo que dicha exigencia se daría en caso de que existan esos pagos parciales o totales, que en el presente caso no se realizaron.-

Así mismo, en el hipotético evento de que se hubieren realizados pagos parciales o totales, el parágrafo del artículo 777 del C. de Comercio, dispone que no obstante, se podrán utilizar otros mecanismos para llevar el registro de los pagos, tales como registros contables o cualquier otro medio técnicamente aceptado, no existiendo por tanto, respaldo legal a lo exigido por el Juez A- quo, que llevó a no seguir adelante la ejecución.-

(...)

Determinado que las facturas allegadas que aquí se ejecutan, reúnen los requisitos echados de menos por el Juez A-quo, es de aplicación el inciso 3° del artículo 282 del C.G.P. por lo que es del caso entrar a estudiar las excepciones de mérito presentadas por la parte demandada, en escrito de fecha 4 de diciembre de 2017:

EXCEPCIÓN PRIMERA: Las que se funden en el hecho de no haber sido el demandado quien suscribió los títulos.-

Se alega que la sociedad demandada no ha suscrito los títulos valores presentados para el recaudo. Tampoco lo ha efectuado la sociedad demandante.-

Si bien es cierto que en algunos títulos denominados FACTURAS DE VENTA se registra un sello y una firma en señal de recibo, también lo es que tal sello y firman advierten que cada una de estas facturas fueron recibidas para su estudio únicamente.-

(...)

Se colige, entonces, la ausencia de la firma autógrafa y expresa de la emisora de las facturas, no desvirtúa por sí sola la condición de título valor de ellas, por cuanto el mismo ordenamiento tiene por autorizado en reemplazo elementos equivalentes que permiten inferir la autoría del creador, sin discriminar cuáles signos o símbolos pueden actuar o no como sucedáneos válidos."



Ciertamente el artículo 621 del Código de Comercio exige la firma de quien crea el título valor como requisito esencial. No obstante, debe tenerse en cuenta que ella constituye el signo, la muestra, el indicativo de la expresión de la autonomía de la voluntad de una persona que se exterioriza desde el punto de vista jurídico en un acto, en un documento, en la aceptación o en la aprobación de cuanto contiene una declaración con efectos jurídicos.

(...)

Por tanto, en el caso que nos ocupa, las facturas allegadas reúnen este requisito, por cuanto todas y cada una de ellas, tienen un nombre y un código de la persona que la creo.-

(...)

La norma transcrita plantea dos escenarios para la aceptación: expresa y tácita. La primera acaece cuando la persona que recibe unas mercancías o servicios hace constar explícitamente su aceptación en la factura mediante su firma y el uso de la palabra "acepto" u otro equivalente. La segunda hipótesis deviene de actos implícitos del obligado cambiaria o de sus dependientes, por ello la misma disposición enseña que "(...) el comprador del bien o beneficiario del servicio no podrá alegar falta de representación o indebida representación por razón de la persona que reciba la mercancía o el servicio en sus dependencias, para efectos de la aceptación del título valor".

(...)

Por tanto, se tiene que tal y como lo acepta expresamente la demandada, recibieron todas las facturas que aquí se ejecutan, con lo cual se da cumplimiento a lo señalado en el artículo 773 del C. de Comercio y al artículo 3° del Decreto 3327 de 2009, normas de las cuales se desprende que para efectos de la recepción o recibo de la factura, será suficiente que la persona a quien se le prestó el servicio, ya sea directamente o por intermedio de otra persona encargada de recibirla, que se utilice una firma o cualquier otra señal de recibido, así como la fecha, es suficiente como en este caso, para tener por cumplido los requisitos exigidos en este sentido, razón suficiente para declarar no probada esta excepción.-

EXCEPCIÓN SEGUNDA:

1.- Las fundadas en la omisión de los requisitos que el título debe contener que la ley no supla expresamente.-



Este punto, quedó definido en párrafos anteriores, determinándose que ese requisito echado de menos por el Juez A-quo, para no seguir adelante la ejecución se encuentra reunido en el caso que nos ocupa.-

TERCERA EXCEPCIÓN:

1.- Las fundadas en la omisión de los requisitos que el título debe contener que la ley no supla expresamente.-

(...)

Tal como ha quedado arriba determinado, las facturas allegadas como título ejecutivo, se encuentran debidamente aceptadas por la parte ejecutada, al contener las mismas, la constancia de haber sido recibidas y la fecha de dicho recibo.-

No es de recibo lo alegado por cuanto, son dos momentos diferentes, a saber: el momento en que la parte ejecutada recibe las facturas remitidas por el ejecutante, y otro momento, la oportunidad que tiene el ejecutado, para que dentro del término para ello, manifieste al ejecutante, las objeciones o glosas.

Ahora bien si existen objeciones o glosas que realizó el ejecutado y al momento de presentar la demanda, el ejecutante nada dice al respecto, el ejecutado al descorrer el traslado puede presentar la excepción de mérito correspondiente, demostrando la existencia de las mismas, sin que ello implique o lleve como consecuencia, que las facturas pierden su calidad de título valor.-

Lo mismo ocurre, si se presentaron conciliaciones, y el ejecutante omitió señalarlo en la demanda, el ejecutado a través de la excepción correspondiente, así lo indicará y demostrará a efectos de determinar entonces, realmente cual es el monto por el cual se seguirá la obligación.-

En el caso que nos ocupa, la parte ejecutada con la contestación de la demanda, alegó que presentaron objeciones o glosas, y de acuerdo al artículo 23 del Decreto 4747 de 2007, las glosas deben ser presentadas dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la presentación de las facturas y revisadas las facturas y las glosas presentadas por la parte ejecutada estas fueron presentadas de manera extemporánea, una vez transcurrido en exceso el término para ello.-



En cuanto a las diversas conciliaciones realizadas con la entidad demandante, al contestar el hecho tercero de la demanda señaló expresamente que las facturas relacionadas en las pretensiones fueron recibidas para su estudio, con el obvio propósito de establecer si había o no lugar a glosas, tal como se muestra en el sello de recibido de cada factura.-

Así mismo, señala que las únicas facturas que ha aceptado la ejecutada han sido aquellas sometidas a Conciliación, en los términos individuales de cada una de estas conciliaciones, relacionándolas en número de ciento cuarenta (140). Así mismo, se observa que la parte ejecutante señala que de las 1434 facturas la ejecutada no logró acreditar que sobre las mismas haya realizado pagos parciales o totales que no consten en los títulos y en los casos que así se reconoció por el ejecutante, fueron descontados antes de la demanda, pero a título de conciliación de glosas, por lo que debe declararse no probada esta excepción.-

CUARTA EXCEPCIÓN

1.- LAS QUE SE FUNDEN EN QUITAS O EN PAGO TOTAL O PARCIAL, SIEMPRE QUE CONSTEN EN EL TÍTULO.
(...)

Sea lo primero, dejar determinado, que no son las partes quienes determinen si estamos frente a qué clase de título nos encontramos, por lo que no es procedente lo señalado por la parte ejecutada, que al haber “confesado” la parte ejecutante que las facturas de venta y la oferta mercantil, conforman un título complejo, a ello debe atenderse el funcionario judicial. Nada más alejado de la realidad, por cuanto es al Funcionario Judicial, a quien le corresponde determinar si los documentos que se están haciendo valer, constituyen título ejecutivo o no lo constituyen.-

Como nos encontramos frente a la prestación de servicios de salud, encontramos el Decreto 3260 de octubre 7 de 2004, por el cual se adoptan medidas para optimizar el flujo de recursos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el artículo 9º, se estableció el pago de los contratos por conjunto integral de atención, pago por evento en otras modalidades diferentes a la capitación en regímenes contributivo y subsidiado.-



A su vez encontramos que el artículo anterior, fue derogado por el artículo 30 del Decreto 4747 de diciembre 7 de 2007, por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo y se dictan otras disposiciones, decretos que regulan la forma de realizar el cobro entre la entidad prestadora del servicio y la entidad que presta el servicio, por ello, la entidad prestadora del servicio junto con la factura hará llegar la documentación señalada en el artículo 21, y en los artículos 22 y 23, regula el trámite de las glosas, o sea, que esas disposiciones regulan lo referente al cobro directo entre las partes, ya que de acuerdo a dicha disposición las partes están obligadas a iniciar el cobro para el pago de los servicios prestados, y si no se obtiene el pago de los mismos, queda a disposición de la parte acreedora utilizar los mecanismos que establece el estatuto procedimental, como lo es el ejercicio de la acción ejecutiva correspondiente.-

Y ello es así, por cuanto cuando se hace exigible una factura por prestación de servicios, hay que aplicar lo dispuesto en los artículos 772, 773 y 774 del Código de Comercio, los cuales fueron modificados mediante la Ley 1231 de 2008, artículo 1º, en el cual quedó determinado que la factura es un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio, la aceptación de las facturas y los requisitos de la misma, y como ya se estudió en párrafos anteriores, las facturas que se están haciendo valer dentro de este proceso, reúnen los requisitos del artículo 774 de la citada codificación.-

En relación con las glosas, de acuerdo al artículo 23 del Decreto 4747 de 2007, las glosas deben ser presentadas dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la presentación de las facturas y revisadas las facturas y las glosas presentadas por la parte ejecutada estas fueron presentadas de manera extemporánea, una vez transcurrido en exceso el término para ello, por lo que se declarará no probada ésta excepción.-

QUINTA EXCEPCIÓN

1. Contrato no cumplido (...)

Aplicando lo anterior, a la excepción planteada por la parte demandada de Contrato No cumplido, se tiene que la misma no señala hecho alguno, en la cual fundamenta la excepción, así como tampoco señala que es lo



pretendido con la misma, simplemente se limitó a hacer una enunciación de unas estipulaciones, sin señalar en qué consistió el incumplimiento del ejecutante.-

Si bien esos descuentos fueron verdaderamente ofrecidos sin condicionamiento alguno respecto de los valores habituales en el mercado, tal como se logra ver en la oferta. Al mismo tiempo, se tiene que, después de esa oferta (que es un acto unilateral), lo único que se suscribió fue un acuerdo tarifario con lo que, evidentemente el contrato existió con las mismas condiciones de la oferta y que comenzó a ejecutarse –según lo narrado- al cabo de unos años, luego de instalados los equipos especializados y capacitado el personal.-

Entonces, si bien los títulos valores obligan en su literalidad, no lo es menos cierto que le son oponibles las excepciones derivadas del negocio causal y de hallarse probadas, lo que imponen es el ajuste de la obligación a la realidad negocial que le dio origen, más no la caída del mérito ejecutivo cartular.-

Entonces, lo que habría que hacer, sería un ajuste, en todo caso, respecto de las glosas presentadas en oportunidad, pero, además, la inconformidad por este punto debía ser –como en efecto lo fue- objeto de las glosas. Y se acota que las glosas presentadas en tiempo fueron conciliadas, y las demás fueron devueltas por extemporáneas, debido a que fueron presentadas entre 5 y 6 meses después de presentadas las facturas, esto último que se apega no solo a la Resolución 4747 de 2007, sino también a lo pactado en el contrato, razón suficiente para declarar no probada esta excepción.-

SEXTA EXCEPCIÓN

1.- Cobro de lo no debido

(i) La sociedad demandante está cobrando unas sumas de dinero que no le adeuda la sociedad demandada.

Es obligación de la parte demandada, al momento de proponer excepciones señalar los hechos en las cuales las fundamente y si lo considera pertinente las pruebas que pretenda hacer valer, lo cual va en consonancia con lo dispuesto en el artículo 281 del C.G.P. que dispone que



la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas.-

Aplicando lo anterior, a la excepción planteada por la parte demandada de cobro de lo no debido, se tiene que la misma no señala cuales son las sumas de dinero que no le adeuda a la sociedad demandante, así como tampoco señala hecho alguno, en el cual fundamenta la excepción, razón suficiente para declarar no probada esta excepción.-

SÉPTIMA EXCEPCIÓN

1. Compensación

(i) La sociedad demandante ha irrogado severos perjuicios a la sociedad demandada derivados del incumplimiento de los términos contractuales.-

Esta excepción, corre la misma suerte de la anterior, al no señalar la parte ejecutada, cuales son los incumplimientos de los términos contractuales por parte de la ejecutante, los hechos que lo respaldan, así como cuales fueron los perjuicios irrogados y las prueba de los mismos, razón por la cual se declara no probada esta excepción.-

Excepciones de mérito que fueron adicionadas por la parte ejecutada en memorial de fecha 27 de septiembre de 2018:

PRIMERA

LA OMISIÓN DE LOS REQUISITOS QUE EL TITULO DEBE CONTENER (...)

En relación con el hecho de que ninguna de las facturas por venta de servicios corresponden a su original, en esta instancia, por auto del 5 de julio de 2022, se ordenó oficiar al Juzgado Doce Civil del Circuito de esta ciudad, para que remitieran de manera urgente el cuaderno principal del expediente original con radicación No. 08-001-31-53-012-2017-00281-06, donde se encuentren la demanda y las facturas anexadas dentro del proceso Ejecutivo interpuesto por ANGIOGRAFIA DE OCCIDENTE S.A. contra OINSAMED S.A.S. – CLINICA LA MISERICORDIA INTERNACIONAL, por las razones antes expuestas, siendo recibidas por esta Superioridad, constatándose que las facturas allegadas son originales de las mismas.-



Determinado lo anterior, alega la parte demandada que las facturas contienen un sello que dice "SCANNER", y al respecto se tiene que de acuerdo a las diferentes definiciones al respecto, el término inglés scanner llegó al castellano como escáner y se trata de un dispositivo que se utiliza para la exploración y el registro de una imagen, siendo el escáner de computadora o de ordenador el más popular. Este periférico utiliza la luz para convertir las imágenes (un documento, una fotografía, etc.) en un archivo digital.-

De lo anterior, se desprende que una vez escaneado un documento este se convierte en una imagen fácil de determinar que ello es así, o sea, una imagen, y del expediente físico, se observa claramente que no nos encontramos frente a un documento escaneado sino frente a un documento original.-

En relación con el sello de SCANNER es de recibo lo señalado por la parte ejecutante, que el mismo se le impuso a las facturas como mecanismo de control y archivo de la clínica, para anotar que el documento ya había sido escaneado y archivado digitalmente, que es la finalidad de escanear un documento, cual es, obtener el archivo digital, debiendo tenerse en cuenta el alto número de facturas que se están ejecutando, el cual alcanza a un mil cuatrocientos treinta y cuatro (1.434), hecho que no le resta originalidad a las mismas.-

En relación con los ítems (ii), (iii), (iv) y (v) éstos fueron estudiados y resueltos en párrafos anteriores, ya que los mismos fueron alegados como excepciones de mérito en el escrito de fecha 4 de diciembre de 2017, razones por las cuales se declarará no probada esta excepción de mérito.-

SEGUNDA

LAS QUE SE FUNDEN EN QUITAS O EN PAGO TOTAL O PARCIAL, SIEMPRE QUE CONSTEN EN EL TÍTULO.

1.- Según definición, QUITA es un concepto vinculado a QUITAR, un verbo que refiere a apartar o suprimir algo, o librar a alguien de algún tipo de obligación y carga.

2.- Para efectos de esta excepción téngase en cuenta que el CONTRATO DE OFERTA MERCANTIL relacionado por la demandante y de los hechos de la



demanda aportada como prueba de la misma, hacen parte del Título Ejecutivo Complejo que soportan las pretensiones.

3.- En aras a la brevedad del presente documento nos remitimos en esta oportunidad a todos los aspectos que en nuestro recurso de reposición contra el mandamiento de pago aludimos al tema relacionado con LAS GLOSAS que debe tener en cuenta la sociedad demandante al confeccionar cualquier factura a cargo de OINSAMED S.A.S. en desarrollo del citado CONTRATO DE OFERTA MERCANTIL, especialmente el reseñado en el aparte IX de ese escrito.-

Sea lo primero iterar que no estamos frente a un título ejecutivo complejo, sino frente a un proceso ejecutivo en el cual se están haciendo efectivas unas facturas por prestación de servicios, por tanto, la reclamación y definición de las glosas es a través del mecanismo de las excepciones de mérito y en este caso, como ha quedado determinado en párrafos anteriores, si bien la sociedad ejecutada presentó glosas, las mismas fueron extemporáneas, por lo que se declarará no probada esta excepción.-

TERCERA

LAS QUE SE FUNDEN EN QUITAS O EN PAGO PARCIAL, SIEMPRE QUE CONSTEN EN EL TITULO

1.- En el aparte III de nuestro recurso de reposición dejamos reseñado que la sociedad demandante no aplicó a los documentos aparejados como títulos ejecutivos unos descuentos pactados en el CONTRATO DE OFERTA MERCANTIL, ni observó lo atinente a las Tarifas pactadas en esta Oferta.

2.- En efecto, en ninguna de esas facturas de servicios se observa la estipulación de los descuentos del 8%, del 15% y del 10% aludidos en ese Aparte III.

3.- Igualmente, en interés a la brevedad, nos remitimos a esa sección III del recurso de reposición para sustentar la presente excepción.

Respecto al hecho de no observarse lo atinente a las tarifas pactadas en esta oferta, en caso de desacuerdo, el camino a seguir, era a través de las glosas correspondientes, que en este caso ha quedado demostrado que si bien la parte demandada presentó glosas las hizo en forma extemporánea.-



En relación con la estipulación de los descuentos del 8%, del 15% y del 10% del contrato de Oferta Mercantil de Servicios, es obligación de la parte demandada, al momento de proponer excepciones señalar los hechos en las cuales las fundamente y si lo considera pertinente las pruebas que pretenda hacer valer, lo cual va en consonancia con lo dispuesto en el artículo 281 del C.G.P. que dispone que la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas.-

Aplicando lo anterior, a la excepción planteada por la parte demandada de Contrato No cumplido, tal y como se determinó en párrafos anteriores, se tiene que la misma no señala hecho alguno, en la cual fundamenta la excepción, así como tampoco señala que es lo pretendido con la misma, simplemente se limitó a hacer una enunciación de unas estipulaciones, sin señalar en qué consistió el incumplimiento del ejecutante, es obligación de la parte demandada, al momento de proponer excepciones señalar los hechos en las cuales las fundamente y si lo considera pertinente las pruebas que pretenda hacer valer, lo cual va en consonancia con lo dispuesto en el artículo 281 del C.G.P. que dispone que la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas.-

CUARTA

LAS DERIVADAS DEL NEGOCIO JURIDICO QUE DIO ORIGEN A LA CREACIÓN DEL TÍTULO

1.- Haciendo honor a la cortedad, bajo el anterior enunciado que regula el numeral 11 del artículo 784 del Código de Comercio, encajamos los argumentos que esgrimimos en nuestro recurso de reposición en los Apartes VII, XII y XVI.

