



BOLETIN JURÍDICO No. 82
AGOSTO 2023

SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA:

SENTENCIA ANTICIPADA- Proceso de servidumbre de interconexión eléctrica/ **PLURALIDAD DE DICTAMENES PERICIALES-** Sólo resulta admisible la valoración de uno de ellos/ **TASACIÓN DE INDEMNIZACIÓN MONETARIA-** Parámetros

“2. Descendiendo al caso concreto encontramos, en torno al argumento de la apelación en el sentido de que los dictámenes periciales allegados por la demandada DIANA LUTSGARTEN STECKERL, propietaria de la heredad en cuestión, no pueden ser valorados porque mediante auto de septiembre 28 de 2017 el juez de primera instancia dispuso rechazar de plano la contestación de la demanda que ésta presentó y solo accedió a decretar la prueba pericial por ella pedida, que a la postre se frustró por no haber cancelado los gastos de la pericia, encontramos que no asiste razón al recurrente, por los siguientes motivos:

Dicha demandada, dentro del término previsto en el art. 369 del C.G.P., “contestó” cada uno de los hechos de la demanda, se opuso a las pretensiones y objetó la tasación de perjuicios presentada por la parte actora con base en la cual en los albores del proceso se le ordenó consignar a órdenes del juzgado la suma de \$204.592.357.64. La objeción estuvo soportada en considerar la demandada que el peritazgo presentado para la evaluación del menoscabo patrimonial que ella afrontaría, estaba cimentado sobre bases equivocadas; y para efectos de soportar la contradicción referente al valor de la indemnización, anexó dictámenes periciales emitidos por los auxiliares de la justicia JAIME HERRERA TORRES, ANDRÉS FELIPE MEDINA FLOREZ que para el mismo predio tasó en el año 2014 el valor del metro cuadrado en la suma de \$92.553,00 en proceso que se adelantó ante el juzgado 3º Civil Municipal de Barranquilla dentro del proceso radicación 2014-00150-00, y uno por el señor SERGIO PACHÓN DELGADO de la Lonja de Propiedad Raíz de Barranquilla que para el mismo predio tasó el metro cuadrado en la suma de \$81.525,00 para el año 2013 alegando con fundamento en ello, que en los años 2013 y 2014 el valor del metro cuadrado en el predio de su propiedad supera el valor que aparece asignado en el peritazgo anexado por la parte actora para justificar el monto de la indemnización ofrecida, además de que no se trata de un predio rural, sino de una de expansión urbana industrial; y además solicito el decreto de una prueba pericial para que se determine el justo valor de la compensación por perjuicios que debía recibir.

Este comportamiento procesal a no dudarlo, se traduce en objeción al avalúo pericial y a la tasación de perjuicios presentados con la demanda; de manera que no resulta ajustado a la realidad el argumento invocado por el apelante, de no poderse valorar las pruebas periciales acompañadas por esta demandada con el escrito de contestación porque mediante auto



fechado septiembre 28 de 2017 el señor juez de primera instancia determinó que en estos casos no es pertinente presentar “contestación de demanda” interpretando el recurrente tal decisión de manera restrictiva y no en el contexto que el funcionario de primer grado la emitió, consistente en rechazar de plano la contestación referida a la imposición de la servidumbre y las excepciones dirigidas a enervar tal pedimento; y procedió entonces a adecuar el escrito de contestación, a objeción contra la indemnización ofrecida por la demandante, y en consecuencia, decretó las pruebas que las partes solicitaron para ese cometido, esto es, dos dictámenes periciales, uno que debía practicar el IGAC y otro para el cual se nombró a un auxiliar de la Justicia, pero esa orden no desechó ni desconoció en modo alguno las pruebas legal y oportunamente aportadas por los integrantes del polo pasivo, pues siendo allegadas dentro de la oportunidad procesal pertinente, nada impedía su aducción al proceso.

Además de lo anterior, en providencia fechada julio 6 de 2020 también ejecutoriada, dictada por la señora magistrada sustanciadora de esta Sala, al desatar la apelación contra el auto que declaró desistida la prueba pericial decretada por el juzgado por no haberse pagado el importe necesario para efectuarla, rebatió el argumento del apoderado judicial de dicha demandada en el sentido de que la falta de realización de la prueba ordenada por el juzgado dejaría a dicha litigante indefensa y obstaculizaría su acceso a la administración de justicia porque no tendría forma de demostrar que la tasación de perjuicios expresada en la demanda es por un valor muy inferior al que realmente corresponde, lo que además soslayaría lo previsto en la Ley 446 de 1998 y jurisprudencia vigente acerca de la indemnización integral, señalándole que “...no resulta cierto que la demandada DIANA LUTSGARTEN carezca de prueba para acreditar los hechos con los que pretende llevar al juzgador al convencimiento de que el valor de los perjuicios irrogados con la servidumbre eléctrica es superior a aquel indicado por la parte demandante, pues como antes se dijo, dicha señora allegó al plenario tres (3) dictámenes periciales, que conforme a lo previsto en el art. 37 de la Ley 1682 de 2013 (...) deberán ser objeto de valoración por parte del juez de la causa, al momento de definir el litigio...”.(ítem 02CuadernoTribunal.pdf, cdno de 2a instancia)., valoración que procede, claro está, en la medida en que tales pruebas reúnan los requisitos legales, lo cual habría de ser objeto de escrutinio en la oportunidad legal, esto es, cuando se dictara sentencia.