2.- En efecto la sociedad demandante no ha satisfecho la CONDICIÓN SUSPENSIVA en los términos expuesto en el Aparte XII.

3.- En el presente escenario no es de recibo liquidar INTERESES MORATORIOS, sencillamente porque OINSAMED SAS, no renunció a los requerimientos necesarios para ser constituida en mora. Y a fe que estos no los efectuó la sociedad demandante. (Aparte XVI).



4.- Por su parte, la sociedad demandante al confeccionar las facturas aportados como títulos ejecutivos incumplió los términos contractuales de la manera como quedó expuesto en el Aparte II del recurso de reposición.

Todos los días de vencimiento estipulados en cada una de estas facturas difieren ostensiblemente.

Es más: los vencimientos señalados en cada una de estas facturas van en contravía de lo establecido por el Tribunal en el cuarto renglón de la segunda página de su providencia de 18 de junio. En efecto, en éste último documento señala el Tribunal que el vencimiento de las facturas será de 90 días después de radicada cada factura.

ANGIOGRAFIA DE OCCIDENTE, S.A. invariablemente estableció en cada texto que su vencimiento será de 60 días contados a partir de la fecha de creación; mientras que en la Ofertas Mercantil de Servicios las partes estipularon que tal vencimiento acaecería a los 90 días contados a partir de su radicación.

El numeral 11 del artículo 784 del Código de Comercio, dispone:

"11. Las que se deriven de la falta de entrega del título o de la entrega sin intención de hacerlo negociable, contra quien no sea tenedor de buena fe."

Para efectos de la anterior excepción es de tener en cuenta el artículo 625 del Código de Comercio que enseña:

"ART.- Toda obligación cambiaria deriva su eficacia de una firma puesta en el título-valor y de su entrega con la intención de hacerlo negociable conforme a la ley de su circulación.

Cuando el título de halle en poder de persona distinta del suscriptor, se presumirá tal entrega.".-

En relación con el numeral 2º, que la sociedad demandante no ha satisfecho la CONDICIÓN SUSPENSIVA en los términos expuesto en el Aparte XII, del recurso de reposición, en dicho aparte invoca la sociedad ejecutada el incumplimiento del inciso 2º del artículo 427 del C.G.P. que dispone:



“Art. 427.- Cuando se pida ejecución por perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación de no hacer, o la destrucción de lo hecho, a la demanda deberá acompañarse el documento privado que provenga del deudor, el documento público, la inspección o la confesión judicial extraprocesal, o la sentencia que pruebe la contravención.

De la misma manera deberá acreditarse el cumplimiento de la condición suspensiva cuando la obligación estuviere sometida a ella.”.-

Alega la sociedad ejecutada que al convenir las partes en el contrato de Oferta Mercantil de Servicios la figura denominada GLOSAS, y su desarrollo, sujetaron los servicios facturados a irrefutables claras condiciones suspensivas, consistentes en que los derechos patrimoniales en cada una de las facturas no se adquirirían hasta tanto no se definieran con estricta luminosidad las GLOSAS formuladas sobre el contenido de las mismas.-

Es del caso nuevamente dejar determinado, que nos encontramos frente a un proceso ejecutivo en el cual se están ejecutando unas facturas por prestación de servicios de salud, por lo que existe un trámite inter administrativo entre las partes, dentro del cual una vez presentada la factura con los anexos respectivos, se le confiere a la sociedad deudora hacer la revisión correspondiente, dentro del término determinado para ello y si considera procedente deberá dentro de ese estricto término presentar las objeciones o glosas pertinentes; de presentarse glosas dentro del término claramente determinado, correspondería iniciar el trámite correspondiente para la solución de las mismas.-

En el contrato celebrado entre las partes, en el acápite FACTURACION DE SERVICIOS PRESTADOS POR OFERENTE O POR LA CLINICA, acordaron:

“PARAGRAFO SEGUNDO. CLÍNICA MISERICORDIA NORTE – OINSAMED SAS o EL OFERENTE, contarán con un término de treinta (30) días calendario contados a partir de la fecha de su radicación, para revisar, aceptar u objetar las cuentas de servicios prestados. Las devoluciones o glosas serán descontadas de las cuentas mediante notas contables.”

De lo anterior se desprende que la sociedad ejecutada tenía treinta días calendario contados a partir de la fecha de radicación de la factura, para revisarla y si consideraba pertinente dentro de dicho término presentar las glosas, si no ocurría esto último irrestrictamente quedaban debidamente aceptadas las facturas, que es lo ocurrido en este caso, ya que la sociedad



ejecutada presentó unas glosas cuando ya se encontraba en extenso el término antes señalado y por ende cuando ya se encontraban debidamente aceptadas las facturas.-

En relación con el numeral 3º, la sociedad ejecutada en el aparte XVI que denominó IMPROCEDENCIA DEL PAGO DE LOS INTERESES MORATORIOS ESTIPULADOS EN EL MANDAMIENTO DE PAGO AQUÍ RECURRIDO, lo cual hace relación al hecho de no haber renunciado a los requerimientos judiciales, para constituirlos en mora.-

Las partes acordaron en el Contrato de Oferta Mercantil de Servicios, en forma expresa:

“La parte obligada a pagar los servicios efectivamente prestados deberá hacerlo en un término de noventa (90) días, a partir de la fecha de radicación de la cuenta, siempre que no existan objeciones a la facturación. En caso de Mora en el pago por cualquiera de las partes se causaran intereses de mora a la máxima tasa permitida.”.-

De la cláusula anterior, se desprende que la parte obligada en este caso, la parte ejecutada, debía cancelar los servicios efectivamente prestados, en un término de noventa (90) días, a partir de la fecha de radicación de la factura, siempre que no existan objeciones, que en este caso se tienen por no existentes, al haber sido presentadas en forma extemporánea. Una vez transcurrido el término de 90 días a partir de la fecha de radicación de la factura, sin que la ejecutada realizara el pago, incurre en mora y por tanto, se causaran intereses de mora a la tasa máxima permitida por la ley. Por tanto, al no haber cancelado la sociedad ejecutada las facturas que aquí se ejecutan por los servicios prestados, le corresponde cancelar los intereses de mora que se causaron, luego de transcurridos 90 días, contados a partir de la radicación de la factura.”

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia tiene **SALVAMENTO DE VOTO** de la Magistrada Sonia Esther Rodríguez Noriega, la cual se pronunció en los siguientes términos:

1. En cuanto al fundamento del juez de primera instancia para no seguir adelante la ejecución.

El juez de primera instancia fundamentó la decisión de no seguir adelante la decisión sustancialmente en dos argumentos: 1) Que los documentos aducido no cumplían con los requisitos para considerarse como títulos valores como quiera que



la aceptación tácita no se dejó consignada en cada uno de los documentos y ii) Que las facturas no cumplen los requisitos como títulos autónomos, habida cuenta de que en su contenido no se dejó constancia del estado de pago del precio o remuneración y las condiciones del pago si fuere el caso.

Si bien es cierto, al menos el primero de los fundamentos del juez de primera instancia no resulta acertado en el propósito de denegar seguir adelante la ejecución, no menos cierto es que ello conllevara per se a revocar la sentencia de primera instancia y como consecuencia de ello a seguir adelante la ejecución. En este caso resultaba necesario determinar si efectivamente los documentos aducidos resultaban suficientes para constituir por sí mismos el título ejecutivo, o si, por el contrario, éstas debían acompañarse con otros documentos que permitieran integrar el título ejecutivo complejo. Era deber establecer si efectivamente en el caso concreto se encontraba debidamente integrado el título ejecutivo, aun a pesar de haberse analizado esta circunstancia en una apelación de auto anterior.

En lo que se refiere a la posibilidad de analizar los elementos constitutivos del título a pesar de haber sido examinado en un estadio anterior del proceso, se debe señalar que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencias STC 18432 del 2016, STC 14164 del 2017 y STC del 8 de noviembre del 2012, ha determinado que de conformidad con el artículo 228 de la Constitución Nacional y en los artículos 411 y subsiguientes del Código General del Proceso los operadores judiciales tienen la potestad y deber de revisar aún de oficio el título ejecutivo a la hora de dictar sentencia ya sea de única primera o segunda instancia.

2. En lo que se refiere a la constitución del título ejecutivo.

La suscrita considera que en este caso no resultaban aplicables las reglas propias de los títulos valores, de modo que las facturas no podían ser consideradas en sí mismas como tales, sino que, debía seguirse por las reglas de la integración del título ejecutivo complejo. De hecho, la misma parte ejecutante, al momento de presentar la demanda les otorga el carácter de un título ejecutivo complejo y no de uno título autónomo. Así, en el hecho quinto de la demanda expresamente se señaló: "los documentos aportados conforman un título ejecutivo complejo y prestan mérito ejecutivo ya que en ellos consta una obligación clara, expresa y actualmente exigible. Conforme se puede advertir la misma demandante no les otorgó a los documentos aducidos el carácter de título valor.

Y es que las facturas por sí solas no reúnen las condiciones exigidas por el Código de comercio, para tenerlas como facturas cambiarias de compraventa, como quiera que resultaba necesario determinar, en principio, si éstas cumplieron con los criterios determinados contractualmente para su emisión. En otros términos, se debía acompañar el contrato suscrito entre las partes, junto con sus anexos, a fin de establecer no sólo las condiciones para la emisión de la factura, sino también



para proceder a su aceptación y pago. Debía determinarse si el término para la aceptación de las facturas, convenido contractualmente, resultaba superior al término dispuesto en el artículo 773 del Código de Comercio para proceder en tan sentido.

El acompañamiento de los documentos requeridos resultaba indispensable, además, con el propósito de establecer si efectivamente se dio cumplimiento a las disposiciones contractuales relacionadas con el trámite de facturación y de glosas. Así, por ejemplo, en relación con la facturación, se estableció lo siguiente:

En el mismo sentido, en relación con el trámite de las glosas, las partes dispusieron:

De esta forma, en caso de glosas, se debía cumplir el procedimiento establecido para tramitar y decidir acerca de la aceptación o el levantamiento de estas. De esta forma, las facturas glosadas no podrían ser objeto de pago, sino en la parte o proporción no glosada. En todo caso, resultaba necesario dejar constancia de esta situación, lo cual no se advierte. (...)

De esta forma, resultaba necesario valorar cada documento con el propósito de establecer si efectivamente se cumplieron con los presupuestos establecidos contractualmente no sólo para emisión de las facturas (monto de los servicios prestados, descuentos de facturación, etcétera), sino, además, para el trámite para su aceptación o glosas y finalmente para su pago.

Así las cosas, se insiste en que las facturas por sí solas no reunían las condiciones o presupuestos consagrados en los artículos 621 y 774 del Código de Comercio, de modo tal que no podían considerarse como títulos valores autónomos. No se puede perder de vista, que además de los requisitos especiales consagrados en el artículo 774 del ordenamiento mercantil, sino también los consagrados en el artículo 621 ibídem, donde se establece que el título deberá contener la firma del creador. Si bien es cierto, este requisito puede ser remplazado por un signo mecanográfico impuesto, no puede entenderse que éste se encuentra sustituido por el membrete de la firma emisora. (...)

En relación con este punto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que:

“Esto es, que respecto a los requisitos exigidos por la ley mercantil para establecer que determinado documento es, en virtud al cumplimiento de los mismos, un título valor, ha de verse que estos se dividen en generales o comunes no suplidos por ley -positivados en el artículo 621 del Código de Comercio-, y en particulares o especiales para cada caso en concreto, mismos que para las facturas cambiarias de compraventa se establecen en el canon 774 ibídem, siendo que aquellos se traducen en la obligación de que la documental presentada cuente con, entre



otras cosas, la firma de su creador, memorada rúbrica esta que hace derivar la eficacia de la obligación cambiaria según lo enseña la regla 625 ejusdem, y dado que tal no obra en ninguno de los documentos aportados para sustentar el pretense cobro, es que, a la luz de dicho aserto, no había lugar a continuar con el recaudo deprecado en el sub examine, máxime cuando los «membretes preimpresos en las facturas no se pueden tener como firma», razón por la que con base en ello infirmóse la sentencia estimatoria de primer grado, hermenéutica respetable que desde luego no puede ser alterada por esta vía, todo lo cual no merece reproche desde la óptica ius fundamental para que deba proceder la inaplazable intervención del juez de amparo".⁶

3. Respecto de la posibilidad de que las facturas emanadas de la prestación de servicios médicos se constituyan títulos valores.

Si bien es cierto, la Corte Suprema ha aceptado la posibilidad de que las facturas que se expidan en el marco de la prestación de los servicios de salud sin tenidas como títulos valores autónomos, sin que resulte necesario aportar un documento adicional al proceso ejecutivo, ello sólo resulta posible si las facturas cumplen en sí mismas con los requisitos consagrados en el ordenamiento comercial, supuesto que no encaja en el caso bajo estudio, habida cuenta de que las facturas no cumplían con el requisito consagrado en el numeral 2º del artículo 621 y en el numeral 3º del artículo 774 del Código de Comercio.

Aun en gracia de discusión, si se aceptara que los documentos aportado reúnen los requisitos de títulos valores como facturas, resultaba necesario determinar el estudio sustancial de cada una de éstas, no sólo para determinar que hayan sido emitidas de conformidad con las disposiciones contractuales, sino, además, para establecer el término para su aceptación o para proponer las glosas y el trámite de cada una de éstas.

Se debe tener presente que, al momento de ejercer el derecho a la defensa, la ejecutada, no sólo alegó el pago parcial de la obligación, sino además propuso como excepción de mérito derivada del negocio jurídico, indicando que no se había cumplido con las tarifas establecidas para la facturación, precisando que no se habían aplicado los descuentos convenidos. Así, de conformidad con la oferta mercantil presentada, la cual fue debidamente aceptada por la contraparte, se estableció un beneficio a la clínica en los siguientes términos:

"Se propone otorgar un porcentaje de partición del 8% sobre la facturación neta (descontando glosas y devoluciones), incluyendo los servicios hospitalarios y ambulatorios. Adicionalmente, se otorga a la Clínica un descuento del 15% sobre las tarifas vigentes en el mercado para los procedimientos realizados en las unidades, incluyendo los servicios hospitalarios y ambulatorios (...)"

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. STC20214-2017. Radicación n.º 11001-02-03-000-2017- 02695-00. Providencia del 30 de noviembre de 2017.



Como quiera que este punto fue objeto de controversia, resultaba necesario determinar, a partir del análisis de cada factura, si se habían cumplido con los presupuestos para aplicar los referidos descuentos y en últimas para determinar el valor de cada factura.

En el dictamen pericial rendido, se concluyó que no se habían practicado los descuentos convenidos. Así, se señaló:

Esta situación no fue advertida en la sentencia aprobada por la Sala mayoritaria, debiéndose establecer al menos si había o no lugar a aplicar los referidos descuentos o si estos se entendían ya realizados.

4. En los que se refiere a la excepción pago.

Para resolver acerca de esta excepción no resultaba suficiente con señalar que las facturas no fueron glosadas dentro del término dispuesto para tal fin, sino, que era necesario determinar si había procedido un pago, al menos parcial de la obligación exigida, sin que de esta situación se hubiere dejado constancia en el cuerpo de la factura. Se debe recordar que el artículo 774 del Código de Comercio en su numeral 3° consagra:

“El emisor vendedor o prestador del servicio, deberá dejar constancia en el original de la factura, del estado de pago del precio o remuneración y las condiciones del pago si fuere el caso. A la misma obligación están sujetos los terceros a quienes se haya transferido la factura.”

Todo lo anterior no significa que se desconozca la existencia de obligaciones entre las partes, sino que el proceso ejecutivo no constituye el idóneo para perseguir su materialización, sino que se debe acudir al proceso verbal declarativo, puesto que resulta necesario determinar cumplimiento contractual, así como el monto de obligaciones y saldos.”

(Magistrada Sustanciadora Dra. Carmiña Elena Gonzalez Ortiz, Radicado Interno: 43.453, Julio 21 de 2022)

PROCESO EJECUTIVO – Titulos valores/Tenedor de buena fe/**EXCEPCIÓN DE EXISTENCIA DE NEGOCIO JURÍDICO CAUSAL-** No resulta demostrada/ **TITULOS VALORES EN BLANCO-** Eficacia probatoria

“En tal sentido, el debate se centra si la parte demandante, estaba en el deber de aducir elementos suasorios que demostraran que ha procedido bajo el manto de la buena fe, específicamente no había prueba que se hubiese efectuado la indemnización del daño causado por el siniestro,



como lo reclama la entidad ejecutante o por, el contrario, las situaciones derivadas del negocio jurídico que dio origen a la creación o transferencia del título, se tornaban inanes, posición defendida por el extremo activo.

(...)

Aplicando al asunto concreto, las premisas normativas citadas y confrontadas con las probanzas, tanto documentales como testimoniales, se tiene que:

La autonomía de los títulos valores no es absoluta, pues viene ligada al principio de buena fe exenta de culpa. Para el presente caso, debe indicarse que conforme el interrogatorio realizado a la parte demandante y de acuerdo con lo esgrimido en el numeral 2 de este capítulo, se denota que CRA S.A.S. sabía del negocio causal. Es decir, tenía conocimiento que el pagaré provenía de un negocio que en su momento aseguró Cóndor S.A. para garantizar el cumplimiento y legalización de unos subsidios de vivienda familiar con el INURBE.

Aun así, tal sociedad no se preocupó por averiguar si, en efecto, se había pagado la suma consignada en el pagaré objeto del litigio.

Ante las excepciones presentadas por la parte demandada, lo único que hizo fue solicitar al Juzgado que se oficiara a FIDUAGRARIA, para que certificara el documento en el que, presuntamente, figuraba el pago. Al conocer la respuesta de tal entidad en forma negativa, simplemente guardó silencio. Solo hasta la pregunta realizada por el Juez de instancia, se manifestó, aduciendo que ellos no aportaban nada, y que “Ya en un proceso previo me tocó ir a mí mismo el archivo de trans-archivos y encontré bastantes documentos que la FIDUAGRARIA decía que no existían”.

Es decir, se reitera, CRA S.A.S. estaba en la posición de averiguar si el pago se había realizado, puesto que tenía acceso a los archivos de FIDUAGRARIA. Sin embargo, no realizó las gestiones pertinentes para investigar tal situación. Y es que lo anterior, por ser del giro ordinario de sus negocios sumado a su experiencia de 22 años en el ramo, exigía la diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes.

Además de lo anterior, en el interrogatorio de parte, del señor JUAN SEBASTIAN RUIZ PIÑEROS en calidad de apoderado general de la empresa demandante, con facultad para absolverlo, expuso que no sabía si el título



había sido suscrito con espacios en blanco, toda vez lo recibió completamente diligenciado. De lo que se advierte que no examinó el título valor de forma general, puesto que este contaba con presentación personal ante notario, en el que se consignó que se había firmado sin llenar varios espacios.

En rigor, lo que aquí planteó el inconforme no se acompasa con la sustentación legal, doctrinaria y jurisprudencial, contrario sensu, el Juzgado de instancia interpretó la demanda y valoró los elementos de juicio recaudados, a la luz de las normas existentes, razonablemente aplicables al este proceso. Razón por la cual, considera esta Sala que tal reparo no está llamado a prosperar, ya que una mera divergencia conceptual no puede ser fundamento para que se resuelva favorablemente una inconformidad.

2º) El segundo reparo, va encaminado a fustigar la decisión de primera instancia, bajo la premisa, según la cual el juez reprocha que no se haya aportado "la carta de instrucción de diligenciamiento del pagaré base de ejecución, lo que a la postre además impedía continuar adelante con la ejecución, por la imposibilidad de determinar si era exigible o no el instrumento, conforme los supuestos expuestos en la demanda."

En relación con la falta de instrucciones para diligenciar los espacios en blanco del título valor, la Sala debe indicar que el Estatuto Mercantil habilita la posibilidad para otorgar títulos valores con estos espacios, facultando al tenedor legítimo del título para que los diligencie de conformidad con las instrucciones dadas por el suscriptor. (...).

Es aceptado, prima facie, que la ausencia de instrucciones para diligenciar los espacios en blanco de un título valor por sí misma no tiene la potencialidad de despojarlo de mérito ejecutivo, ni mucho menos conlleva de forma inexorable a la ineficacia o nulidad del instrumento, sino que impone la necesidad de adecuarlo a lo que efectivamente los sujetos negociales acordaron, siempre y cuando se demuestre que éste no se diligenció en los términos acordados.
(...)

Citadas las anteriores jurisprudencias, y enfatizando que en un primer acercamiento el legítimo tenedor de un título valor, está facultado para llenar los espacios en blancos, y que le corresponde a la parte ejecutada demostrar, que o bien no existía instrucción alguno, ora se diligenció con



inobservancia de las instrucciones pactadas; esta interpretación no tiene virtualidad de dar prosperidad al reparo y de contera salga adelante la pretensión del apelante, por cuanto, en este asunto, si se llenó o no el pagaré antes o después de ser negociado por CENTRO DE RECUPERACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE ACTIVOS CRA S.A.S., es intrascendente, habida cuenta que no es un tenedor de buena fe, como se explicó en párrafos antecedente.

3º) El apelante igualmente arguye el reparo encaminado a fustigar la decisión de primera instancia, con base en que la carga de probar la inexistencia de la obligación recaía únicamente en el ejecutado y el juez no debía invertirla arbitrariamente so pretexto de una negación indefinida, esto teniendo en cuenta que el título ejecutivo es prueba suficiente para exigir el pago de la obligación por el principio de autonomía y literalidad que lo recubre.

Bajo el entendido que, este aspecto está íntimamente relacionado, con la preceptiva del tercer inciso, del canon 622 del Código del Comercio, en concordancia con el canon 835 ibidem, puede presentarse, que, por un lado, no sea strictu sensu, un tenedor de buena fe exenta de culpa, de manera y suerte que la presunción del último de los artículos citados es iuris tantum, contra la cual es factible probar, con el fin de destruida la calidad impoluta de la tenencia en la fe.
(...)

Por otro lado, el numeral 3 del artículo 203 de Estatuto Orgánico del Sistema Financiero establece que "por el hecho de pagar el seguro, la entidad aseguradora se subroga en los derechos de la entidad o persona asegurada contra la persona cuyo manejo o cumplimiento estaba garantizado, con todos sus privilegios y accesorios". Disposición que guarda concordancia con lo previsto en el artículo 1099 del Código de Comercio conforme al cual la subrogación estará limitada en su alcance a los términos del contrato, entre otros, los contenidos en el seguro de cumplimiento.

Recuérdese que, para el ejercicio de la acción subrogataria y en lo que resulta pertinente a los seguros de cumplimiento, deben verificarse los siguientes presupuestos: (i) la vigencia de un seguro al momento de la ocurrencia del siniestro, y (ii) que se haya efectuado la indemnización del daño causado por el siniestro, lo que se erige como título de la subrogación legal.



Teniendo como base ese marco normativo, se debe analizar, en primer lugar, la constancia del pago del siniestro efectuado por la aseguradora, que datan del 30 de junio de 2015 y otra del 14 de agosto de la misma anualidad toda vez que fueron desconocidas por la ejecutada.

Al retomar la regla de la carga de la prueba, itérese que "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen" (primer inciso del art. 167 Código General del Proceso). Por tanto, en principio, a la ejecutada le correspondía acreditar los hechos alegados en su defensa. No obstante, esta emitió una negación indefinida, como lo fue la inexistencia del negocio causal, la cual está exenta de prueba en la forma contemplada por el último inciso de la norma en cita.

Significa ello que la carga de demostrar la existencia del pago del siniestro efectuado por la aseguradora le incumbía a la ejecutante, quién no acreditó lo propio, además es que la endosataria CRA S.A.S., sabía del negocio causal, tanto así que en el interrogatorio de parte se dijo:

"...este proceso se inició por cuenta del pagaré 329053, que en su momento fue endosado en propiedad por la sociedad Cóndor Compañía de Seguros Generales, en favor de mi representada la sociedad CRA S.A.S., por cuenta del negocio de compraventa de activos y derechos que se hizo durante el proceso liquidatorio de dicha aseguradora en el cual se transfirieron derechos de recobro, acuerdos de pago y títulos valores.
(...)

En concreto el pagaré 329053 fue suministrado por la sociedad Cóndor Compañía que en su momento nos indicó que fue suscrito por los señores Baena Dietes y la sociedad Inversiones Trifer LTDA., por cuenta de un negocio que en su momento aseguró la aseguradora Cóndor S.A., para garantizar el cumplimiento y legalización de unos subsidios de vivienda familiar con el INURBE..."⁷ (Subrayado de la Sala)

Entonces CRA S.A.S. sabía cuál era el negocio causal y debió saber la reglamentación legal proferida por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en razón de su vasta experiencia, 22 años, en el sector. Sin embargo, ante el desconocimiento del pago del siniestro efectuado por la aseguradora, simplemente se limitó a solicitar que el Juzgado oficiara a

⁷ Ver expediente digital, derivado "21.Audiencia 372 y 372.mp4" mins 11:16-12:21



Fiduagraria para que certificara si el comprobante contable fue expedido por dicha aseguradora. Esta entidad contestó que:

“...respetuosamente informamos que, el soporte denominado Folio 30 allegado junto a su solicitud Oficio No. 320 no es legible, razón por la cual no es posible determinar y/o validar la información descrita en el mismo, por esta razón, en aras de proceder con la búsqueda de este al interior del archivo documental de la Extinta Cóndor S.A. agradecemos aportarlo nuevamente a las siguientes direcciones...”⁸

Es decir, ante tal respuesta, ese hecho quedó huérfano de prueba, sin que se pueda tener como tal, la mera afirmación de la parte. Aunado a que en el interrogatorio de parte se indicó que:

“...lastimosamente FIDUAGRARIA S.A. es una de las entidades menos acuciosas en su quehacer y su excusa siempre ha sido que solo revisan un Excel y que como en el Excel, con los criterios de búsqueda no encuentran nada, entonces no aportan nada, pero nunca se van a reunir los de contabilidad. Ya en un proceso previo me tocó ir a mí mismo el archivo de trans-archivos y encontré bastantes documentos que la FIDUAGRARIA decía que no existían”.⁹

De lo anteriormente expuesto, se deduce que CRA S.A.S., tenía acceso a los archivos y, por ende, se encontraba en mejor posición para probar, o por lo menos, intentar demostrar, que el pago se había realizado. Sin embargo, no lo hizo. Se reitera que, en razón de la falta de diligencia del demandante, la afirmación indefinida se quedó sin pruebas.

En consecuencia, ante la inexistencia de prueba del pago para diligenciar el título valor base de la acción, la actora no justificó la causa efectiva para cobrar la suma pretendida en la demanda con soporte en el pagaré que la acompaña.

En otras palabras, si no se logró probar el pago de la póliza afectada, y con base en este llenó los espacios en blanco del instrumento cambiario en que cimienta su reclamación judicial, a juicio de esta Sala, no hay lugar al desembolso del dinero que ahora se persigue por vía ejecutiva, pues no hay causa alguna para que a ello acontezca.

⁸ Ibídem, derivado “10FiduagrariaResponde.pdf”

⁹ Ver expediente digital, derivado “21.Audiencia372y372.mp4” mins 46:05-46:28



Sólo con la acreditación del pago, se facultaba al legítimo tenedor para diligenciar los espacios en blanco del título valor, y comoquiera que ello no se acreditó, debe concluirse que aquél fue completado y presentado judicialmente para el cobro sin ningún apoyo jurídico, lo que le resta eficacia jurídica al documento base de la acción y así, exigibilidad.
(...)

4º) La existencia de un negocio jurídico causal no convierte el título valor en título ejecutivo complejo. (Reparo realizado en la interposición del recurso ante la primera instancia)

De todo lo esgrimido en los numerales anteriores, basta con decir que, en este caso concreto, no se trató el título valor como título complejo, en virtud del negocio causal. Lo que se buscó fue que la sociedad ejecutante, por la posición privilegiada que tenía para encontrar las pruebas del pago de la indemnización que generó que se llenara el título valor, las trajera al plenario, y de esta manera acreditar la diligencia con la que pudo haber actuado."

(Magistrado Sustanciador: Dr. Bernardo López, Radicado Interno: 43.717, Agosto 11 de 2022)

CONTRATO DE LEASING HABITACIONAL- Proceso de restitución de tenencia: Mora del locatario/ **EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO POR HECHO DE UN TERCERO-** Falta de descuento en mesada pensional: Improcedente/ Contractualmente no se pactó que los canones se cancelarían a través del método de libranza/ **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN DE LAS CUOTAS EN MORA-** No resulta admisible pues lo solicitado es la terminación del contrato y restitución del inmueble objeto de leasing

"En el caso bajo estudio, entre la demandante BBVA COLOMBIA S.A. y la demandada MIRROSALBA DAZA ÁLVAREZ, se celebró un contrato de leasing habitacional, en virtud del cual la entidad financiera entregó a la demandada, bajo esta modalidad, el inmueble distinguido como apartamento 403 y el garaje número 8, que hace parte del conjunto residencial Portal de Villa Carolina II Etapa, ubicado en la carrera 71 Nro. 94-124 de la ciudad de Barranquilla, identificados con Folios de Matrículas Inmobiliarias Nro. 040-498980 y 040-488018 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de esta ciudad. En la cláusula tercera del referido



negocio jurídico expresamente se estableció el objeto del mismo, bajo los siguientes términos:

"En virtud del presente contrato, BBVA COLOMBIA entrega a EL (LOS) LOCATARIO(S) a título de Leasing habitacional y éste(os) lo recibe(n), la tenencia del (de los) inmueble(s) descrito(s) en la cláusula sexta y en Anexo N° 1, que hace parte integral del presente contrato y/o en el documento de activación de este contrato que se genera el día que BBVA COLOMBIA desembolse las sumas correspondientes al (a los) constructor(es) y/o vendedor(es), para su uso y goce, quién(es) pagará(n) los cánones periódicos pactados durante todo el plazo convenido. Al vencimiento del citado plazo, el (los) inmueble(s) serán restituidos al BBVA COLOMBIA, salvo que el (los) locatario(s) decida(n) adquirirlo(s), ejerciendo y pagando el valor de la opción de adquisición señalada en la cláusula quinta (5ª) y en el Anexo Nro. 1 que hace parte integral del presente contrato y/o en el documento de activación de este contrato que se genera el día que BBVA COLOMBIA desembolse las sumas correspondientes al (a los) constructor(es) y/o vendedor(es), siempre y cuando hubiere(n) pagado la totalidad de los cánones de pactados en los términos y condiciones establecidos en el citado Anexo N° 1. PARÁGRAFO: La suscripción de este contrato no transfiere el derecho de dominio del (de los) inmueble(s) a EL (LOS LOCATARIOS), evento que sólo ocurrirá cuando éste (estos) ejerza(n) la opción de adquisición y pague(n) su valor."

En la cláusula quinta se estableció: *"Si EL (LOS) LOCATARIO (S) ejerciere (n) oportunamente la opción de adquisición del (de los) inmueble(s), deberá(n) pagar la suma establecida en el Anexo N° 1 que hace parte integral del presente contrato y/o en el documento de activación de este contrato que se genera el día que BBVA COLOMBIA desembolse las sumas correspondientes al (a los) constructor(es) y/o vendedor(es), a más tardar en la fecha de terminación allí señalada junto con las demás sumas necesarias para la transferencia y conforme al procedimiento indicado en la cláusula vigésima séptima (27) de este contrato."*

Finalmente, en lo que respecta a la terminación del contrato de forma unilateral por parte de la entidad financiera, se dispuso: *"EL BBVA COLOMBIA podrá dar por terminado este contrato antes del vencimiento del plazo acordado y exigir la restitución del (de los) inmueble(es) entregados en leasing sin necesidad de declaración judicial, dando cumplimiento al procedimiento definido en la cláusula vigésima novena (29) del presente contrato para la devolución de la canon inicial y de los saldos amortizados al precio de la opción de adquisición de (de los) inmueble(s) en cualquiera de las siguientes situaciones: (i) el no pago oportuno del canon, por más de noventa (90) días contados a partir de la cesación del pago del período correspondiente (...)"*

En el caso bajo estudio, la entidad financiera alega como causal terminación del contrato y consecuencial restitución del inmueble precisamente la mora del locatario en el pago de los cánones por un período superior a noventa días. Así, al momento de presentar la demanda, BBVA COLOMBIA señaló que la demandada incumplió la obligación de pagar el canon de arrendamiento en la forma que se estipuló en el contrato



e incurrió en mora en el pago correspondiente desde el mes de junio de 2017.

En su defensa, la demandada alude que al hecho de un tercero que imposibilitó la aplicación de los pagos. De esta forma, al sustentar la excepción de inexistencia de incumplimiento voluntario, ésta manifestó lo siguiente:

“Se desprende dicha excepción, de la misma respuesta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES S.A.), cuando en el Oficio BZ2021_3605717-0741925 de 06 de mayo de 2021, expone que la cesación de los descuentos a la mesada pensional de la demandada, se debe a una orden emitida por un tercero.

Es por ello que, de existir incumplimiento en el pago de los cánones de arrendamiento, no se debe atribuir a la demandada MIRROSALBA DAZA ALVAREZ. Ha cumplido con las exigencias de la hoy entidad demandante, y no puede endilgarse a la parte pasiva un hecho que por demás desconocía, y solo hasta que se responde la petición, en Oficio de 06 de mayo de 2021, se entera de la razón de la ausencia de descuentos a la asignación pensional, única manera de cancelar sus obligaciones. Incluso, ni siquiera señor Juez la respuesta esquiva de COLPENSIONES S.A, sobre la no identificación del “tercero” da lugar a culpa de mi apadrinada.”.

Conforme se advierte, la demandada alega que no incumplió el contrato de leasing celebrado y que la falta de pago se debió a una circunstancia no imputable a ella, sino, al hecho de un tercero. Así las cosas, aunque reconoce la cesación de pago de los cánones, argumenta que ello obedece a un hecho ajeno a ella. Este argumento se encuentra fundamentado probatoriamente en el documento contentivo de la respuesta emitida por COLPENSIONES, relacionada con el cese los descuentos autorizados e inicialmente practicados, en la cual se indicó lo siguiente: (...).

Este constituye el único elemento en el cual la demandada sustenta su defensa para señalar que la ausencia de pago de los cánones ha obedecido a un hecho no atribuible a ésta, sino a un tercero. En atención a ello, la Sala debe precisar que este argumento no tiene la virtualidad y mucho menos la suficiencia para desvirtuar, no sólo la obligación crediticia adquirida por la demandada, sino, además, la insatisfacción de esta prestación periódica, que ha conllevado a que incurra en mora por un término superior al consagrado en la cláusula 29 del negocio jurídico celebrado, es decir por más de 90 días.

En primera medida, la Sala debe advertir que contrato de leasing no se determinó que el pago se haría a través del sistema de libranza, por el



contrario, se pudo determinar que los pagos por concepto de cánones se realizaban directamente a la entidad financiera por parte de la locataria.

Lo anterior, se puede establecer inclusive a partir del documento contentivo de la petición que la señora MIRROSALBA DAZA ÁLVAREZ remitió a la entidad financiera, en el cual se lee lo siguiente: *“Los pagos concernientes a esa adquisición se efectuaban directamente al banco, mientras estuve como funcionaria de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.”*

Aunado a lo anterior, no existe coincidencia entre la suma que debía pagarse por concepto de cánones y el monto que se descontaba a través del sistema de libranza. Así, mientras que la obligación representativa de los cánones ascendía a la suma de dos millones cuatrocientos once mil setecientos treinta y cinco pesos M/L (\$2.411.735), el monto descontado a través de libranza sumaba cuatro millones trescientos ochenta y cuatro mil ciento cuarenta y tres pesos (\$4.384.143), conforme se advierte de la respuesta emitida por la administradora de pensiones COLPENSIONES. Además, en la organización interna, cada obligación se encontraba representa por uno número o código distinto.

Aún en gracias de discusión, si se admitiera que efectivamente los cánones se cancelaban a través del sistema de libranza, la circunstancia descrita por la demandada no constituye una causal válida que justifique la insatisfacción de la obligación. En otros términos, la demandada no puede alegar el hecho de un tercero como un eximente de la obligación crediticia contraída con la entidad financiera, habida cuenta de que, dada su naturaleza, ésta podía ser satisfecha de una forma distinta a la planteada por la demandada, verbigracias a través del pago directo ante la entidad financiera. De esta forma, el reparo relacionado con este tópico no se encuentra llamado a prosperar.