3. En relación con el argumento de no poderse admitir más de un dictamen pericial para la acreditación de un hecho, ciertamente el art. 226 del C.G.P. dispone que “Sobre un mismo hecho o materia cada sujeto procesal solo podrá presentar un dictamen pericial.”; y, en ese sentido, como la demandada DIANA LUTSGARTEN STECKERL aportó con su escrito de defensa tres (3) dictámenes periciales a efectos de que se tuviera por demostrada su objeción frente al monto de la indemnización, y, como los tres dictámenes antes relacionados tenían como propósito demostrar el mismo supuesto de hecho dentro del proceso, solo resulta admisible un dictamen, lo que denota un error de apreciación normativa del juzgador de primer grado, al haber valorado los tres dictámenes mencionados.



Ahora bien, a efectos de determinar cuál de los tres peritazgos presentados por la demandada de autos resulta pertinente valorar, hemos de tomar en consideración que los elaborados por el Arquitecto Andrés Medina Flórez data del 10 de septiembre de 2014-folios 62-79 del escrito de contestación-, y el emitido por la sociedad ARQUIAVALÚOS SAS., Arq. SERGIO DELGADO PACHÓN, data de agosto de 2013 (fls.44-55 ítem 07ContestaciónDianaLustgarten), de manera que no pueden ser valorados por no encontrarse vigentes para la fecha del 15 de marzo de 2017 cuando fueron incorporados con la contestación de la demanda, pues conforme a lo dispuesto por el art. 19 del Decreto 1420, compilado en el art. 2.2.2.3.18 del Decreto 1170 de 2015, los avalúos tendrán una vigencia de un (1) año, contados desde la fecha de su expedición o desde aquella en que se decidió la revisión o impugnación.

En cuanto al dictamen signado por el Arquitecto JAIME HERRERA TORRES el 10 de marzo de 2017-folios 29-42 del escrito de contestación-, presentando dentro del año de su elaboración, tenemos que el art. 2.2.3.7.5.3. del Decreto 1073 de 2015 dispone que el peritazgo que decreta el juez para verificar la objeción presentada por la parte demandada en procesos de servidumbre, debe ser elaborado conjuntamente por un perito perteneciente a la Lonja de Propiedad Raíz y uno de la Lista de Auxiliares de la Justicia emitida por el C.S.J., requisito que no cumple tal dictamen pues no viene realizado por los dos peritos mencionados, además de que el perito Herrera Torres no acredita su idoneidad y experiencia como exige el art.228 del C.G.P. Además, tal dictamen está referido a un área de terreno que, aunque pertenece a la misma heredad identificada con M.I. 040-477- 088, corresponde a una diferente a aquella a la que se refiere la servidumbre solicitada, de manera que no contiene avalúo de daños y mejoras del predio afectado con el gravamen; prueba que en términos del peritazgo exigido por el Decreto 1073 de 2015 no reúne los requisitos para controvertir aquel presentado por la entidad demandante. En este punto del análisis es preciso indicar que, dado que la prueba pericial decretada por el juzgado se declaró desistida por no haber suministrado la demandada de autos las expensas para su realización, en reemplazo de tal prueba y conforme a la facultad que le otorga el art. 228 citado, la referida demandada podía controvertir el dictamen presentado por su contraparte, con otro que reuniera las calidades exigidas por el Decreto 1073 de 2015, y, como el peritazgo aludido carece de todas estos requisitos, tampoco resulta posible valorarlo.

Así las cosas, en el plenario solo se cuenta con un dictamen válido, esto es, el rendido por la Corporación Lonja de Propiedad Raíz de Barranquilla el 13 de julio de 2016, firmado por el arquitecto SERGIO DELGADO PACHÓN. -folios 109 a 123 del libelo de demanda-, elaborado conforme a lo dispuesto en el art. 2.2.3.7.5.3. del Decreto 1073 de 2015; perito respecto de quien, al verificarse sus credenciales, se advierte que está adscrito a la Lonja de Propiedad Raíz de Barranquilla, y aparece debidamente inscrito en el Registro de Avaluadores como figura en la consulta virtual realizada, por lo que éste era el único dictamen que podía ser tenido en cuenta por el Juez de la causa para tasar el precio de la indemnización.



Todo lo que hasta aquí se ha explicado, sirve de base para revocar ese punto de la sentencia y acceder a ordenar el pago de la indemnización, en el monto inicialmente tasado por la empresa demandante, ello por cuanto, conforme al artículo 167 del C.G.P. *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, y como quiera que la demandada no logró desvirtuar la tasación de perjuicios estimada por la parte actora, a ese monto habrá de ajustarse la condena.