Ahora bien, en lo que se refiere a la prescripción de los cánones alada por el recurrente, la Sala debe advertir que el presente trámite no se encuentra encaminado a perseguir la satisfacción de la obligación crediticia representada en el pago de estos conceptos, sino a procurar la terminación del contrato de leasing y como consecuencia de ello ordenar la restitución de los inmuebles objeto del referido negocio jurídico. De este modo, no podría alegarse la prescripción de la obligación de pagar los referidos cánones con el propósito de enervar la pretensión de restitución, puesto que, para tales efectos, basta con demostrar el incumplimiento de la



obligación de pago por término dispuesto convencionalmente (90 días), circunstancia que se encuentra expresamente determinada y no fue desvirtuada por la demandada. Cabe precisar que el extremo pasivo adoptó un comportamiento indiferente en términos probatorios que pudiera conducir a desacreditar la tesis planteada por la parte demandante, tan solo se limitó a señalar que la cesación de pagos se produjo por una circunstancia no atribuible a ella, lo que, se insiste, no constituye un argumento válido o suficiente para enervar la pretensión de restitución."

(Magistrada Sustanciadora: Dra. Sonia Esther Rodríguez Noriega, Radicado Interno 43.971, Agosto 9 de 2022)

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL- Deber de las parte demandante de acreditar la existencia del camino o vía pública presuntamente afectado por la acción de los demandados/ **PRUEBAS DE OFICIO-** No pueden suplir la actividad probatoria de las partes/ **DOCUMENTOS PÚBLICOS-** Los arrimados al proceso no demostraron el supuesto fáctico de las pretensiones de la parte actora

"A efectos de resolver los problemas jurídicos planteados, nos referiremos a la inconformidad de la entidad recurrente contra la sentencia de primer grado, en la que acusa a la señora jueza a-quo, de no velar por la materialización de la justicia real y efectiva, específicamente en lo que atañe a la búsqueda de la realidad material; pues considera que ante la incertidumbre que reinaba en el proceso, respecto de la existencia o no de la vía pública denominada Camino a la playa, la jueza debió realizar mayores esfuerzos probatorios, con el objetivo de comprobar oficiosamente, si el camino público a que se refiere la demanda existía o no, cosa que no hizo; al mismo tiempo que se le enrostra no haber analizado debidamente los actos administrativos expedidos por el Municipio de Puerto Colombia, conforme a los cuales se daba cuenta de la existencia y usurpación del alegado camino público.

Frente a esos argumentos, cabe recordar, que el artículo 177 del C.P.C., vigente cuando se presentó la demanda con la que se inició este proceso, preceptuaba "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.", precepto que, con otras palabras, se encuentra contenido en el actual art. 167 del C.G.P., que además consagra la posibilidad de que el juez, en uso de la



facultad-deber de garantizar la igualdad de armas, pueda distribuir la carga probatoria, en lo que se denomina la carga dinámica de la prueba, para disponer que la parte que se encuentre en mejor condición de acreditar un hecho, incorpore al proceso la prueba correspondiente; sin abandonar, claro está, aquella otra facultad-deber de que se encuentra investido por el art. 169 del C.G.P., para decretar pruebas de oficio, para obtener “...la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes...”; disposición normativa sobre la cual es preciso indicar que la prueba de oficio cuenta con dos escenarios: a) Las pruebas que el juez oficiosamente debe decretar, so pena de que la sentencia pueda ser aniquilada por vía del recurso de casación, por ejemplo la prueba de ADN en procesos de filiación o impugnación, de inspección judicial en la pertenencia, el dictamen pericial en los divisorios, y otros más; y, b) El uso discrecional de esta facultad, con el propósito de aclarar puntos oscuros o confusos que interesan al proceso; sin que la circunstancia de no hacer uso de la misma, conduzca per se al quebrantamiento de la sentencia, pues es la parte que quiere valerse de un hecho determinado, la que en principio corre con la carga de demostrarlo.

Sobre este particular, la Corte Constitucional, en sentencia T-615 de 2019, precisó que la facultad oficiosa del juez civil para decretar pruebas, debe ejercerse de manera armónica con los principios que gobiernan la actividad judicial, es decir, como una herramienta para garantizar la igualdad de las partes y la lealtad procesal, sin afectar la imparcialidad e independencia que debe observar; de manera que el decreto oficioso de pruebas, debe realizarse con el objetivo de buscar la verdad de los hechos objeto de debate, “...pero sin incurrir en la ruptura de las cargas procesales de las partes y sin corregir la actividad probatoria de quien ejerce o resiste la acción...”; y, al efecto, señaló una serie de reglas que los jueces civiles deben tomar en consideración en esta material, que en punto a la igualdad material que el juez debe garantizar a las partes intervinientes en el proceso, señaló que al decretar pruebas de oficio, el juez debe tener la certeza de que con ello “...no incurre en la profundización de una asimetría real, ni a una situación en la que pierda independencia y autonomía por corregir o subsanar el incumplimiento de una carga procesal de una de las partes, y, por último, permitir que la contraparte ejerza el derecho de contradicción...”.

Aplicado lo anterior a este caso, encontramos que los demandantes, al haber señalado que el daño que presuntamente han soportado deviene de



haber ocupado los demandados, de manera indebida e ilegal, una vía pública denominada "Camino a la playa", que devino en la desaparición del acceso que a través de esa vía utilizaban para ingresar al predio de su propiedad, tenían la carga de acreditar, la existencia de dicho camino, el uso que la parte demandante hacía de esa vía pública para ingresar al terreno de su propiedad, y la usurpación de ese camino por parte de los demandados; tornándose de especial importancia la demostración del primer supuesto fáctico, como quiera que sirve de antecedente necesario para poder evidenciar los otros dos; carga probatoria que indudablemente es de la parte demandante, conforme a lo previsto en el art. 167 citado.

Tal deber probatorio, pretendió cumplirlo la parte actora, con el aporte al proceso de una serie de documentos, que, a juicio de esta Sala, no lograron el objetivo propuesto, puesto que carga que pretendieron cumplir aportando una serie de documentos, como son las copias de diversas escrituras públicas, contentivas de actos de enajenación del dominio, respecto de bienes diversos al que atañe a esta Litis, y con las copias de la Resolución No. 084 del 9 de junio de 2010 expedida por la Secretaría de Desarrollo Territorial del Municipio de Puerto Colombia, conforme a la cual se negó una licencia de construcción a un colindante (la Universidad del Norte) bajo el argumento de estarse pretendiendo la intervención sobre un terreno de espacio público; documentos éstos que, aunque mencionan la existencia en el sector de un camino denominado "Camino a la playa"; - Ver folios 45 y siguientes del cuaderno principal No. 1 del expediente digital, no resultan indicativa de la ubicación exacta de dicho camino, de su extensión, ni de su colindancia con el terreno de propiedad del Club Campestre; situación por la que la señora jueza de primer grado ordenó la práctica de un dictamen pericial.

Ese dictamen fue elaborado por el Auxiliar de la justicia GERMÁN ANGULO DOMÍNGUEZ, y, es visible en los folios 2 y siguientes del documento #20 del expediente digital; experticia en la que el perito afirma la existencia del aludido camino público, fincando su concepto en dos (2) piezas documentales fundamentales, a saber: i) Una carta catastral expedida por el Instituto geográfico Agustín Codazzi del año 1980, visible a folios 25, 26 y 46 del dictamen, conforme a la cual, entre los predios del Club Campestre y los que en su momento pertenecían a Cementos del Caribe, existía un sendero o camino; no obstante tal y como lo admitieron los expertos que fueron interrogados por la jueza de primera instancia, dicho documento no comporta plena prueba, pues en el cuerpo del mismo se establece que se



trata de una carta catastral preliminar, lo que quiere decir, qué la información allí contenida no es definitiva; y, ii) La escritura Pública No. 0018 del 6 de enero de 1998, otorgada ante la Notaría 3ª de Barranquilla, conforme a la cuales, el lindero norte del predio objeto de la Litis estaba conformado por un predio que era de propiedad de Ángel M. Palma, pero con el denominado Camino a la playa en medio, sin embargo, tal y como en efecto lo advirtieron los peritos que intervinieron en el proceso, al ser interrogados por las partes y la Jueza de instancia, pese a que en el texto de la escritura se señala la existencia de dicho camino en el lindero norte, en los planos adosados a las mismas el mencionado camino no aparece, generando una incongruencia que impide tener por demostrada la existencia de esa vía pública con base en tales documentos.-Ver folios 7 y siguientes del documento #24 del expediente.

Lo dicho por ese perito, fue rebatido por la parte demandada, qué una vez tuvo conocimiento del dictamen aportó al proceso uno diferente a modo de contradicción, este último elaborado por la compañía OSM INGENIERÍA TOPOGRAFÍA SAS, firmado por el Ingeniero OTONIEL SUÁREZ MOLINA, en el que, contrario a lo expresado por el perito Germán Angulo Domínguez, boga por la tesis de la inexistencia del citado camino a la playa; argumentando para ello, que es técnicamente imposible determinar la existencia de una vía pública, basándose única y exclusivamente en una carta catastral preliminar, y las imágenes satelitales del sistema Google Earth, como lo manifestó el primer perito interviniente; y, que además, en el inventario de vías públicas del municipio de Puerto Colombia-ver folios 43 y siguientes del documento #24 del expediente-, que fue obtenido por la parte demandada a través de derecho de petición, y le fue puesto de presente a efecto de que fuera analizado, no se evidencia la existencia del citado camino, lo que se corrobora con otras escrituras públicas, como la número 2907 otorgada ante la Notaría Quinta de Barranquilla el 10 de julio del año 2000, la cual pese a versar sobre la misma área de terreno que aquí se debate, en el plano anexo a la misma, tampoco se relaciona la existencia material del camino aludido.

En este estado del análisis conviene recordar, que por expresa disposición normativa, a los municipios les corresponde elaborar el plan de ordenamiento territorial –POT-, en el que no sólo deben incluirse la totalidad de los bienes públicos con los que cuenta el municipio, dentro de los cuales indefectiblemente deben contarse las vías y caminos públicos, sino además establecerse las limitaciones al uso del suelo, conforme a las condiciones



urbanísticas, sociales, culturales, y demás, relevantes para garantizar el correcto desarrollo urbanístico; y, en este caso, no se demostró en el plenario que la citada franja de terreno público estuviera relacionada ni en los inventarios de vías, ni en el plan de ordenamiento territorial; y pese a que la parte demandante y hoy recurrente achaca esa falta de prueba a la supuesta inacción de la Jueza de primera instancia, lo cierto es que la carga de probar ese supuesto, que se reitera, deviene fundamental para demostrar el daño alegado, le asistía a los demandantes, y, de hecho, emprendieron tal tarea, al igual que lo hizo la parte demandada para desacreditar la existencia del camino público mencionado; pero, la accionante no tuvo éxito en su propósito de demostrar la existencia de dicho camino.

En estas condiciones, el análisis que de las probanzas vertidas efectuó la funcionaria del primer conocimiento, se considera ajustado a derecho, pues no podía dársele a los actos administrativos aportados por los demandantes, unos efectos jurídicos que no tienen, y, ante tal orfandad probatoria respecto de la presunta existencia de una vía denominada “Camino a la Playa”, que fuera de naturaleza pública, las pretensiones no podían salir adelante. Es más, tal como sostuvo la sentenciadora de primer grado, aún si en gracia de hipótesis se aceptará que está demostrada la existencia de una vía pública denominada camino a la playa, ello per se no implicaría la prosperidad de la demanda pues, aún tendría que probar la demandante, que la actual inexistencia de dicho camino es consecuencia directa de una conducta asumida por sus demandados y no por ejemplo el fruto de las decisiones administrativas que el ente territorial ha venido tomando a lo largo de los años, respecto de su organización territorial, pues tanto de las imágenes satelitales aportadas al plenario, como de los planos de las vías que el municipio de Puerto Colombia remitió a instancias de este proceso, se puede determinar que de esos documentos, no surge evidencia alguna del denominado camino a la playa anterior o actualmente, y como quiera que la parte actora no demostró que esa presunta inexistencia actual fuera consecuencia directa del actuar de los demandados, como tampoco el daño y la relación causal correspondiente, las pretensiones no tienen vocación alguna de prosperidad, lo que implica la confirmación de la sentencia impugnada (...).”

(Magistrada Sustanciadora Dra. Vivian Victoria Saltarín Jiménez, Radicado Interno: 43.234, Junio 22 de 2022)



PROCESO DE EXPROPIACIÓN - Función reparatoria respecto de los perjuicios materiales causados con la declaratoria de utilidad pública del inmueble/**LUCRO CESANTE**- Método utilizado para su determinación pericial

“Pues bien, la Sala encuentra afinados los razonamientos expuestos por el juez de instancia con respecto al daño emergente en la sub categoría de gastos notariales y de registro. Es que la expropiación no es un contrato, no es una venta, ni siquiera forzada, como la que se verifica en subasta pública en determinados casos; es una figura esencialmente distinta, de derecho público, enderezada al bien de la comunidad y en virtud de la cual, por motivos superiores, la Administración toma la propiedad particular, y como esta medida genera un daño, y no un precio, se satisface mediante una indemnización.

De tal forma entonces que la negativa al reconocimiento de esta subcategoría de daño emergente se ajusta a derecho (respuesta al primer problema jurídico).

Por otra parte, con relación al reconocimiento del lucro cesante, en criterio de esta sala existen elementos probatorios suficientes para su reconocimiento. Véase en ese sentido certificación del contador JULIAN ANDRES VIRACACHA¹⁰ lo cual permite determinar el margen de ganancia. Luego la impugnación no será aceptada

2.-Junto con la demanda la parte demandante acompañó el avalúo comercial, dictamen del cual se corrió traslado a la parte contraria y fue controvertido. Por otro lado, el demandado junto con la contestación de la demanda objetó el avalúo aportado por la parte demandante, acompañando a su vez trabajo pericial. De dicha prueba pericial se corrió traslado a la parte contraria.

Pues bien, destaca esta sala la pretensión del impugnante así:

“el único punto por el cual se recurre la sentencia consiste en que el a quo determinó el valor del terreno con base en el avalúo presentado por la ANI, cuando debió valerse del valor establecido en el avalúo de mi poderdante. Por ello, es que no existe debate frente a los valores asignados por el Juzgado para el daño emergente (\$ 139.762.260,00), el lucro cesante (\$5.520.373), o el valor de las construcciones (\$144.222.540) y construcciones

¹⁰ Ver record 17:30 audiencia de fallo



anexas (\$409.724.922). Queda entonces por analizar los valores asignados en cada uno de los avalúos al terreno(...) Mientras que el Avalúo ANI estableció un valor total del terreno por \$674.338.843,44, el Avalúo Terpel dispuso que éste ascendía a \$2.009.556.000,00."

Si se comparan los dos dictámenes que reposan en el expediente se observa que en ambos se utilizó el mismo método valuatorio para determinar el valor del área objeto de expropiación, esto es, el "método de comparación o de mercado" sin embargo, las diferencias entre uno y otro dictamen para obtener el valor del terreno son innegables, no sólo por la forma como se recaudaron y compararon las muestras utilizadas sino especialmente por el valor final dado a la franja de terreno a expropiar por concepto de indemnización. Es decir, muy a pesar de que en las dos experticias obrantes en el proceso se utilizó el mismo método esta sala destaca que el avalúo obtenido se comparó con los valores observados y obtenidos para inmuebles similares en la zona y en otras partes de la ciudad, con factores tales como áreas, forma, ubicación, calidad y cantidad de infraestructura. Ello significa que no se cuestiona la metodología sino el resultado del trabajo pericial.

Para mayor claridad se deja en claro que el punto de diferencia exacto entre los avalúos está en el valor del terreno pues para el avalúo aportado por la entidad demandante es la suma de \$ 674.338.843,44. Al paso que para el avalúo de la entidad demandada es la suma de \$2.009.556.000.

Al respecto precisa esta sala que, para llegar a la estimación de un avalúo de un inmueble, solo se podrán escoger como referencias inmuebles comparables al inmueble objeto del avalúo, pues son las que revisten mayor lógica al estar en zonas aledañas a las del bien expropiado, con similares características urbanísticas.

En este sentido sostiene la parte demandada que no se pueden hallar elementos acreditados en dos dictámenes diferentes, sino que, necesariamente, se debe aceptar uno u otro en su integridad, pero tal aserto carece de lógica y respaldo legal pues el artículo 176 del CGP establece que: *"Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica"* y el artículo 232 de la misma obra señala: *"el juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y*



calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso”

El argumento central del recurrente estriba en que la comparación de los precios no refleja el real valor del bien pues en su concepto no existen otros predios en el sector con licencia para realizar la actividad de suministro de combustibles y por ello considera que se debe tomar en cuenta exclusivamente el avalúo por ellos aportado.

Sin embargo, frente a lo anterior pueden subrayarse por lo menos los siguientes aspectos:

- i) la falta de muestras comparativas de inmuebles semejantes en el sector de referencia puede causar yerros en el resultado;
- ii) la comparación empleada por el perito de la parte demandada tampoco se refiere a predios de similar área lo cual también puede afectar el resultado;
- iii) se echa de menos un análisis en concreto del suelo desde el punto urbanístico y físico, que también conduce a afectar el resultado; y,
- iv) La investigación de mercado presentada como soporte del trabajo del perito de la entidad demandada, en estricto sentido, al enfatizar en la heterogeneidad del bien a avaluar (bienes alejados del predio a avaluar) deja de lado que la muestra debe ser lo más parecido a los inmuebles de la zona.

Ahora bien, en criterio de esta Sala el avalúo aportado por la entidad demandante si se encuentra ajustado a los parámetros legales, sin que puede sostenerse la existencia de yerro alguno. De tal suerte que, si bien los resultados de uno y otro trabajo resultan diferentes, ello en sí mismo no puede originar que se rechace el aportado por la parte demandante.

En esa medida, al amparo de la sana crítica, la Sala considera que, la parte recurrente no logró desvirtuar en el proceso la incorrección del justiprecio establecido por la Agencia Nacional de Infraestructura.

Luego, no se acogerá el avalúo de la parte demandada (respuesta al segundo problema jurídico).

3.- Ahora, respecto de la solicitud de indexación de la indemnización reconocida a partir del avalúo allegado por la Agencia Nacional de Infraestructura, se debe tener en cuenta que el artículo 67 de la Ley 388 de 1997 establece que el precio de adquisición o indemnizatorio que se



reconocerá a los propietarios de inmuebles debe ser igual al avalúo comercial estimado por las entidades o personas a que se refiere el artículo 61 ibídem.

De lo anterior se colige que si la obligación del expropiante consiste en reparar el valor patrimonial es claro que el pago en forma previa impediría que las eventuales consecuencias del proceso judicial o modificaciones en los valores a tener en vista pudieran perjudicar al expropiado. Es decir, en principio, ninguna de las normas legales aplicables a la expropiación de bienes, establece regla especial, en cuanto a que el avalúo del bien con base en el cual se hace la oferta de compra, pierde su connotación por el simple paso del tiempo o por la duración del litigio que eventualmente pueda surtir entre las partes."

(Magistrado Sustanciador: Dr. Juan Carlos Andrés Cerón Díaz, Radicado Interno: 43.740, Junio 28 de 2022).

SALA DE DECISIÓN LABORAL:

CONTRATO DE TRABAJO DOCENTE UNIVERSITARIO- Su término es por el respectivo periodo académico/**INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO**-No resulta procedente pues la terminación se produce por cumplimiento del plazo/ **PRORROGA AUTOMÁTICA DEL CONTRATO**-No procede en este tipo de vinculaciones especiales/ No hay lugar a preaviso

"1.El contrato de trabajo con profesores o docentes privados

Según el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo (CST), por medio del contrato de trabajo una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada subordinación de ésta y mediante remuneración. Como todo negocio jurídico, para su validez, el contrato de trabajo debe cumplir las exigencias previstas en el artículo 1502 del Código Civil, que dispone que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, se requiere que sea legalmente capaz; que consienta en dicho acto o declaración y que su consentimiento no tenga vicio; que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga una causa lícita.



Según el artículo 23 del CST, los elementos esenciales del contrato de trabajo son: (i) la actividad personal, es decir, realizada por el trabajador personalmente, pues se entiende que el contrato se celebra por las cualidades y calidades del trabajador; (ii) la continua subordinación del trabajador frente al empleador, entendida como la facultad jurídica que tiene el empleador para dirigir la actividad del empleado por medio de sanciones, órdenes y reglamentos encaminados al cumplimiento de las obligaciones y los fines empresariales. Pero, esa facultad no es absoluta ya que tiene como límite el respeto de los derechos fundamentales del trabajador y las normas de los tratados internacionales relacionadas con derechos humanos en materia laboral. Finalmente, (iii) el salario entendido como la contraprestación directa y habitual del servicio.

Según los artículos 46 y 47 del Código Sustantivo del Trabajo, los contratos de trabajo pueden ser a término fijo o indefinido. El término fijo debe constar siempre por escrito y no puede ser superior a tres años. Pero es renovable indefinidamente. Las partes pueden renovar o no el contrato. Cuando el empleador no desea renovar el contrato de trabajo, debe notificar esa decisión al trabajador dentro de los 30 días anteriores a la terminación, si así no se hace el contrato se entiende renovado.

Según los artículos 101 y 102 del CST, los contratos de trabajo celebrados con profesores o docentes de establecimientos de enseñanza se entienden celebrados por el año escolar, salvo estipulación contraria. Es decir, si las partes no acuerdan una duración diferente se entiende que el contrato termina cuando concluyen las actividades del respectivo periodo académico.

2. Las partes celebraron contratos de trabajo por periodos académicos
En este caso, está demostrada la existencia del contrato de trabajo. Pues con la demanda se allegaron documentos que contienen el acuerdo y la demandada en la contestación aceptó la existencia de los contratos de trabajo y sus extremos temporales.

En cuanto a la duración del contrato de trabajo, los documentos suscritos por las partes indican que la duración en unos era de un año y en otros por el término del semestre del periodo académico, los cuales se extienden desde el 1 de febrero de 1992 hasta el 16 de diciembre de 2015.



En cuanto al reparo endilgado por el actor no existe prueba documental o testimonial que acredite que prestó sus servicios fuera de los términos temporales pactados por las partes. Nótese que la confesión ficta por la insistencia del representante legal de la universidad demandada al momento de rendir interrogatorio de parte, no es prueba suficiente para acreditar la prestación del servicio del actor una vez cesaban los contratos anuales o semestrales por el periodo académico pactado, debiéndose confirmar la sentencia de primera instancia en ese sentido por encontrarse ajustada a derecho.

Lo anterior evidencia que la duración del contrato celebrado era igual a los periodos académicos de una universidad demandada. De modo, que no se puede hablar de una terminación unilateral del contrato de trabajo por parte de la demandada, pues realmente el contrato terminó por vencimiento del semestre académico. El contrato con docentes está regulado en normas especiales que no establecieron la renovación automática. Por tanto, en este caso, la demandada no debía comunicar su decisión de no renovar el contrato con 30 días de anticipación.

En resumen, los contratos con docentes celebrados por el año escolar no se renuevan indefinidamente y terminan al vencimiento de los periodos académicos, sin que sea necesaria ninguna comunicación al respecto. En consecuencia, en este caso, se debe concluir que no hubo despido injusto y, por tanto, no hay lugar a la indemnización reclamada.

Por otro lado, en cuanto al aumento anual del salario devengado por el actor, se tiene que el actor siempre devengo más del salario mínimo y no existe norma legal que obligue al empleador de aumentar el mismo, a menos que exista la obligación dentro de las políticas internas de la entidad demandada de realizar incrementos en los sueldos, con base en algún indicador. Nótese que el salario devengado por el actor sufrió incrementos anuales desde el año 1992 (\$111.557) hasta el 2004 (\$1.593.932). Para el año 2005 percibió la suma de \$4.024.328. En los años 2006 (\$2.673.628) y 2007 (\$2.807.308) continuaron los aumentos conforme se venían efectuando. En los años 2008 (\$4.197.500) y 2009 (\$6.344.989). Y del 2010 al 2015 no fueron inferiores a cuatro millones de pesos, los cuales siempre estuvieron en ascenso. Debiéndose confirmar la sentencia de primer nivel en ese aspecto por encontrarse ajustada a derecho. "



(Magistrado Sustanciador: Dr. Edgar Enrique Benavides Getial, Radicación Interna: 62.906- A, Julio 8 de 2022)

ACCIDENTE DE TRABAJO- Se encuentra demostrado en el plenario que al momento de la muerte la víctima se encontraba prestando sus servicios labores/ **CULPA PATRONAL-** Responsabilidad solidaria con el dueño de la obra

“4. La prueba de la existencia del contrato

Es útil recordar que los demandantes alegaron la existencia del contrato entre el difunto y la demandada EB estructural SAS y que la Jueza de primera instancia no encontró contrato respecto de ninguna de las demandadas.

Con la contestación de la demanda EB Estructural SAS allegó carta suscrita por el representante legal de donde informa el fallecimiento de Robison Andrés Moreno Reyes y se afirma que laboraba para esa entidad. Además, se indica que no se pudo allegar el informe antes porque el 11 de diciembre de 2013 entregó las localidades que le prestaron para realizar la obra. Así mismo, se encuentra el informe de accidente donde, además, de indicar los anexos que se acompañan se reitera que el difunto laboraba para esa entidad. Asimismo, se allegó la declaración de Andrés Arminio Gálvez Arrieta donde indica que cuando ocurrió el accidente, el ingeniero Edgar Bello (representante legal de la citada entidad) se hizo presente en el lugar del accidente y le ordenó que bajara los tacos de Luz.

Con la contestación de la demanda EB Estructural SAS allegó el formulario para reporte de novedades de Combarranquilla donde se indica que el difunto es el trabajador y la citada entidad la empleadora. De igual forma, se allegó el formulario de afiliación a Salud Total donde se indica que el difunto es el trabajador y la citada entidad la empleadora. También se allegó copia de la solicitud de apertura de cuenta donde la demandada afirma que el difunto es su empleado. De igual forma, se allegó los desprendibles de nómina de agosto a noviembre de 2013 que demuestran que la demanda le pagó los salarios al difunto.

En el interrogatorio de parte el representante legal de EB Estructural SAS dijo que no contrató la fabricación y montaje de pintura, sin embargo, confesó que el pago de esa obra se hizo a dicha entidad, para hacerle un favor a un empleado suyo.



En la contestación de la demanda, Beta Constructores SAS afirma que cuando ocurrió el accidente el difunto laboraba para EB Estructural SAS. En el interrogatorio de parte el representante legal de esta entidad fue enfático en señalar que contrato la fabricación, montaje y pintura con EB Estructural SAS, a quien le pagó el valor de esa obra adicional. Además, en el expediente obra constancia de ese pago.

Los anteriores medios de prueba indican, sin temor a equívocos, que el difunto el día de su muerte se encontraba realizando sus labores por cuenta de EB Estructural SAS. De modo que está demostrada la existencia del contrato de trabajo entre el difunto y EB Estructural SAS desde el 20 de agosto de 2013 hasta el 26 de noviembre de 2013. Pues, para esa data estaba afiliado a seguridad social y riesgos laborales como empleado de dicha entidad. En el informe de accidente se informó que el difunto era trabajador o dependiente de esa entidad. El representante legal de esa entidad estaba en el lugar ejerciendo su poder de subordinación al momento del accidente. El pago de la elaboración y montaje de los portones que ocasionó la muerte del difunto se hizo a dicha entidad. Beta Constructores SAS en la contestación de la demanda afirmó que el difunto laboraba para EB Estructural SAS, lo que fue reiterado por su representante legal en el interrogatorio de parte.

De otra parte, EB Estructural SAS allegó el documento denominado liquidación de prestaciones sociales por el periodo desde el 20 de agosto hasta el 23 de noviembre de 2013. Sin embargo, allí no se dice nada sobre la terminación del contrato de trabajo, al tiempo que no se acreditó que el contrato celebrado con el difunto era por obra contratada, pues no se allegó constancia del acuerdo, por lo que debe entenderse que el contrato era a término indefinido. Además, quedó demostrado que la elaboración y montaje de los portones fue un contrato adicional que celebraron las entidades demandadas. De ahí que no es posible sostener que el citado documento demuestra la terminación del contrato.

Lo mismo ocurre con el testimonio del señor Luis Alberto Cabrera Oviedo, quien manifestó que un grupo de compañeros contrataron la elaboración de los portones por su propia cuenta. Pues tal declaración no resulta creíble porque es incompleta, pues no indica quien fue la persona o personas que contrataron la obra, quien era la propietaria ni quien pago esa obra, ni quienes participaron en la elaboración de la obra. Además, resulta



desvirtuada por la prueba documental y por la declaración del representante legal de Beta Constructores SAS, quien afirmó que la elaboración de los portones la contrató con EB Estructural SAS directamente.

De otro lado, es claro que Beta Constructores SAS es solidariamente responsable de las prestaciones reclamadas, al tenor del artículo 34 del CST. Pues, está debidamente demostrado que esta entidad fue quien contrato a EB Estructural SAS para que elabore las estructuras metálicas incluidos los citados portones. Además, está demostrado que la obra no es extraña a las actividades normales de su empresa. Pues dicha entidad, a su vez, fue contratista de otra, como se desprende del interrogatorio de parte. Y así se desprende del certificado de existencia y representación.

5. La prueba del incumplimiento de las obligaciones del empleador y el nexo causal

Los demandantes en la demanda afirmaron que las demandadas no cumplieron con las obligaciones de seguridad y protección frente al trabajador. En el expediente no hay prueba que demuestre que la demanda cumplió con esas obligaciones.

Al respecto, es útil advertir que cuando de obligaciones de medio se trata, si el acreedor alega que el deudor incumplió, el deudor debe demostrar el cumplimiento de su obligación. Pues conforme con esa regla el acreedor solo debe demostrar la existencia de la obligación. Además, el incumplimiento necesariamente es culposos, en la medida que el contratante se aparta del acuerdo y del derecho, salvo que demuestre fuerza mayor o causa extraña.

En el expediente no se observa ninguna prueba que demuestre que la demandada brindó al difunto la capacitación y adiestramiento para la labor contratada, pues ninguna prueba se allegó al respecto. Nótese, que no se allegó constancia de capacitación del difunto como ayudante de oficios varios ni como oficial o ayudante de pintura. Tampoco se observa prueba de que el demandante fue capacitado para la movilización de andamios.

Tampoco hay prueba de que la demandada suministro al difunto las herramientas y equipos de trabajo que no menoscaben la vida y la salud del trabajador. Pues, aparte de que no allegó ninguna prueba, las



fotografías allegadas evidencian que los trabajadores muertos no contaban con cascos, guantes, ni ningún elemento de protección.

Por último, es claro que la demandada no ejerció de manera efectiva los controles para evitar el riesgo. Pues, aunque los documentos allegados con la demanda indican que se creó un grupo de vigía de seguridad, lo cierto es que no se demostró ninguna gestión por parte de este grupo para evitar el riesgo. Pues está demostrado que el difunto pidió ayuda para mover el andamio y ninguno de los vigías se encontraba presente, para impedir la ocurrencia del siniestro. A esto se suma que el área donde debía movilizarse el andamio era inclinada y tenía obstáculos, por lo que la demandada incumplió las obligaciones de de detección de riesgos y adopción de medidas de prevención de siniestros laborales.

En cuanto a la prueba del nexo causal, está claro que lo que causó el daño fue la falta de pericia del difunto en el manejo del andamio y la ausencia de control por parte de la demandada. Pues si el demandante hubiera sido entrenado para mover andamios cerca de los cables de energía eléctrica y al momento del accidente la entidad demandada hubiera ejercido el control para evitar el riesgo, el accidente no se hubiera presentado. De modo que es claro, que el incumplimiento de las obligaciones de seguridad y protección es la causa mediata del accidente y la muerte del difunto. Por tanto, es claro que está acreditado el nexo causal entre la conducta culposa de la empleadora y los perjuicios sufridos por los demandantes, nexo causal que reúne los requisitos señalados por la jurisprudencia, esto es, próximo, determinante y adecuado, como, efectivamente, aquí quedó acreditado.

6. La prueba del daño

En el presente caso, el daño está debidamente acreditado, pues así lo evidencia el certificado de defunción del difunto y las demás pruebas documentales que demuestran el accidente de trabajo. Aspecto que fue aceptado por las demandadas y corroborado por las pruebas orales.

En cuanto al valor de los perjuicios, aparece acreditada la fecha de nacimiento del difunto y de los demandantes, así como el salario que devengaba el difunto, con lo que se puede establecer el monto del daño. Para lo cual resulta útil recordar que el lucro cesante consolidado, cuando la persona devengaba una suma periódica, se establece, actualizando



dicha suma con el índice de precios al Consumidor (IPC) desde la fecha del accidente hasta la fecha de liquidación y a dicho monto se le aplica el interés del 6% anual en el respectivo periodo. Para establecer el lucro cesante futuro se calcula el valor de la indemnización futura con el salario actualizado y se le descuenta una tasa de interés puro del 6%. Dicho procedimiento se realiza con la formula financiera que para éstos casos ha utilizado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (lucro cesante consolidado = $Ra \times (1+i)^n - 1/i$ y lucro cesante anticipado = $Ra \times (1+i)^n - 1/i(1+i)^n$).

Además, se debe tener presente que el difunto nació el 25 de febrero de 1987, por lo que le corresponde un término de vida probable de 641,37 meses. El menor demandante nació el 7 de junio de 2011 y cumplirá 25 años el 7 de junio de 2036. Desde esa fecha el valor del perjuicio de la madre se acrecienta al 100%. Aplicadas las citadas formulas a este caso se obtuvo la suma de \$149.678.681,91 por concepto de lucro cesante a favor de Katherin Stefany Martínez Garavit y \$88.425.800,95 a favor del menor Santiago Andrés Moreno Martínez.

De otra parte, la muerte de una persona genera perjuicios morales y daño a la vida de relación. Pues el sentido común o la sana critica indica que la muerte de una persona se refleja en diversas clases de sentimientos en los allegados del difunto. Es decir, sufren un daño moral, el que conforme a la jurisprudencia se presume en el caso del hijo y la compañera permanente. Para efectos de fijar el monto de los perjuicios aludidos, se tendrá en cuenta los principios de justicia y equidad, que impone el artículo 16 de la ley 446 de 1998 y la CN. Atendiendo, tales circunstancias se considera que resulta equitativo fijar los perjuicios morales en la suma de \$30.000.000 a favor de la compañera permanente y \$20.000.000 a favor del hijo. Nótese que los perjuicios morales no tienen precio, por lo que las sumas que se ordenan se dan como una compensación por esos daños y en ningún momento pueden constituir una fuente de enriquecimiento de los demandantes.

En cuanto al daño a la salud y a la vida de relación se observa que no se allegó ninguna prueba. Pues no hay prueba de que la muerte del causante hubiere generado algún tipo de lesión física o psicológica en cabeza de los demandantes. De igual modo, no hay prueba de que la vida cotidiana de los demandantes cambió negativamente después de la muerte, tampoco hay prueba de que ese hecho limitó a los demandantes su capacidad de



llevar a cabo actividades de disfrute o rutinarias, ni de que alteró sus roles en la sociedad o sus expectativas."

(Magistrado Sustanciador: Dr. Edgar Enrique Benavides Getial, Radicación Interna: 62.274, Julio 8 de 2022).

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO- Las faltas graves constituyen justas causas/Reglamento interno de trabajo/Violación de normas legales/**FUERO SINDICAL-** Permiso para despedir/ Se encuentran acreditadas las causales que permiten la terminación del vínculo y el levantamiento de la garantía foral

"Analizadas las normas transcritas, avizora la Sala que no le asiste razón al apelante al manifestar que los supuestos fácticos invocados por la empresa demandante como la ocurrencia de faltas graves, no constituyen una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, pues ya quedó evidenciado, que los supuestos invocados por el demandante para solicitar la finalización del vínculo laboral, encuentran su consagración en las disposiciones normativas y contractuales antes indicadas.

Ahora bien, como el apelante también centra su inconformidad con la decisión de primer grado, al aducir la ineficacia o falta de idoneidad de las pruebas aportadas por la demandante para configurar una justa causa que habilite dar por terminado el contrato, procede la Sala al examen de las pruebas.