4.Finalmente, en lo que atañe a la pretensión de autorizar a ISA S.A. E.S.P. a *“...utilizar las líneas para sistemas de telecomunicaciones”*, contenida el literal e) del ítem de pretensiones de la demanda, que fue negada por el A-quo y que comporta el otro reparo contra la sentencia de primer grado, encontramos que el Juez a-quo la negó argumentando que ese tipo de pretensión es ajena a la finalidad de este tipo de asuntos, reservado para la imposición de servidumbre para conducción de energía eléctrica; posición que desconoce lo señalado en el art. 4º de la Resolución No. 4245 de 2013 emitida por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, *“Por medio de la cual se definen condiciones de acceso, uso y remuneración para la utilización de la infraestructura del sector de energía eléctrica en la prestación de servicios de telecomunicaciones y/o de televisión, y se dictan otras disposiciones”*, expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, que trata del derecho que tienen *“...Todos los proveedores de redes y/o servicios de telecomunicación y los operadores de televisión, (...) a solicitar que se les otorgue el acceso y uso de la infraestructura eléctrica para el despliegue de redes y/o la prestación de servicios de telecomunicaciones y/o de televisión...”*, que por tratarse de una prerrogativa de naturaleza legal, debió ser concedida por el juzgador de primera instancia, dado que, esa facultad que tienen las empresas de telecomunicaciones y televisión, de utilizar la infraestructura eléctrica a las empresas de energía, obedece a la necesidad de garantizar el cumplimiento de un deber legal que frente a las empresas de telecomunicaciones tienen los propietarios de la infraestructura eléctrica; de manera que se revocará el punto 3º de la parte resolutive apelado, y en su lugar, se accederá a lo pedido.” **(Magistrado Sustanciador Dra. Vivian Victoria Saltarín Jiménez, Agosto 23 de 2023, Radicado Interno: [44.150](#))**

EXCLUSIÓN DEL INVENTARIO DE BIENES - En materia de sociedad conyugal/
INMUEBLE REGISTRADO EN CABEZA DE UNO DE LOS CÓNYUGES- Para ser incluido a gananciales o compensación debe acreditarse probatoriamente

“La controversia de este recurso se reduce al aspecto de la exclusión del inventario de bienes del inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 040-526040 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla, por tener la calidad de ser de propiedad del demandante, y no aceptar incluirlo, parcialmente, como Gananciales por su mayor valor ni por compensación por el pago parcial del crédito para su adquisición con dineros de la sociedad conyugal.



En el video de la audiencia del 25 de abril de 2023, minutos 43 a 45, la Jueza expuso dos motivos para denegar la Compensación solicitada con respecto al inmueble, indicando que el memorial correspondiente había sido allegado en forma extemporánea, por fuera de la precisa oportunidad para presentar el inventario que es la audiencia correspondiente y que no basta la mera afirmación de que un crédito sobre un bien personal se había pagado con dineros de la sociedad conyugal, que había que precisar esos pagos y acreditar su realización, por lo que la demandada no había demostrado lo correspondiente.

De lo actuado por la parte demandada, se establece lo siguiente:

Tanto en el memorial de contestación de demanda y como en el específico de "Inventario y Avalúos" la parte demandada, mencionó como un activo el Apartamento 714 Torre 4 ubicado en el Conjunto Residencial Mirador Del Parque Etapa 2, en la dirección Calle 93 # 72 – 71 de la Ciudad de Barranquilla.

Sin embargo, mientras que en el primer memorial contestario de 31 de octubre de 2022, en respuesta al hecho segundo de la demanda, se indicó que esa calidad estaba soportada en que ese bien fue adquirido de mutuo acuerdo de los cónyuges, pero que formalmente quedó a nombre del demandante por circunstancias derivadas del crédito solicitado, y porque la señora Yuliana aportó durante un tiempo dineros para pagar esas cuotas y porque finalmente el señor Héctor pagó el resto del precio con dineros de la sociedad conyugal de bienes, todo ello para que esa situación se tuviera en cuenta como compensación en el inventario, como deudas del señor Domínguez con la sociedad conyugal. En este escrito, sin embargo, no se especificó cual pudo ser el valor de lo efectivamente pagado por el demandante a sus acreedores por ese concepto.

En el segundo escrito del 13 de febrero de 2022, en la etapa procesal específica de aportación del "Inventario y avalúos", donde correspondía efectuar las afirmaciones correspondientes y aportar sus soportes probatorios, la parte demandada se limitó a relacionar el inmueble en su integridad, admitiendo que fue adquirido por el actor, sin dar ninguna explicación o justificación del por qué solicitaba su incorporación como activo al inventario.

Ya, en el decurso de la audiencia de "Inventario y avalúos" del 28 de febrero de 2023 (Minutos 35-38 del video), el apoderado de la demandada se expresó de la misma forma empero luego aclaró que lo que pretendía incluir como activo es el ganancial del mayor valor adquirido por ese inmueble durante la sociedad conyugal de las partes, incurriendo en similar deficiencia de no explicitar concretamente cuales serían los conceptos o aspectos que pudieron generarlo ni el monto de ese mayor valor a reconocer.

Donde la Jueza (minutos 58 a 59) le asignó la carga de demostrar cuáles fueron las mejoras o reparaciones que modificaron el estado inicial del



inmueble y sus valores para establecer ese mayor valor y frente a esta decisión no se formuló recurso alguno.

Por lo que, debe considerarse, que la asignación de tal carga no era una autorización y menos una orden de la Jueza para que la demandada modificara los parámetros del Inventario y Avalúo de bienes ya establecidos al interior de esa audiencia del 28 de febrero de 2023, sino la imposición de que aportara los medios probatorios para decidir lo correspondiente, por lo que no es válida la afirmación efectuada por dicha parte, al momento de ampliar la sustentación del recurso de apelación, que el posterior y subsiguiente memorial de 28 de mayo (sic) de 2023 debe considerarse oportuno porque fue el cumplimiento de la orden de la Jueza.