En el expediente milita a folio 47, la citación de diligencia a descargos de 8 de febrero de 2018, dirigida al señor Alexander Martínez, en donde se describen los siguientes hechos como motivo para realizar la citación a diligencia de descargos: "Personal afiliado al sindicato, incluyendo directivos sindicales de la organización han publicado carteleras con mensajes ofensivos, uno especial se refiere al área de recursos humanos de la compañía, llamándola "hurto humano", lo cual constituye malos tratos en contra de las personas que ocupan cargo en dicha área, viéndose afectada en su buen nombre y honra. Similares publicaciones han pegado en diferentes lugares de la empresa, no siendo el lugar indicado para hacerlo, máxime cuando ustedes tienen una cartelera sindical. Como corolario, el día 4 de febrero del presente año, los señores Pablo Padilla, Alexander Martínez, Masdy Mannsbach y Cristian Zapata utilizaron el montacargas No. 10 de propiedad de la empresa para publicar un aviso del



sindicato a una altura de aproximadamente 2 metros, poniendo en riesgo su seguridad al hacer un uso inadecuado del equipo. En su caso en concreto, debemos indicar que se ha detectado que usted presuntamente hace parte de esta estrategia de: grave indisciplina, de conductas inseguras, de utilización de bienes de la empresa para actividades riesgosas y no autorizadas y de malos tratos, calumnia, y violencia verbal en contra de su empleador y sus directivos."

Reposa a folio 49, el acta de audiencia de descargos de fecha 9 de febrero de 2018, adelantada al señor Alexander Martínez, quien estuvo acompañado de los señores Cristian Zapata y Mandy Mansbach como testigos, diligencia de la que se destacan las siguientes preguntas y respuestas: (...).

A su vez, obra la comunicación fechada 26 de febrero de 2018, por medio de la cual se comunica la decisión de terminación del contrato de trabajo por justa causa, en donde la empresa demandante señala que el trabajador incurrió en las siguientes faltas:

- "1. Promover la publicación de carteleros que contienen malos tratamientos y consignas en contra del empleador, sus directivos y personal administrativo, expresando frases ofensivas, completamente alejadas de la realidad.
- 2.Como corolario, dichas declaraciones calumniosas y malos tratos en contra de su empleador y sus empleados, se encuentran publicadas en un lugar distinto al establecido por el sindicato para informar sus comunicaciones y carteleros.
- 3.Incitar a los demás trabajadores afiliados al sindicato a utilizar inadecuadamente los equipos de propiedad de la empresa para publicar dichos avisos, poniendo en riesgo la seguridad de estos."

Se aportó, además video fechado 2018/02/04 a.m. 4:48:00 CAM16 Cámara 16, en donde se visualizan cuatro personas acercarse a una zona de la empresa con un montacargas, en el cual sobre la estiba se suben dos personas que posteriormente son elevadas y movilizadas estando encima de la estiba, la cual se eleva a una altura superior a los hombros de la persona que está en de pie continuo al montacargas. En el minuto 10 del video, se observa que sitúan una escalera en la misma zona en la que fueron elevadas previamente y en ella se sube una persona, y en la parte inferior, la escalera está siendo sujeta por otra persona.



Con la reforma de la demanda, se aportó certificación de medidas expedida por la empresa Buildchem estructuras S.A.S. del 07 de marzo de 2019¹¹, en donde se lee “De acuerdo con su solicitud certificamos las medidas indicadas en la zona peatonal de la Bodega Empaque Herbicidas. Área: Zona Peditonal Bodega de Empaque Herbicidas Medida 1: Se toma como referencia Punto 1 (Superficie piso) hasta Punto 2 inicio de borde lamina Eternit. Medida 1,63m Medida 2: Se toma como referencia Punto 1 (Superficie piso) hasta Punto 2 indicado (Anexamos imagen). Medida 2,05m Herramienta utilizada: Flexómetro 5m Anexo 1: Imagen de evidencia de toma de medidas”

También se cuenta con el interrogatorio de parte absuelto por el demandado, quien afirmó estar capacitado para el manejo de montacarga, conocía muy poco el reglamento interno de trabajo porque en ese momento estaba publicado en el casino y dijo que “ahí no hay tiempo para hacer el estudio del reglamento”, que no se ha acercado a Recursos Humanos a que le entreguen copia del Reglamento interno de Trabajo, acepta que se subió a la estiba del montacarga y fue elevado por su compañero Pablo Cabello para colgar el aviso, que el montacarga empleado pertenece a la empresa y es usado para transportar carga, indicó que el turno del 4 de febrero de 2018, inició a las 10:00 pm y finalizó a las 6:00 am, advirtió no tener conocimiento que existía un lugar específico para colgar los avisos, que la medición se realizó con apreciación visual y establecieron que no superaban los 1.50 metros de altura.

A su turno, el representante legal de la empresa demandante, Luis Fernando Rodríguez, al rendir interrogatorio de parte, afirma que la empresa desde su constitución cuenta con un sistema de riesgos de seguridad de salud ocupacional, y el representante de la compañía en el turno en el que sucedieron los hechos, era el supervisor de turno que tiene la capacidad suficiente para atender estas situaciones y activar los protocolos necesarios.

(...)

Analizado el acervo probatorio, específicamente las afirmaciones contenidas en el acta de descargos, los interrogatorios de partes rendidos y los testimonios rendidos en el proceso, es claro para esta Sala que, el demandado si tenía conocimiento del manejo o uso adecuado que se le

¹¹ Ver archivo nombrado Anexos Reforma, Primera Instancia.



debía dar al montacargas, igualmente que si tenía conocimiento de donde se encontraba ubicado el reglamento interno de trabajo y no haber solicitado a recursos humanos la entrega de una copia física del reglamento interno de trabajo, que se encontraba durante su turno de trabajo cuando realizó las actividades distintas a las labores encomendadas a su cargo y de las cuales no tenía autorización del supervisor de turno para realizar, además que abandonó su lugar de trabajo durante la ejecución de su turno y empleó el montacargas para una actividad distinta a la cual fue diseñado o estipulado por la empresa, también conocía la ubicación en donde se debían fijar avisos del sindicato, pues así lo afirmó en la diligencia de descargos, en donde pretexto además que el lugar estipulado para fijar avisos “no es eficaz y suficiente”.

Lo anterior, concuerda con lo descrito como los hechos ocurridos que configuran las causales invocadas por la empresa demandante como justas causas para dar por terminar el contrato de trabajo, pues nótese como en el contrato individual de trabajo, en la cláusula tercera inciso “f” y “w”, previamente transcritos, se califica expresamente como faltas graves toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad del trabajador, sus compañeros de trabajo y las demás personas que se encuentren en la planta, y usar los útiles y herramientas suministradas por el patrono en objetos distintos del trabajo contratado, en concordancia con estipulado en el artículo 82 del Reglamento interno de trabajo en sus numerales 11 y 17, en los que se estipula como prohibiciones para los trabajadores i) fijar avisos, o papeles de cualquier clase en las paredes o sitios no ordenados o autorizados por la empresa, o escribir en los muros internos o externos de la misma, y ii) Usar los útiles o herramientas suministradas por la empresa en objetivos distintos del trabajo contratado, prohibiciones que de conformidad con el numeral sexto del artículo 62 y 410 del C.S.T. , constituyen una justa causa para dar por terminado el contrato de forma unilateral.

Así las cosas, el proceder del demandado, no solo es una falta grave taxativamente contemplada en el contrato individual de trabajo, sino también una prohibición expresa estipulada dentro del Reglamento Interno de Trabajo, que constituyó una actuación que a toda luz omite el deber de cuidado que debe tener toda persona natural y consecuente todo trabajador, pues pese a estar capacitados respecto al manejo de una herramienta como el montacargas y de conocer su uso y los riesgos que pueden presentarse, deciden, sin hesitar, subirse sobre una estiba y permitir ser elevados por un montacarga a una altura superior a 1.50 metros, sin



contar con los elementos necesarios de protección personal requeridos para trabajos en altura, pues quedó demostrado con la certificación emitida por la empresa Buildochem Estructuras S.A.S. y con la grabación de los hechos, que fueron elevados a una altura que requería indispensablemente el uso de elementos de seguridad y protección para realizar trabajos en altura.

Debe además precisar esta Sala que atendiendo que en el contrato de trabajo se acordaron y señalaron como faltas graves, entre otras, el uso de los útiles y herramientas suministradas por el patrono en objetos distintos del trabajo contratado, como en el Reglamento interno de trabajo, en el inciso d) del artículo 85, se constituye como falta grave la violación por parte del trabajador de las obligaciones contractuales reglamentarias, no le compete a esta colegiatura entrar a analizar si las actuaciones cometidas tienen o no la gravedad para dar por terminado el contrato de trabajo, (...).

Bajo las anteriores directrices, nótese como la actuación adelantada por la demandante se encuentra plenamente autorizada por la norma, la cual agotó el procedimiento disciplinario a fin de determinar si la actuación del demandado se enmarcaba en las disposiciones legales precitadas, concluyendo que si constituyó una falta grave el haber empleado una herramienta de trabajo como es el montacargas para elevar personas, función distinta para el cual se encuentra diseñada y en actividades no autorizadas, exponiéndose a realizar trabajos en una altura superior a 1.50 metros, sin los elementos de protección personal necesarios, por lo que estima la Sala que si se configuran las causales de falta grave para dar por terminado por justa causa el contrato de trabajo, contenidas en el contrato individual de trabajo y en el Reglamento Interno de Trabajo, como atinadamente lo estimó la jueza de primer grado."

(Magistrada Sustanciadora: Dra. Claudia María Fandiño de Muñiz, Radicación Interna: 71.333, Agosto 10 de 2022).

REAJUSTE DE LA PENSIÓN DE VEJEZ- Porcentaje máximo con la ley 797 de 2003: Al encontrarse acreditadas más de 1.800 semanas se encuentra ajustada la tasa aplicada llegando al tope máximo de 70.5%/ **PAGO DE DIFERENCIAS PENSIONALES-** Improcedente/ **EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN-** Resulta probada en el proceso



“De conformidad a los recursos de apelación interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta, el problema jurídico a dirimir en esta oportunidad se contrae en determinar:

i) Si hay lugar a la reliquidación de la pensión de vejez reconocida al accionante con una tasa de reemplazo de 75,94% con fundamento en lo previsto en el artículo 34 de la ley 100 de 1.993 modificada por la ley 797 de 2.003.

Con la presente acción judicial se pretende el reajuste de la pensión de vejez que disfruta el accionante ÁLVARO LUIS GONZÁLEZ PAREDES, teniendo como tasa de reemplazo el 75,94% de la base de liquidación. Consecuencialmente se reclama el pago de las diferencias de mesadas insolutas o retroactivas resultantes, más el pago de intereses moratorios.

Pues bien, no es materia de controversia, por estar debidamente acreditado, que la entidad demandada COLPENSIONES mediante Res. SUB 309325 del 27 de noviembre de 2018, modificada por la Res. SUB 28066 del 30 de enero de 2019, concedió pensión de vejez al demandante, a partir del 1º de diciembre de 2.018 en cuantía inicial de \$11.630.849 y una tasa de remplazo del 70.5% con fundamento en lo previsto en los artículos 33 y 34 de la ley 100 de 1.993.

Decisión que fue modificada por la demandada al desatar el recurso de reposición interpuesto por el demandante, mediante Resolución SUB 28066 del 30 de enero de 2019, en la que calculó el valor de la mesada pensional, en cuantía de \$11.666.031 pero mantuvo la tasa de remplazo de 70.5%, basándose en 2.024 semanas y un ingreso base de liquidación de \$16.547.562.

Igualmente aparece documental en el expediente, que da cuenta del reclamo administrativo elevado por el accionante frente a la reliquidación de dicha pensión, empero la misma fue denegada por la entidad accionada mediante Res. SUB 133183 del 28 de mayo de 2019.

Señalado lo anterior, conviene recordar que, de conformidad a los arts. 33 y 34 de la ley 100 de 1.993, modificada por la ley 797 de 2.003, normas que regían al momento en que consolidó el derecho pensional el actor (año 2.017), se exigía 62 años de edad para los hombres y 1.300 semanas de cotización.



Ahora bien, la mencionada norma dispone que dicha prestación se cuantifica con una tasa de reemplazo que oscilará entre el 65 % y el 55 % del IBL, la cual será incrementada en 1.5 % por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas "... llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5 % de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización" –ver inciso final del canon 10° de la ley 797 de 2.003-

Bajo esos parámetros, cabe resaltar que la reliquidación pensional pretendida por la parte actora estuvo orientada exclusivamente al incremento de la tasa de reemplazo aplicada cuando se le reconoció el derecho, dejando al margen cualquier discusión frente al IBL.

Frente al objeto de debate, la H. CSJ SC Laboral en sentencia calendada 15 de septiembre de 2.021, Rad. No. SL4141; adocina que:

"De igual forma, la Sala observa que el a quo erró al calcular la tasa de reemplazo, pues no aplicó correctamente el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, mod. por el art. 10 de la Ley 797 de 2003. En efecto, en la parte motiva del fallo que se revisa, expresó:

[...] dijimos ya que la norma que regula el tema es el artículo 34 inciso final, que es el caso que corresponde a la actora por haberse reconocido su pensión con posterioridad al año 2005. Nos habla entonces que por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en 1.5% llegando un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingreso de cotización calculado con base en la fórmula establecida en este artículo [...]

Bien, eso nos arroja lo siguiente: como el mínimo de semanas a tener en cuenta es de 1.300 semanas para hacer la operación correspondiente bajo la metodología de la fórmula indicada nos dio un inicio de 62.84% como monto de la pensión, luego, acatamos lo dispuesto de aplicarle un 1.5% más de aumento en los casos del exceso de semanas cotizadas, que en este caso fueron 280 semanas. Eso nos arrojó a nosotros un aumento del 8.4%. Al sumar el 62.84%, más del 8.4% no arroja un monto pensional del 71.24%. La norma en cita dispone:



A partir del 1o. de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1o. de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima. (Resalta la Sala).

Como puede observarse de lo antes transcrito, a partir de 2005, para obtener la tasa de reemplazo que se aplicará con miras a determinar el monto inicial de la pensión, es decir el factor r , se debe hacer uso de la fórmula explicada que cuenta con otro componente, el s , como segundo integrante de la ecuación, que corresponde al equivalente del ingreso base de liquidación en salarios mínimos legales mensuales vigentes en la fecha del reconocimiento, cuya aplicación debe realizarse en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, no solamente para efectos de la base porcentual inicial, sino también para el cómputo del incremento adicional para llegar al tope máximo pensional, que oscilará entre el 80 y el



70.5 % a partir de un máximo de 500 semanas después de las 1300 mínimas requeridas y no de manera abierta hasta agotar las que reporte el afiliado, como si fuese un simple aumento porcentual.”.

De lo señalado por la Corte en la sentencia antes transcrita, se puede establecer que el cómputo del incremento adicional para llegar al tope máximo pensional, tal como lo señala el artículo 34 de la ley 100 de 1.993 modificado por el artículo 10 de la ley 797 de 2.003, oscilará entre el 80 y el 70,5%, que al aplicarse en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, tal tope se calcula a partir de un máximo de 500 semanas después de las 1.300 requeridas, por lo que en el asunto sub examine al encontrarse acreditadas más de 1.800 semanas, se encuentra ajustada la tasa aplicada por la demandada a efectos de obtener la mesada pensional reconocida llegando al tope máximo de 70.5% y no como lo efectuó la juez de primera instancia al incrementar la tasa en un 1.5% por cada 50 semanas adicionales hasta cubrir las 724 posteriores a las 1.300, cubriendo las 2.024 reportadas, lo cual le arrojó erróneamente una tasa del 75.86%.

Así las cosas, al haberse reconocido por parte de Colpensiones en Resolución No. SUB 28066 del 30 de enero de 2019, una mesada pensional, en cuantía de \$11´666.031 con una tasa de remplazo de 70.5%, basándose en 2.024 semanas y un ingreso base de liquidación de \$16.547.562 dando aplicación a la formula señalada en el artículo 34 de la ley 100 de 1.993, no hay dudas que la aspiración del actor a la reliquidación de la pensión está llamada al fracaso.”

(Magistrada Sustanciadora: Dra. Rozelly Edith Paternostro Herrera, Radicado Interno: 68.010-A, Junio 30 de 2022).

SALA DE DECISIÓN PENAL:

ACCESO CARNAL VIOLENTO- En audiencia preparatoria la juez a quo inadmite el decreto de medios de prueba solicitados por la defensa/
PRUEBAS TESTIMONIALES- Pertinencia y conducencia/ **TEORIA DE LA DEFENSA-** Pretende establecer que el acto fue consentido y sin violencia a través del testimonio de policiales que acudieron al sitio de los hechos



“Conforme al anterior razonamiento, dígase sin más preámbulo que la Sala no comparte la decisión de la funcionaria a - quo de inadmitir los testimonios de los policiales LUIS PEÑARANDA IGUARAN, YEINER ANTONIO ORTIZ GUZMAN y la señora YOSELIN JAEL ANAYA LOBO, así mismo, los documentos alusivos a conversaciones que sostuvieron esa testigo y la víctima a través de la red social de MESSENGER, solicitados por la defensa, en la medida que lo que se avizora en la argumentación del defensor, es que sí bien es cierto los hechos investigados ocurrieron al interior de la casa de la víctima, y los policiales y la señora ANAYA LOBO, no presenciaron éstos, no lo es menos que, con esos medios cognoscitivos el letrado pretende probar que, los primeros acudieron al escenario de los hechos luego de su ocurrencia, según advierte, inmediatamente, y no observaron situación que evidenciaran signos de violencia en esa vivienda o que ameritaran la captura del procesado y de otra parte, la particular podrá dar cuenta que el procesado y la presunta víctima eran pareja, con lo cual pretende hacer menos probable la teoría de la fiscalía.

No puede perderse el norte en cuanto que en el sistema penal acusatorio implementado con el acto legislativo No. 03 de 2002 y la ley 906 de 2004, particularmente en el artículo 375 de la citada ley, se establece que, también es pertinente un testimonio, como los que solicita el recurrente, cuando la prueba se dirige a hacer menos probable la acusación que gravita en contra de su cliente, nada más ni nada menos que para hacer menos probable su responsabilidad penal, pues como vemos se argumenta que el procesado mantenía una relación con la víctima y de contera no hubo señales de violencia en las cosas el día que probablemente ocurrió el Acceso Carnal investigado.-

La pertinencia de los testimonios de marras, se encuentra entonces en que se dirigen a hacer menos probable los hechos que sirven a la Fiscalía General de la Nación para sustentar su acusación. Para la Colegiatura el defensor cumplió con la carga argumentativa de sustentar cual es la pertinencia, conducencia y admisibilidad de los testimonios de los policiales LUIS PEÑARANDA IGUARAN, YEINER ANTONIO ORTIZ GUZMAN y la señora YOSELIN JAEL ANAYA LOBO, asimismo, los documentos alusivos a conversaciones que sostuvieron esa testigo y la víctima a través de la red social de MESSENGER. Dicha prueba igualmente puede ser pertinente para infirmar la credibilidad de la denunciante, y por esa vía puede introducir a favor del acusado elementos dirigidos a crear la duda, lo cual ciertamente es de su interés; distinto es que al valorar



individualmente y en conjunto la totalidad de la prueba la judicatura pueda concluir otra cosa. -

Ahora bien, la Juez de primer nivel, para inadmitir los testimonios de los policiales LUIS PEÑARANDA IGUARAN y YEINER ANTONIO ORTIZ GUZMAN, señaló también que, el defensor nada dijo sobre que, esos agentes hubiesen realizado un informe policivo respecto de las circunstancias que pretende demostrar, tampoco reseñó ningún tipo de documentos que acreditara que, en realidad se realizaron labores de actos urgentes u otros relacionados con la ocurrencia de los hechos, así mismo que, la defensa técnica solicitó el testimonio de YOSSELIN JAEL ANAYA LOBO, y se limitó a manifestar que incorporaría de cara a su teoría del caso, una conversación por Messenger, empero, nada señaló sobre qué actividades de investigación realizó tendientes a corroborar que la interlocutora de esa testigo en la conversación es la señora JESSICA CAROLINA HURTADO EGUIS, víctima dentro de esta actuación.

La Sala inicialmente, otea que, la Juez de primera instancia, parece soslayar que, según lo previsto en el artículo 373 de la Ley 906 de 2004, los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en ese código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos, por lo que no se puede exigir a la defensa, a manera de tarifa probatoria que, respecto de lo que pretende probar con los testimonios de los policiales LUIS PEÑARANDA IGUARAN, y YEINER ANTONIO ORTIZ GUZMAN, aporte informes u otros documentos suscritos por eso agentes del Estado.

Al respecto, también se otea que, el defensor solicitó la incorporación al juicio oral del Oficio No. S-2019-037042, suscrito por el Brigadier General Mariano Botero Coy, comandante de la policía metropolitana de Barranquilla que, viene adiado 5 de junio de 2019, en el que, según indicó, le informan que, los dos policiales que, estaban al mando de la patrulla del cuadrante, el día 4 de febrero de 2019, eran los señores PEÑARANDA IGUARAN LUIS y ORTIZ GUZMAN YEINER ANTONIO, además explican en que consiste, el sistema de cuadrantes, para atender los casos, las novedades que se presenten en esa jurisdicción del cuadrante 486, documento que, fue admitido por el juzgado de primer nivel y que, se infiere, el defensor pretende que se acompase con los testimonios de los policiales.



En esa senda igualmente debemos tener en cuenta que de conformidad con el numeral 9° del artículo 125 del C.P.P. la defensa puede asegurar (identificar, recoger y embalar) evidencia de **manera empírica**, con lo cual se le faculta para llevar a cabo su actividad, sí se quiere de una manera menos formal y rigurosa que la Fiscalía, quien cuenta con investigadores altamente capacitados para esos fines quienes regularmente realizan innumerables informes y reciben entrevistas a potenciales testigos; la aludida facultad de la defensa se acompasa con el principio de igualdad de armas o igualdad de posiciones que, procura el sistema penal oral acusatorio, dada la evidente desigualdad económica que existe generalmente entre el acusado y la Fiscalía, (...).

De otro lado, en lo ilativo al documento alusivo a las presuntas conversaciones que sostuvieron la testigo YOSSELIN JAEL ANAYA LOBO y la víctima, se debe relieves que, la existencia y contenido de esas comunicaciones pueden demostrarse por cualquier medio lícito, en virtud del principio de libertad probatoria, así mismo, la defensa tiene a cargo la autenticación del documento, esto es demostrar que es lo que afirma según su teoría del caso, para lo que podría resultar especialmente útil el testimonio de uno de los partícipes en la comunicación, y ya hemos visto que el defensor pretende su incorporación a través del testimonio de una de las presuntas partícipes en la conversación realizada a través de una red social.

En resumen, como viene de verse la señora Juez de primer nivel, tenía elementos de juicio suficientes para hacer el análisis de la pertinencia y en general admisibilidad de los medios de prueba solicitados de la defensa, los cuales soslayó dando prelación a formalidades que se encuentran proscritas por el ordenamiento jurídico; en ese orden de ideas, esta Colegiatura procederá a decretar como prueba los testimonios de los policiales LUIS PEÑARANDA IGUARAN, YEINER ANTONIO ORTIZ GUZMAN y la señora YOSSELIN JAEL ANAYA LOBO y los documentos alusivos a conversaciones que sostuvieron esa testigo y la víctima a través de la red social de MESSENGER; en este último caso, cabe aclarar que el A quo no fue específico en inadmitir este elemento material probatorio, pero todo indica que su criterio al respecto, es el mismo en relación con la falta de pertinencia del medio, por lo que se ordenará los mismos."

(Magistrado Sustanciador Dr. Luigui José Reyes Núñez, Apelación de auto, Radicación Interna: 2019-00192, Julio 25 de 2022)



HURTO CALIFICADO AGRAVADO- Allanamiento a cargos/ **SENTENCIA CONDENATORIA** – Se recurre en lo atinente al quantum de la pena/
SUBROGADOS PENALES- Por la entidad del delito no resulta procedente

“En primer lugar, tenemos que, el recurrente, señaló que, el motivo de su disenso, se centra en que la señora juez para imponer la pena por el delito de Hurto Calificado Agravado, descrito en los artículos 239, 240 inciso 2º y 241 numerales 10 y 11 del Código Penal, partió del primer cuarto máximo, con lo cual soslayó que debió partir del primer cuarto mínimo, esto es, 72 meses, igualmente, precisó que, la mitad de 72 meses serían 36 meses; así mismo, precisó que, al aplicar las tres cuartas partes de la rebaja punitiva prevista en el artículo 269 del Código Penal, la pena quedaría en 20 meses y 4 días de prisión, por lo que su defendido tiene derecho a la libertad por pena cumplida, la libertad condicional y lo contemplado en el artículo 38 G del Código Penal.

(...)

En el sub lite, no existe constancia que, se haya reparado efectivamente a la víctima con anterioridad a la sentencia adiada 22 de junio de 2021, dictada por la Juez Octavo Penal Municipal con Función de Conocimiento de Barranquilla, por tanto, contrario a lo que enarbola el letrado recurrente, no es procedente en este caso, aplicar la rebaja punitiva de que trata el artículo 269 del Código Penal, tal como lo determinó con buen fin la funcionaria de primera instancia en la sentencia apelada.

De otro lado la Sala otea que, el procesado se allanó a cargos en la audiencia de formulación de imputación, por lo que, este fenómeno post delictual comporta una rebaja de pena, la cual según lo dispuesto en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, sería en un principio de hasta de la mitad de la sanción si es una persona que no fue aprehendida en flagrancia ya que según lo previsto en el parágrafo del artículo 301 de esa norma, la rebaja será de hasta la cuarta parte del 50% de la misma, esto es, hasta un 12,5 % de la sanción si es un sujeto capturado en situación de flagrancia; en el sub lite, encontramos que, el imputado fue capturado en situación de flagrancia, por lo que en principio, le sería aplicable la última preceptiva.

(...)

Desde esa perspectiva jurisprudencial, en el sub lite, se otea que, el procesado aceptó los cargos imputados, por el delito de Hurto Calificado Agravado, descrito en los artículos 239, 240 inciso 2º, y 241 numerales 10 y 11 del Código Penal, en la audiencia de formulación de imputación, sin embargo, según lo dispone el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, la



Jurisprudencia y en virtud del delito por el que se sigue la actuación, no era procedente por favorabilidad la aplicación de la rebajade pena prevista en la Ley 1826 de 2017, pues el delito por el que se procede no se encuentra enlistado en el artículo 10 de esa normativa¹². Veamos:

“ARTÍCULO 10. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 534, así:

Artículo 534. Ámbito de aplicación. El procedimiento especial abreviado de que trata el presente título se aplicará a las siguientes conductas punibles:

1. Las que requieren querella para el inicio de la acción penal.
2. (...) hurto (C. P. artículo 239); hurto calificado (C. P. artículo 240); hurto agravado (C. P. artículo 241), numerales del 1 al 10 (...)

En caso de concurso entre las conductas punibles referidas en los numerales anteriores y aquellas a las que se les aplica el procedimiento ordinario, la actuación se regirá por este último.

PARÁGRAFO. Este procedimiento aplicará también para todos los casos de flagrancia de los delitos contemplados en el presente artículo.

Ciertamente, el artículo 10 de la Ley 1826 de 2017, prevé que, el procedimiento especial abreviado se aplicará entre otras, conductas punibles, al hurto agravado descrito en el artículo 241 numerales del 1 al 10 del Código Penal; sin embargo no se prevé allí el numeral 11 de dicha preceptiva, la cual le fue imputada al acusado ÁLVARO MANUEL AMADOR DÍAZ (cometer la conducta en establecimiento público o abierto al público, o en medio de transporte público) por tanto, según lo descrito en los artículos 301 parágrafo y 351 de la Ley 906 de 2004, la rebaja, en este caso, sería de hasta la cuarta (1/4) parte del 50% de la pena a imponer, esto es hasta un 12,5 % de la sanción, pues el encartado fue capturado en situación de flagrancia por un delito no previsto en la aludida disposición (art. 241-11). Aplicada esa rebaja al guarismo de 110 meses de prisión fijado por la funcionaria de primer nivel como pena a imponer al sentenciado, arroja una sanción de 96.25 meses de prisión.

¹² ARTÍCULO 10. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 534, así: Artículo 534. Ámbito de aplicación. El procedimiento especial abreviado de que trata el presente título se aplicará a las siguientes conductas punibles:... hurto (C. P. artículo 239); hurto calificado (C. P. artículo 240); hurto agravado (C. P. artículo 241), numerales del 1 al 10;(...)



Todo lo dicho prueba que NO atinó la señora Juez de primera instancia al otorgar por favorabilidad al sentenciado la rebaja del 50% de la pena a imponer, prevista en la ley 1826 de 2017, la que, finalmente, concretó en cincuenta y cinco (55) meses de prisión, sin embargo, la garantía de la non reformatio in pejus (artículo 31 Superior), cuando el condenado es apelante único, nos impide modificar la providencia apelada en ese sentido, pues sería perjudicial al procesado que, se itera, es apelante único.

De otro lado, encontramos que, el recurrente, solicita a la Sala, se conceda a su patrocinado el subrogado de la libertad condicional de que trata el artículo 64 del Código Penal. Al respecto, se debe precisar que si bien en principio peticiones de este linaje, una vez ha adquirido firmeza el fallo, son del resorte del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, nada impide que lo pueda hacer también el Juez con función de conocimiento en la sentencia condenatoria, cuando se cumplan a cabalidad los requisitos legales y jurisprudenciales. (...)

(...)

Al respecto, encontramos que la pena impuesta al procesado corresponde a 55 meses de prisión, por lo que las tres quintas partes (3/5) conciernen a 33 meses de prisión, y hasta esta data el condenado ha servido 50 meses en detención domiciliaria, cumpliéndose ese requisito objetivo, sin embargo, debemos considerar que a la actuación debe allegarse, como enseña la Corte “la resolución favorable del Consejo de Disciplina o en su defecto del director del establecimiento carcelario, donde se evalúe el comportamiento en el sitio de reclusión” documentos que son necesarios para ver de mirar “el comportamiento del condenado en el lugar de privación de la libertad con la necesidad de continuar o no con la ejecución efectiva de la pena”, todo ello indica a la Sala que se debe negar el subrogado por este aspecto, sin perjuicio de que cuando se reúnan la totalidad de los requisitos, su abogado presente una nueva solicitud ante el Juez de Ejecución de Penas competente, quien será en su momento, el encargado de ejercer la función valorativa en la que se concluirá si se concede o no, el subrogado en cuestión.

De otro lado, el togado recurrente solicitó en favor de su patrocinado el subrogado de la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38 G del Código Penal, (...).

(...)

Pese a ello la Sala confirmará por este aspecto la sentencia apelada, dado



que el condenado no satisface lo previsto en los numerales 3 y 4 del artículo 38 B del C.P. en la medida en que no se ha demostrado aquí que tiene un arraigo familiar y social, aspecto que es distinto a permanecer en el sitio en el cual viene cumpliendo la medida de aseguramiento de detención domiciliaria, pues si bien no se tiene noticia que éste haya violado las obligaciones impuestas al momento de concedérsele ésta, lo cierto es que ese hecho confirma su arraigo en ese lugar, más no su arraigo familiar y social que es lo que requiere la normativa en cita.

Ciertamente la Sala no puede pasar por alto que la última información que al respecto se tiene del condenado data precisamente del día 25 de mayo de 2018, cuando se otorgó la detención domiciliaria, empero la misma resulta insuficiente para determinar si éste tiene en ese sitio tiene su arraigo familiar y social, ya que de lo que se trata es de verificar los elementos que fijan su arraigo familiar y social y no simplemente su domicilio, a ello agréguese que los primeros pueden cambiar en cualquier momento mucho más cuando han pasado 4 años desde aquel hito, por lo que no podríamos válidamente suponer que el condenado satisface estos requisitos, sin más ni más, pues para ello se requiere prueba en ese sentido.

Finalmente, se observa que, el condenado, tampoco satisface el numeral 4 del artículo 38 B del Código Penal, pues no se tiene noticia de que, haya garantizado mediante caución el cumplimiento de su obligación de reparar los daños ocasionados con el delito en el plazo fijado por la juez de primer grado, quien, señaló que, dentro de los 30 días hábiles siguientes, debía cumplir con la indemnización de la víctima, y al respecto, el Despacho impuso la cancelación de un millón de pesos (\$1.000.000) a favor del joven ISAAC DAVID BARRERA ESTRADA, así mismo, no existe evidencia acerca de la situación económica del procesado, como para presumir con bases serias la insolvencia del condenado para cumplir con ese requisito, amen que una decisión en ese sentido de todas formas tendría que garantizar el derecho de impugnación de la víctima.

Dentro de esos derroteros, la Sala tampoco visualiza la posibilidad de conceder al condenado la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38 G del C.P., pese a que ha descontado más de la mitad de pena, en razón a que no se ha probado aquí las exigencias de los numerales 3º y 4º del artículo 38B del C.P., en todo caso, se itera, sin perjuicio de que cuando se reúnan la totalidad de los requisitos, su abogado presente una nueva solicitud ante el Juez de Ejecución de Penas competente, quien será en su



momento, el encargado de ejercer la función valorativa en la que se concluirá si se concede o no, el subrogado en cuestión."

(Magistrado Sustanciador Dr. Luigui José Reyes Nuñez, Apelación de sentencia, radicado interno: 2021-00181, Julio 25 de 2022)

NULIDAD PROCESAL-Falta de técnica en la defensa/ **VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO-** Inexistente/ **CAMBIO DE DEFENSOR DE CONFIANZA-** Reproche que realiza el procesado no tiene la entidad de nulitar el proceso

"En el caso que se tiene entre manos se advierte que el señor YI AGUIRRE ha estado debidamente asistido, en principio por el doctor Alberto Castro, quien fungiendo como defensor técnico representó los intereses jurídicos del acusado en distintos estadios procesales, luego por el Dr. Ojito Palma y finalmente por el Dr. Erick Calderón.

Así las cosas, es este último quien plantea que ante "la falta de técnica por parte de la defensa que le antecedió", y por no haber solicitado aquella determinadas pruebas, la omisión de algunos actos (apelación solicitud de exclusión objeción a las pruebas de la contraparte) y la confusión en algunos conceptos, es posible se decrete la nulidad por vulneración del derecho fundamental al debido proceso, en su componente de defensa técnica, pues considera que de haberse ejercido de mejor manera las tareas defensivas la posición defensiva de su cliente estaría en mejor forma.

La sala se distancia de la posición del recurrente pues a nuestro juicio, si bien se puede admitir que el anterior defensor pudo haber incurrido en algunas pifias, la norma constitucional que se dice violada (artículo 29) entraña, respecto del derecho de defensa, criterios mucho más profundos que van más allá de que un defensor cometa algunos errores en el ejercicio de su labor defensiva, y así lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia en antiguos y recientes fallos, entre los cuales se extracta que:

"...la garantía no llega hasta el extremo de comprender también el acertado ejercicio del derecho a la defensa, pues los abogados pueden cometer errores e incurrir en omisiones que afecten los intereses de sus poderdantes, sin que por ello pueda afirmarse válidamente que se ha violado algún derecho procesal. Una cosa es que a juicio de un mejor defensor se hubieran podido hacer más diligencias y presentado más



peticiones de las que realizó su antecesor, y otra que no haya existido defensa técnica" (Sala de Casación Penal. Sentencia del 9 de junio de 1992. MP. RICARDO CALVETE RANGEL. En el mismo sentido sentencias de julio 1 de 1992, MP, DIDIMO PAEZ VELANDIA y mayo 4 de 1993 MP. RICARDO CALVETE RANGEL.)

En los mismos términos un preclaro procesalista nacional ha indicado sobre el tema:

"Muchos han sido los procesos en donde los abogados de la defensa invocan la nulidad procesal, amparados en su mejor servicio, estudio u orientación del proceso penal, quejándose de la inactividad, poca eficacia, o falta de recursos jurídicos para ejercer una defensa real, por parte del defensor a quien desplaza.

Tal planteamiento carece de toda seriedad para hilvanar la máxima sanción procesal, primero, porque tal situación no ha sido prevista por el legislador como causal de nulificación; segundo porque la defensa técnica no puede hacerse descansar en una inmaculada labor profesional del derecho, quien por razones apenas naturales, no queda exento de ejecutar irregularidades, informalidades u omisiones que por más que redunden en perjuicio de su cliente, no tienen la trascendencia para generar nulidad, siempre que de todos modos, hubiere tomado parte activa como defensor, esto es, siempre que ejerza las facultades que la ley le confiere a los abogados de la defensa; si se tratare de total inactividad, obvio, ya no se trata de una pura omisión, o de un simple yerro, sino del no ejercicio del derecho de defensa, lo que conlleva la nulidad" (NOVOA VELASQUEZ, Néstor Armando. "NULIDADES EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. ACTOS PROCESALES Y ACTO PRUEBA.)