Puesto que, en ese subsiguiente memorial (que realmente fue allegado en abril 18 de 2023) no indica nada con relación a la existencia o realización de mejoras o reparaciones que hubieran modificado el estado físico inicial del apartamento, ni con él se aporta ningún medio probatorio que demuestre su realización y los valores derivados de ella.

Ese escrito, se limita a señalar algo diferente que el “mayor valor” del inmueble es la diferencia entre su actual avalúo comercial y el precio señalado en la escritura de compraventa y adicional a ello, es en este momento procesal en que se indica que el monto global de los valores pagados por el actor, al precio de ese inmueble, con dineros de la sociedad conyugal, son \$ 11.613.267.00 y \$ 65.000.000.00, a AV Villas y Bavaria respectivamente.

En ese orden de ideas, tiene razón la funcionaria de primera instancia, de que la parte demandada no expuso, en cabal forma, lo correspondiente a que era precisamente lo quería que se le aceptara incluir al activo del inventario con relación a ese inmueble y el valor correspondiente, en el momento en que era la oportunidad procesal adecuada, al interior de la Audiencia de Inventario y avalúos, pues no se trata de que lo haga en cualquier momento, antes o después de esa diligencia, sino al interior de la misma y tampoco cumplió con la carga impuesta en esa diligencia del 28 de febrero.

Y, aun cuando en el auto de 24 de enero de 2023, se autorizó un plazo con anterioridad a esa diligencia para aportar el inventario y sus soportes, como antes se indicó el memorial que se allegó, en esa ocasión el 13 de febrero de 2023, no tiene el mismo contenido del último del 18 de abril.

En ese orden de ideas, ha de llegarse a la conclusión de que la parte demandada no dio ni demostró en la oportunidad procesal para ello, las adecuadas razones para poder incluir el inmueble antes referenciado en el activo del inventario de la sociedad conyugal, ni en su integridad ni como una parte de su valor. Por lo que se confirmará la decisión recurrida.”

(Magistrado Sustanciador Dr. Alfredo De Jesús Castilla Torres, Agosto 9 de 2023, Radicado Interno: [2023-0058F](#))



PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA- Controversia entre la acción declarativa y la del contrato de seguros/ **TACHA DE SOSPECHA SOBRE TESTIGOS-** No resultó demostrada/**PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD-**

“En este caso concreto, se aplican las disposiciones de prescripción del contrato de seguro de 2 años, dado que se trata de un proceso declarativo cuya pretensión gira en torno al reconocimiento de la obligación fundamentada en una póliza de seguros. Por esta razón, no son aplicables las reglas establecidas por la Corte Suprema de Justicia (STC 7172 de 2023) relacionadas con la prescripción del Código Civil. La línea jurisprudencial citada allí se enfoca en el tema de la acción ejecutiva con título complejo.

Ahora bien, de conformidad con lo señalado en el Artículo 2.6.1.4.4.1 del Decreto 780 de 2016, las instituciones prestadoras de servicios de salud o las personas beneficiarias, según sea el caso, deberán presentar las reclamaciones económicas a que tengan derecho con cargo a la póliza del SOAT, ante la respectiva compañía de seguros, dentro del término de prescripción establecido en el artículo 1081 del Código de Comercio.

Armonizando las disposiciones normativas, se evidencia que se trata de dos situaciones diferentes, como son, por un lado, las reclamaciones directas entre instituciones prestadoras de salud y el SOAT, y otra, la acciones judiciales derivadas del contrato de seguro, sin embargo, el legislador ha establecido que en uno y otro caso, se debe realizar dentro del bienio, sin que se presente antípodas entre ellas, so pena que opere la prescripción extintiva tanto de la reclamación o de la acción, situación ésta última que es precisamente la que se presenta en este caso concreto.

Por otro lado, del examen minucioso y completo de la sentencia de primer grado, para la Sala emerge con claridad, que la jueza de primera instancia no equivocó el análisis y resolución del caso, pues véase que, al momento de abordar el estudio dijo: “el despacho enfatiza que las aspiraciones del demandante no abrevan en la declaración de existencia de obligaciones marchitas recogidas en títulos valores – facturas cambiarias-, que muy a pesar de la aportación de 400 facturas cambiarias con la demanda, incluidas las historias clínicas y el formulario de registro de la ocurrencia del accidente de tránsito, se han objetado y glosado la totalidad de esas documentales por la aseguradora, denotándose que el litigio se delimita en la probanza de la ocurrencia del siniestro y la prueba de la cuantía de la pérdida, establecidos en el artículo 1077 del C. Cio, todo ello en el marco de un contrato de seguros, como un sub tema del litigio, se encuentra que en ciertas facturas se cuestiona la existencia del contrato de seguros”.

Sin embargo al concluir el tema expuso “Para los fines del caso sub examine que se analiza, pertinente es insistir en que el cómputo de los dos años en el caso de las reclamaciones elevadas por la CLÍNICA ALTOS DE SAN VICENTE para el pago de las atenciones a los lesionados en accidentes de tránsito con cargo de la póliza de SOAT expedida por MUNDIAL DE SEGUROS, inició a partir del momento en que nace el derecho, que tiene su génesis para el despacho en el instante en que se eleva la reclamación respectiva ante el asegurador del rublo del SOAT, [lo que entraña que en el sub lite se inició la prescripción para las facturas relacionadas en la tabla en el periodo comprendido desde el día 21 de julio de 2017 hasta 20 de noviembre de



2018, teniéndose establecido que la consumación del término de prescripción extintiva para la última de dichas facturas relacionadas, es el día 20 de noviembre de 2020, y comoquiera que la demanda se presentó el día 29 de abril de 2021, es claro que todas esas facturas relacionadas en la tabla anterior, se encuentran prescritas por los efectos deletéreos de la prescripción ordinaria estatuida en el artículo 1081 del Código de Comercio].

Fue en la confusa redacción de este párrafo donde se cometió el dislate al mencionar la "prescripción de las facturas". Lo correcto es hablar de "prescripción de la acción de reclamación", fundamentada en las facturas aportadas como pruebas, que detallan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se prestó el servicio médico y se realizó la correspondiente reclamación. Estos son hitos de relevante importancia para determinar que desde el momento de la prestación del servicio hasta la fecha de la presentación de la demanda ha transcurrido un periodo superior al bienio dentro del cual debería haberse incoado la acción, lo que conlleva a la configuración de la prescripción de la acción.

Ergo, el término de la prescripción ordinaria al que hace mención la norma precitada debe computarse desde que el nosocomio elevó la reclamación ante la aseguradora MUNDIAL DE SEGUROS SA. En tal sentido, las acciones que se derivan de las 247 facturas relacionadas en el cuadro 1 de la sentencia de primera instancia se encuentran prescritas antes de la presentación de la demanda, considerando que el libelo fue incoado en fecha 29 de abril de 2021, y la última prestación del servicio data del día 20 de noviembre de 2020.

En tales condiciones, los argumentos expresados por el recurrente no tienen la entidad suficiente, para desmoronar los razonamientos plasmados en la sentencia de primera instancia.

6.2) El segundo reparo, enfila el error de la jueza, al no declarar probada la tacha de sospecha con relación a los testigos Andrea Piñeros Muñoz, Narcy García Torres y José M Quijano Rodríguez.

La tacha de sospecha en cuestión se refiere a todos aquellos aspectos que dañan la objetividad del testimonio rendido, en este caso, por la relación laboral de los testigos ANDREA PIÑEROS MUÑOZ, NARCY GARCIA TORRES en calidad de empleadas de la entidad demandada y el señor JOSE M QUIJANO RODRIGUEZ en calidad de representante legal de la empresa GLOBAL RED LTDA INVESTIGACIONES SIN FRONTERAS, la cual posee un vínculo contractual con la aseguradora, pero con los fines de hacer las investigaciones que dieran lugar los siniestros acaecidos.

(...)

Al analizar las declaraciones rendida por los citados testigos, no evidencia que éstos hallan sido parcializados, no encuentra la Sala, vicios de mendacidad, y menos con perfiles de protuberante o manifiesto designio de no decir la verdad, además, la sentencia no se apuntaló de manera exclusiva en la prueba testimonial, por el contrario, la Jueza de instancia se soporta en las abundantes pruebas documentales (informes de investigaciones, comunicaciones de las objeciones, etc.), que no fueron



tachadas de falsa u objetadas por la parte demandante y que los testigos refieren con mucha precisión y sin reñir sus testimonios con tales pruebas, de manera y suerte que pesar de la relación laboral y contractual de los declarantes, con la parte demandada, sus relatos sí podía tenerse en cuenta, entre otras razones, porque sus atestaciones se hallaban respaldadas con otros medios de persuasión, de suerte que ha de concluirse no había lugar a excluir dicha versión del elenco probatorio.

Ahora bien, la parte recurrente no demuestra cual fue la afectación en el razonamiento de la jueza, respecto a los testimonios, en cuyo juicio valorativo del medio de convicción, conllevó a que la decisión fuera equivocada, yerro que debe ser evidente y relevantes, fincado en la materialidad de la prueba testimonial, pues en el reparo solo hace referencia "la jueza de instancia, en su fallo nada de eso tuvo en cuenta, ni mucho menos actuó teniendo en cuenta la exigencia de un análisis más severo para determinar el grado de credibilidad que podían ofrecer esos testigos y por supuesto cerciorarse de su eficacia probatoria" pero omite determinar cual fue el grado de afectación de la decisión de esos medios suasorios, pues el impugnante no acreditó la trascendencia del aludido desliz, o lo que es igual, que hubiera sido determinante en la resolución atacada, a tal punto que con la exclusión de las aludidas declaraciones, necesariamente el fallo hubiera sido diferente, omisión que por tanto impide la acogida del reproche, al respecto planteado.

6.3.- El tercer reparo, se enfila en contra de los argumentos de la sentencia, que sustentaron la negación de las pretensiones, pues al sentir del recurrente conforme a las disposiciones legales, éste probó la prestación del servicio médico y que la causa correspondía a un accidente de tránsito, y las circunstancias en la que basa sus excepciones la parte demandada no logran derribar las pretensiones elevadas.

La existencia de la obligación derivada de la reclamación de atención médica a través del contrato de seguros SOAT está sujeta a la acreditación de ciertos presupuestos establecidos por la ley. Estos presupuestos se encuentran estipulados en el artículo 1077 del Código de Comercio, el artículo 195 del Decreto-Ley 663 de 1993 y el artículo 9 del Decreto 056 de 2015. En particular, se debe cumplir lo siguiente:

- (i) La atención médica recibida debe ser debidamente acreditada.
- (ii) La cuantía de la reclamación también debe ser justificada.
- (iii) La prestación sanitaria debe ser consecuencia de un accidente de tránsito en el cual el vehículo esté amparado por una póliza SOAT.