De hecho, en vigencia del nuevo modelo acusatorio, la Corte (Sentencia de casación del 4 de febrero de 2009, radicado No. 30.363) ha reconocido que aunque después de entrar a operar la Ley 906 de 2004 algunos profesionales no se han informado suficientemente sobre los principios y vicisitudes propias de cada una de las audiencias y actuaciones establecidas en dicha legislación, de suerte que "es improcedente alegar violación del derecho de defensa por desconocimiento del sistema acusatorio" (Auto del 30 de mayo de 2012. radicado 39047. MP. Augusto J. Ibáñez Guzmán.), porque no por ello puede afirmarse que su intervención



en procesos adelantados conforme a este sistema comporta invalidación del trámite por violación del derecho a la defensa técnica; de suerte que:

“Será necesario, dijo la Sala en el mencionado antecedente, que en cada caso concreto se establezca si su desconocimiento o ignorancia tuvo o no injerencia cierta y efectiva en las decisiones cuestionadas, pues para conseguir la declaratoria de nulidad es preciso acreditar que la anomalía denunciada tuvo incidencia perjudicial y decisiva en la declaración de justicia contenida en el fallo impugnado (principio de trascendencia), dado que el recurso extraordinario de casación no puede sustentarse en especulaciones, conjeturas, afirmaciones carentes de demostración o en situaciones ausentes de quebranto” (Corte Suprema de Justicia. Casación Penal, auto del 23 de mayo de 2012. Radicado 38810. MP. Sigifredo Espinosa Pérez)

En virtud de lo anterior, para esta Colegiatura es claro que los disentimientos que arguye el defensor respecto del proceder de su antecesor no comportan circunstancias que ameriten la máxima sanción procesal cual es la nulidad, pues como quedó advertido para que una pretensión de tal naturaleza prospere es necesario que en la actuación concurren circunstancias objetivas que configuren una flagrante vulneración de las garantías procesales del acusado, de suerte que tales irregularidades atribuibles al abogado defensor cuya negligencia e inactividad se ataca, ostenten la entidad suficiente para inferir que su conducta profesional derivó perjudicialmente en el proferimiento del fallo impugnado.

En el asunto sub examine se advierte que, diferente a lo planteado por el abogado defensor en su impugnación, las diligencias y actuaciones llevadas a cabo por la defensa que le precedía, en modo alguno pueden asumirse como una afrenta a las garantías fundamentales del procesado, nótese que a lo largo del proceso han sido diversas las solicitudes impetradas por la defensa cuya gestión se cuestiona: se solicitaron pruebas, se estipularon como ciertos algunos acontecimientos facticos. Pero lo mas curioso es el que el apelante no se concentra en la trascendencia de las pifias que le atribuye a su antecesor, verbigracia alega que no se cuestionó el descubrimiento de la Fiscalía, pero no dijo que trascendencia tenía ello, si había algo que la Fiscalía no descubrió o alguna situación que pudiera hacer pensar que el descubrimiento no fue completo. También se alega que el antiguo defensor no solicitó las pruebas idóneas en favor de su defendido y que las que pidió no desvanecen los elementos en los que se funda la



acusación; afirmaciones éstas que están impregnadas de una alta carga de subjetividad y que por ello resultan inaceptables pues dado que no se conoce la exacta teoría del caso de la defensa, no es posible afirmar con seguridad cuan idónea o no era una prueba solicitada. Como también es discutible la censura respecto a que no apeló el decreto de pruebas pues no se señala un punto específico y objetivo que hicieran imprescindible esa actuación procesal.

En este sentido encuentra la Sala por demás excéntrica la pretensión esgrimida por el abogado defensor, bajo la cual solicitó se decretara la ineficacia procesal y fuera retrotraído el trámite a la audiencia de preparatoria, pues las argumentaciones que plantea solo dejan ver una disparidad de estrategias de defensa que subyacen de la subjetividad del actor, que se estructuran en tesis hipotéticas, y que se itera- no pueden ser de recibo, dado que se trata de circunstancias en las que la jurisprudencia y la doctrina han dejado claro, son casos que no dispensan la trascendencia jurídica para viabilizar la nulidad, como quiera que los intereses jurídicos del procesado han estado siempre resguardados en la pericia del profesional del derecho cuya gestión ahora cuestiona el impugnante."

(Magistrado Sustanciador Dr. Demostenes Camargo De Avila, Radicación Interna: 2022-00007-P-CA, Junio 3 de 2022)

DESCUBRIMIENTO PROBATORIO- En la audiencia preparatoria denuncia y entrevista de menor víctima del delito/ **EXCLUSIONES SOLICITADAS POR LA DEFENSA-** No resultan procedentes por cuanto los medios de prueba fueron allegados correctamente al proceso por la vista fiscal

En caso subjudice, dentro de la audiencia preparatoria, el censor solicitó el rechazo de dos "elementos de prueba" de la Fiscalía, bajo el argumento que no se habían descubierto en debida forma, se trataba de la denuncia de la madre de la menor y el informe respectivo que contiene la entrevista de la infante.

(...)

7.2.4. De la naturaleza de la denuncia y la entrevista en el proceso penal- análisis del caso concreto-.

En caso subjudice, la Defensa solicitó el rechazo de la denuncia penal instaurada por la señora Dayris Milena Moth Hernández el día 30 de junio de 2020 y el informe de investigador de campo FPJ-11 donde consta la



entrevista realizada a la menor N.A.S.M del cual manifiesta no se le entregó por parte de la fiscalía la videograbación de la entrevista por el medio que está aduce haberla entregado, manifestando que no cumplió en debida forma su deber de descubrimiento porque tales elementos no fueron entregados en debida forma.

Pues bien, antes de examinar si en efecto procede o no la sanción de rechazo, se debe establecer sobre cuales aspectos se solicitó tal oposición probatoria, partiendo, primeramente, por analizar la naturaleza de la denuncia como de la entrevista.

(...)

De tal manera que resulta claramente improcedente y sin fundamento alguno, la solicitud de rechazo porque la denuncia incoada por la madre del menor no contenga una firma, toda vez que, hasta el momento, dicha denuncia tiene el carácter de noticia criminal, mientras que, en este evento, la Fiscalía petitionó realmente el testimonio de la denunciante, de modo que, adquiere el carácter de versión anterior al juicio.

Y es que la denuncia no puede ser introducida al juicio como elemento probatorio autónomo, menos aun cuando la posible testigo esta disponible para declarar en la vista pública, nótese que en un proceso penal en el que la denunciante no fue citada a juicio y el Funcionario le dio valor de prueba a la denuncia, sin haberse tratado de prueba de referencia, (...).

Esta declaración constituye prueba de referencia, según lo previsto en el artículo 347 de la Ley 906 de 2004, toda vez que: (i) fue rendida por fuera del juicio oral; (ii) se presentó como medio de prueba; (iii) del tema central de debate (si las relaciones sexuales fueron consentidas o mediante violencia); y (iv) de esa forma se le privó a la defensa de la oportunidad de ejercer el derecho a la confrontación.

No existe discusión sobre la disponibilidad de la testigo, por lo que no se vislumbra la concurrencia de alguna de las causales excepcionales de admisibilidad de prueba de referencia, previstas en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, ni se avizoran razones aceptables para que la Fiscalía haya decidido omitir la práctica del testimonio que sirvió de fundamento principal a la acusación.

Aunque la Fiscalía solicitó incorporar la declaración anterior de Kelly Isaza como un elemento material probatorio, esa denominación no cambia la



realidad de que se estaba incorporando una prueba testimonial en contravía de las previsiones constitucionales y legales, según se indicó en la parte inicial de este fallo.

Si el acusador tenía conocimiento de que la testigo había cambiado su versión (recuérdese que antes del juicio rindió una declaración a instancias de la defensa, donde expresó que las relaciones sexuales fueron consentidas), debió presentar a Kelly Isaza como testigo en el juicio oral, y en el evento de que esta se hubiese retractado de lo que dijo en la primera oportunidad, pudo incorporar durante el interrogatorio la declaración anterior, en los términos atrás indicados, bien para que la defensa tuviera la oportunidad de ejercer el derecho a la confrontación, ora para que el juez pudiera valorar ambas versiones.

Con su actuación irregular la Fiscalía (avalada por el juez) generó una situación inentendible, pues finalmente fue la defensa quien presentó en el juicio oral a la testigo de cargo, y la Fiscalía se limitó a hacer algunas preguntas, a modo de contrainterrogatorio, orientadas a restar su credibilidad. De hecho, cuando se le recriminó porque estaba haciendo preguntas sugestivas, planteó que estaba facultada para ello porque estaba haciendo uso del contrainterrogatorio¹³.

En consecuencia, al valorar la declaración rendida por Kelly Johana Isaza por fuera del juicio oral, el Tribunal incurrió en un error de derecho, en la modalidad de falso juicio de legalidad, cuya trascendencia de cara a la violación indirecta de la ley sustancial será analizada más adelante.

El uso indebido de las declaraciones anteriores al juicio oral se materializó, además, durante el testimonio de la señora María Luisa Ayala Suárez, abuela y madre de crianza de Kelly Johana.

La Fiscalía, sin que mediara alguna razón que lo justificara, solicitó que se admitieran como elementos materiales probatorios la denuncia que en su momento formuló esta testigo, y la ampliación de la misma, a lo que accedió el juez de conocimiento. Es más, esas declaraciones fueron leídas¹⁴ y de esa manera incorporadas al registro antes de que el juez decidiera admitirlas como prueba¹⁵, bajo el entendido de que esa admisión no se hizo

¹³Minutos 1:40 y 7:00, tercer registro, pruebas de la defensa.

¹⁴Minuto 15:45 y minuto 24:20, respectivamente.

¹⁵Minuto 40:19



a título de prueba de referencia (lo que hubiera sido improcedente porque la testigo estaba disponible para declarar en el juicio), ni en calidad de declaración anterior inconsistente con lo declarado en el juicio (ni una palabra se mencionó sobre el particular), pues, se insiste, el juez trató esas declaraciones como “evidencias físicas”¹⁶.

Además, el testimonio de la denunciante (madre de la menor) fue debidamente descubierto, de modo que, dentro de este asunto se tiene que la Fiscalía cumplió con su carga procesal, aunado a que lo que pregona el recurrente es que se aplique una sanción al Ente Acusador y se “rechace” la denuncia por no tener firma, cuando como se dijo párrafos arriba, no puede rechazarse la noticia criminal, como tampoco se colige trasgresión al debido proceso o sorprendimiento sobre la declaración de la denunciante, que hasta el momento sería solicitado como prueba testimonial.

Así las cosas, ha debido la Juzgadora a través de una orden y amparada en el principio de actuación procesal, rechazar de plano tal solicitud del defensor, puesto que deviene temeraria e improcedente.

En segundo lugar, la Sala vislumbra que la defensa solicitó el rechazo de la entrevista de la presunta menor víctima. Sin embargo, se tiene que: (...).

(...)

La entrevista fue relacionada por la Fiscalía desde la audiencia de formulación de acusación, para desglosar que efectivamente dentro de su posible teoría del caso cuenta con la declaración de la infante NASM, testimonio que fue descubierto, ahora bien, en el evento en el que la menor no pueda ser tomado su relato, tal entrevista pudiera ser admisible como prueba de referencia.

(...)

De lo reseñado deriva que, si bien es carga ineludible de la Fiscalía realizar el descubrimiento probatorio, acto que puede ser cumplido de diversas maneras, siempre y cuando las empleadas garanticen el conocimiento preciso de la defensa (y demás intervinientes), con la suficiente antelación, de qué información específica, evidencia física o elemento material probatorio se trata, a efectos de que prevalida de ese conocimiento concreto pueda plantear su estrategia en aras de controvertirlo.

¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Rad. 49.950 de 2017.



Así pues, la Sala debe decir que la defensa, debe tener presente que: (i) la entrevista no es un medio procesal autónomo; (ii) la Fiscalía no fue sorpresiva en los testigos que enunció; (iii) si algún medio procesal enviado de forma electrónica presenta algún error en la reproducción o descarga, como lo ha señalado la sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, las formas no pueden constituirse en un fin en sí mismas, que mal puede exigirse el rigorismo extremo de los trámites, por los trámites mismos, pues ello desconoce mandatos superiores que imponen el deber de hacer prevalecer lo sustancial, lo material.

El registro de lo acaecido demuestra que, en estricto sentido, la supuesta irregularidad no tuvo ocurrencia y, en el supuesto de haber sucedido, la misma sería inane, intrascendente, pues, en prevalencia de lo sustancial, el derecho de la defensa en modo alguno se vio afectado.

Sucede que, desde el escrito de acusación, la Fiscalía anunció todos los medios probatorios con los que cuenta y precisamente, una de las formas en que el descubrimiento se cumple de manera plena está dada cuando a la parte defendida se le entregan los elementos señalados en la acusación.

En el evento en estudio aparece acreditado que desde un comienzo la Fiscalía puso a disposición de esa parte los elementos relacionados en la acusación y que, a pedido del señor apoderado, el acusado (también profesional del derecho, además de juez del sistema penal acusatorio) los recibió en su integridad y se hizo a las copias de aquellos que consideró pertinentes."

(Magistrado Sustanciador Dr. Jorge Eliecer Mola Capera, Radicación interna: 2022-00104 P-MC, Julio 14 de 2022)

HURTO AGRAVADO- Preacuerdo/Cambio de la denominación jurídica del delito imputado/**SUBROGADOS PENALES-** No es posible concederse conforme el delito imputado al solicitante

"En el sub examine fue celebrado un preacuerdo entre los procesados y la Fiscalía, con la correspondiente asistencia de su defensa técnica y en la audiencia de verbalización, el Delegado del Ente Acusador esbozó "los acusados se declaran culpables únicamente del delito de hurto agravado, a cambio de que esta fiscalía elimine de su acusación el calificante y para ello se procedería a degradar la conducta imputada, con la correspondiente disminución de la pena a imponer por el señor juez al



dosificarla; así las cosas, el delito no corresponde al hurto calificado agravado como se señaló en acápites anteriores, sino hurto “agravado”

De tiempo atrás la jurisprudencia se ha referido a la posibilidad que tiene la Fiscalía General de la Nación de ajustar la calificación jurídica durante la acusación, como titular de la acción penal, sin embargo, encuentra esta Corporación que en el caso de marras la variación de la calificación no deriva de la realidad procesal, tampoco del análisis de los medios de prueba de cara al principio de tipicidad, sino que es el resultado de la negociación, como único beneficio.

De acuerdo a lo expuesto, una cosa es la variación de la calificación jurídica de la Fiscalía atendiendo el principio de legalidad y que después de esa base acusatoria se celebre un preacuerdo por una pena más benévola ante esa nueva calificación, y otra muy distinta es la que se presenta en el caso de marras, pues no existe fundamentación en busca de preservar el principio de legalidad para realizar dicha modificación, pues el cambio, el cual es la eliminación del calificante se hizo únicamente con ocasión del preacuerdo como único beneficio, por lo cual este cambio solo se tomará para efectos de la dosificación punitiva en busca de una pena menos gravosa.

Teniendo en cuenta que, a partir de la imputación fáctica y jurídica precisa, como referente obligado, pueden los sujetos procesales “negociar” los términos de la imputación; la imputación correcta es el único parámetro que permite establecer los dos factores: la pena a imponer si no hay preacuerdo y la pena a imponer producto del consenso, y dicho delito imputado no es otro que el hurto calificado agravado.

Aunado a lo anterior la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia reciente ha sido clara en establecer que, es permitido a la Fiscalía tipificar la conducta con miras a disminuir la pena y es permitido eliminar, no imputar, excluir, alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico, como sucedió en el caso que no atañe, bajo el supuesto de que no puede darle a los hechos sino la calificación jurídica que verdaderamente corresponda, la referencia a una calificación jurídica menos restrictiva, pero carente de cualquier fundamentación, lo es solo para efectos punitivos, en esa medida la sentencia anticipada se profiere según lo convenido y con las consecuencias jurídicas, como es el caso de los subrogados penales, que



le correspondan al delito realmente cometido, el cual es hurto calificado agravado.

Partiendo de lo anterior, efectivamente los subrogados penales deben estudiarse de cara a la conducta punible realmente imputada, de conformidad con la base delictual-hechos jurídicamente relevantes-, porque como ya se explicó, en este evento la eliminación de la circunstancia calificante fue realizada a modo de ficción jurídica con miras a la obtención de una pena más benévola.

Así pues, en relación a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, el artículo 63 del C.P., establece que, podrá concederse si: (i) la pena impuesta es de prisión que no exceda de cuatro (4) años; (ii) si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trate de uno de los delitos contenidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000. Si se cumplen esos dos requisitos, continúa la norma, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.

Pues bien, tal como se reseñó, la pena a imponer a los sindicados es de 12 meses cuarenta de prisión, lo que equivale a 1 año aproximadamente, es decir, este requisito se cumple, de tal manera que se sigue al segundo requisito, en donde el legislador enseña que se acrezca de antecedentes penales y no esté enlistada la conducta punible en el artículo 68ª, es allí donde se encuentra el impedimento para la concesión de tal subrogado, en tanto el punible de hurto calificado, está prohibido por el legislador para el otorgamiento de subrogados penales (Art 68ª del C.P.).

Tampoco sería posible conceder la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38B del Código Penal, pues se establece como requisitos:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.
2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.
3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.
4. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las obligaciones (...).

Descendiendo al caso en concreto, la conducta delictiva versa sobre uno de los delitos incluidos en el artículo 68A del Código Penal, el cual establece



que no se podrá conceder el subrogado en estudio frente al hurto calificado.

Conforme a lo descrito, esta Corporación confirmará la sentencia recurrida, toda vez que resulta ajustada a la norma y línea jurisprudencial vigente de la Corte Constitucional y Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la negación de los subrogados penales frente a un hurto calificado agravado por el que fueron condenados los señores Luis Alfredo Linares Martínez y Luis Eduardo Leal Castro, muy a pesar que el beneficio de la negociación fue la eliminación del calificador, toda vez que como se indicó párrafos arriba, ello se realizó con miras a disminución de la pena sin desconocer el núcleo factico de la imputación."

(Magistrado Sustanciador Dr. Jorge Eliecer Mola Capera, Radicado Interna: 2022-00112- P-MC, Junio 29 de 2022)