Es importante tener en cuenta que el cumplimiento de estos requisitos es fundamental para validar la obligación de la compañía de seguros de cubrir la atención médica derivada del contrato SOAT.

Luego de revisadas las pruebas obrantes en el expediente digital, para la Sala es acertado las valoraciones realizadas por la a-quo, en cuanto a se determinó que CLÍNICA ALTOS DE SAN VICENTE no puede endilgarle a MUNDIAL DE SEGUROS los costos de la atención médica prestada, ya que no se puede concluir sin hesitación la existencia de un accidente de tránsito primigenio, que originó la asistencia a los lesionados, en algunos casos, y en



otros, aunque si ocurrió el siniestro vial, para cobrar la prestación del servicio asistencial, no cumple con los requisitos establecidos en el Decreto-Ley 663 de 1993. En algunos casos, no se demostró ni acreditó la ocurrencia del siniestro, debido a las objeciones presentadas que evidenciaron que las lesiones no fueron causadas por un accidente de tránsito, sino que se originaron por accidentes domésticos o prácticas deportivas.

En efecto, en el plenario con el material suasorio, la aseguradora demandada aportó un gran número de pruebas documentales que dan cuenta en casos concretos, en donde no se cumplen con los presupuestos para la reclamación de los servicios médicos prestados, pues se pueden observar circunstancias de “pólizas prestadas”, “accidente doméstico o accidente deportivo”, “caída por pérdida de equilibrio de motocicleta”, etc. Tal investigación del siniestro se torna en una obligación de la entidad aseguradora por mandato de la ley pues el artículo 36 del Decreto 056 de 2015, refiere que “presentada la reclamación, las compañías de seguros autorizadas para operar el SOAT y el ministerio de Salud y Protección Social o quien este designe, según corresponda, estudiarán su procedencia, para lo cual, deberán verificar la ocurrencia del hecho, la acreditación de la calidad de víctima o beneficiario, según sea el caso, la cuantía de la reclamación, su presentación dentro del término a que refiere este decreto y si esta ha sido o no reconocida y/o pagada con anterioridad...”.

Es importante señalar que, si bien el artículo 143 de la Ley 1438 de 2011 establece que para acreditar el siniestro – accidente de tránsito – bastará con la declaración del médico tratante en el formato exigido, también es relevante mencionar que esta misma norma le brinda a la aseguradora la posibilidad de practicar auditorías posteriores. Así la disposición en comento expresamente consagra: “Para la prueba del accidente de tránsito ante la aseguradora del SOAT, será suficiente la declaración del médico de urgencias sobre este hecho, en el formato que se establezca para el efecto por parte del Ministerio de la Protección Social, sin perjuicio de la intervención de la autoridad de tránsito y de la posibilidad de que la aseguradora del SOAT realice auditorías posteriores.”

Al igual que la jueza de primera instancia, para la Sala es evidente, que se presentaron atenciones que eran ajenas al cubrimiento del SOAT, verbi gratia, se adujo la ocurrencia de un siniestro vial, con un velocípedo que en realidad no partícipó en tal hecho; también se acudió a la práctica de facilitar a quien no tiene el Seguro Obligatorio, o éste está vencido, por parte de un tercero, para obtener la atención medida, de quien se vio involucrado en el accidente, pero, no contaba con la cobertura asegurativa, o en su defecto no se puede identificar el vehículo implicado en el accidente. Por tanto, estos cargos no son atribuibles a un automotor con una póliza de SOAT de MUNDIAL DE SEGUROS.

Además de esto, vale decir que no siempre la investigación que realizan tiene que ser favorable a la entidad contratante. Con las pesquisas realizadas, se brinda precisión sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar que llevaron a la ocurrencia del siniestro. El informe que elaboran y que posteriormente es puesto a disposición de la aseguradora es susceptible de ser refutado o desvirtuado con otro tipo de pruebas, como la contradicción del informe. Sin embargo, esto no ocurrió en el caso en cuestión, ya que la



parte demandante no presentó objeciones contra las pruebas allegadas por la aseguradora. Estas pruebas están respaldadas por los informes presentados por la empresa GLOBAL RED LTDA INVESTIGACIONES SIN FRONTERAS.

Pues muy a pesar de que la entidad demandante afirma haber acreditado la ocurrencia del siniestro con la declaración del galeno respectivo, conforme al formato exigido, es importante destacar que las pesquisas proporcionadas por la aseguradora revelan circunstancias que demuestran de manera fehaciente que muchos de los servicios reclamados se brindaron a pacientes que no son víctimas de accidentes de tránsito o que no cumplen con los requisitos exigidos por el marco legal regulador de este tema." **(Magistrado Sustanciador Dr. Bernardo López, Agosto 1 de 2023, Radicado Interno: [44.593](#))**

NULIDADES PROCESALES – Procedencia/ Notificación personal del auto admisorio al demandado/ **SOLICITUD DE EMBARGO DE REMANENTE**- No detiene el curso de las demás peticiones al interior del proceso judicial

"2.2.1. Considera la Fundación Hospital Universitario Metropolitano que el juez de primera instancia no debió acoger el embargo de remanente decretado por el Juzgado Primero Civil Municipal de Ejecución de Sentencias, esencialmente porque, se encontraba pendiente resolver el incidente de nulidad que dicho extremo procesal había radicado de forma pretérita.

Sobre el particular corresponde decir que, aunque es cierto que las solicitudes deben resolverse en el orden en que cronológicamente son presentadas, en el caso en particular debe tenerse claro que, tanto las solicitudes que versen sobre medidas, como las relacionadas con asuntos accidentales como las nulidades, se resuelven de forma independiente y con observancia de reglas procesales dísimiles.

Precisamente por ello es que se encuentra que las pautas y plazos dispuestos para la resolución de las nulidades se localizan en el capítulo II del título IV del libro segundo CGP, mientras que las de las medidas cautelares fueron insertadas en el capítulo I del libro cuarto del CGP.

Entonces, aunque tanto las medidas cautelares como las nulidades están relacionadas con cuestiones propias del proceso, es un hecho que ambas son accesorias a la cuerda principal que sigue la causa y que, bajo esa idea pueden ser resueltas de forma alternada, concomitante o cronológicamente sin que ello trastorne el curso que debe seguir del proceso, ello claro está siempre que se observen las reglas que están llamadas a regular cada situación en particular y que, para el caso de las medidas cautelares abogan por que estas ser resuelvan a más tardar el día siguiente (artículo 588 CGP).

En tales condiciones, aunque la solicitud anuladora fue radicada antes que el oficio que comunicaba el embargo de remanente, no se muestra desacertado que el juez a quo haya resuelto primero respecto del embargo de remanente, en tanto, se insiste, son cuestiones independientes que tienen condiciones y tiempos de resolución distintos y, para el caso de las medidas



cautelares el pronunciamiento debía ser inmediato, razones por las que sencillo es concluir que el recurso formulado contra el proveído del 05 de diciembre de 2022 no tiene vocación de prosperidad y necesaria es su confirmación.

2.3. En cuanto al recurso radicado contra el auto del 30 de enero de 2023, se advierte cumplido el requisito de procedencia, en la medida en que aquel proveído resolvió la solicitud de nulidad radicada por la parte ejecutada y en los términos del numeral 6° del artículo 321 de la norma procesal, el auto que niegue el trámite de una nulidad procesal o el que la resuelva es apelable, supuesto por el que se pasa a su estudio y resolución en los siguientes términos.

2.3.1. Luego de leer los argumentos expuestos por el apelante, se repara que su inconformidad descansa sobre la idea de encontrarse indebidamente notificado, porque el demandante no le envió copia de la demanda antes de radicarla para su reparto, no obstante, tal afirmación parte de un supuesto equivocado y es que, la ley 2213 de 2022 antes Decreto 806 de 2020, no previó dicha carga como el acto de notificación de la demanda en sí mismo, sino, como bien lo anotaba el juez de primer grado, como un requisito de la demanda, en cuya falta de ausencia lo que procede es la inadmisión.

En efecto, dispone el artículo 6 de la ley 2213 de 2022 en sus dos últimos incisos que,

(...)

En cualquier jurisdicción, incluido el proceso arbitral y las autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales, salvo cuando se soliciten medidas cautelares previas o se desconozca el lugar donde recibirá notificaciones el demandado, el demandante, al presentar la demanda, simultáneamente deberá enviar por medio electrónico copia de ella y de sus anexos a los demandados. Del mismo modo deberá proceder el demandante cuando al inadmitirse la demanda presente el escrito de subsanación. El secretario o el funcionario que haga sus veces velará por el cumplimiento de este deber, sin cuya acreditación la autoridad judicial inadmitirá la demanda. De no conocerse el canal digital de la parte demandada, se acreditará con la demanda el envío físico de la misma con sus anexos.

En caso de que el demandante haya remitido copia de la demanda con todos sus anexos al demandado, al admitirse la demanda la notificación personal se limitará al envío del auto admisorio al demandado.

Obsérvese que la norma señala varias cosas que el apelante al momento de formular su recurso dejó de considerar: la primera, que el envío de la demanda no es antes, sino al tiempo de su presentación, es decir, de forma concomitante; lo segundo, que dicha carga constituye un requisito de la demanda, no el acto de notificación en sí considerado, porque, tal como la misma norma lo expresa la notificación se surte con el envío de la providencia admisorio al demandado, lo cual coincide con el inciso primero del artículo 8° de la citada ley, el cual expresa:



Las notificaciones que deban hacerse personalmente también podrán efectuarse con el envío de la providencia respectiva como mensaje de datos a la dirección electrónica o sitio que suministre el interesado en que se realice la notificación, sin necesidad del envío de previa citación o aviso físico o virtual. Los anexos que deban entregarse para un traslado se enviarán por el mismo medio.

Y es que lo que debe notificarse personalmente al demandado y/o ejecutado, es la providencia que admite la demanda o libra el mandamiento de pago, según se trate, tal como claramente lo dejó explicado el legislador en el artículo 290 de la norma procesal, debido a que la entrega del escrito de demanda y sus anexos es necesario, empero, para el traslado de la demanda, el cual señala el artículo 91 del CGP debe realizarse de la siguiente forma:

En el auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo se ordenará su traslado al demandado, salvo disposición en contrario.

El traslado se surtirá mediante la entrega, en medio físico o como mensaje de datos, de copia de la demanda y sus anexos al demandado, a su representante o apoderado, o al curador ad litem. Cuando la notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago se surta por conducta concluyente, por aviso, o mediante comisionado, el demandado podrá solicitar en la secretaría que se le suministre la reproducción de la demanda y de sus anexos dentro de los tres (3) días siguientes, vencidos los cuales comenzarán a correr el término de ejecutoria y de traslado de la demanda.

(...)

Luego, equivocadas se aprecian las consideraciones del apelante en la medida en que el envío de la demanda previsto en el artículo 6 de la ley 2213 de 2022 no tiene como objeto servir de forma de notificación al demandado, en la medida en que se reitera, la notificación implica necesariamente el enteramiento del auto admisorio o el mandamiento de pago, realizado lo cual, sí se aprecia útil haber enviado copia de la demanda y sus anexos anticipadamente, pues, en caso de haber procedido de tal manera ya no será necesario entregar tales documentos para que, a partir de allí, pueda válidamente contar el término de traslado.

Deberán hacerse personalmente las siguientes notificaciones: 1. Al demandado o a su representante o apoderado judicial, la del auto admisorio de la demanda y la del mandamiento ejecutivo. (...)

2.3.2. Retomando el contenido de la norma en cita, se tiene que enterar al demandado de la presentación de la demanda desde el momento mismo de su radicación se aprecia obligatorio en todas las jurisdicciones y en toda clase de procesos, empero, como requisito de la demanda, siempre que no se soliciten medidas cautelares –como ocurrió en la presente causa, pese a tratarse de causa ejecutiva– o se desconozca el domicilio del demandado, siendo en ausencia él, necesario proceder con la inadmisión.

Ahora, en los eventos en que dicho requisito no se aprecie cumplido y aun así el operador judicial admita la demanda o libre la orden de apremio, el medio de defensa que tiene el demandado frente a tal omisión no es el



incidente de nulidad –porque, ya se ha visto, aquella remisión es un requisito de la demanda y no el acto con que se agota el trámite de notificación–, sino la excepción previa denominada ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales contenida en el numeral 5° del artículo 100 del CGP, la cual para el caso de los procesos ejecutivos debe formularse como recurso de reposición contra el mandamiento de pago. Si dicho medio de defensa no fue utilizado por el demandado, el debate sobre el punto, debe entenderse precluido.

2.3.3. A propósito de la insistencia de la demandada sobre su indebida notificación, conviene precisar que no obra en el expediente constancia alguna de que el extremo demandante haya adelantado gestión tendiente a notificar el mandamiento de pago a la Fundación Hospital Universitario Metropolitano; de hecho, librada la orden de pago (17 de mayo de 2022) y decretada medida de embargo (30 de agosto de 2022), radicó la demandada la petición de nulidad (08 septiembre de 2022), razón por la cual, al no existir gestión alguna que se haya encaminado a lograr la comparecencia del demandado, distinta de la de enviar copia de la demanda y sus anexos al correo gerenciafhum@hotmail.com, no existe fundamento para calificar que la notificación de la demanda fue defectuosa o imperfecta, máxime cuando ella en realidad se agotó por conducta concluyente, tal como lo dejó sentado el juez de conocimiento al reconocer personería al apoderado judicial de la demanda y dejar dispuesto en el mismo proveído que, sin perjuicio de notificación previa de la que no se haya dejado aún constancia, se tendrá por notificado al demandado FUNDACIÓN HOSPITAL UNIVERSITARIO METROPOLITANO, por conducta concluyente del auto de mandamiento de pago de fecha 17 de mayo de 2022 desde el día en que se notifique el presente auto que reconoce personería. En todo caso, la garantía de defensa impone que los términos de ejecutoria y traslado solo principiarán con la acreditación de remisión de enlace que la secretaría haga al abogado Castro Guerra.

Entonces, ciertamente carece de sentido entrar en discusiones relacionadas con el hecho de si el correo gerenciafhum@hotmail.com pertenece o pertenecía a la demandada o el envío que se hizo a dicha cuenta satisfacía o no la carga impuesto en el artículo 6 de la ley 2213 de 2022, porque, se reitera dicho envío no fue constitutivo del trámite de notificación de la demanda, sino, que lo fue el mismo comportamiento de la demandada, quien al constituir apoderado para su representación al interior de la presente causa, se entendió notificada por conducta concluyente.

Supuesto por el que además fue que se dispuso en el auto del 30 de enero de 2023, correr traslado de las excepciones propuestas, habida cuenta de hallarse integrado el contradictorio y ser la etapa procesal subsiguiente.

Finalmente, es de anotar que los presupuestos relacionados con el título valor, tales como su claridad, exigibilidad, si fue o no firmado válidamente, si tiene o no tachaduras o enmendaduras, no constituyen causal de nulidad y por tanto no pueden ser analizados en este escenario, en la medida en que al igual que ocurre con las excepciones previas, los requisitos del título solo pueden ser discutidos mediante recurso de reposición contra el mandamiento de pago." **(Magistrado Sustanciador Dr. Guillermo Bottia Bohorquez, Agosto 31 de 2023, Radicado Interno: [44.557](#))**



SENTENCIA ANTICIPADA- Cuando la decisión es revocatoria tiene el carácter de auto interlocutorio/ **TACHA DE FALSEDAD DOCUMENTARIA-** Prueba grafológica

“5.1. Cabe precisarse de entrada que la competencia para resolver en segunda instancia radica en esta colegiatura por el factor funcional, dada la condición de superior jerárquico del Juzgado Trece del Circuito de Barranquilla donde cursa el proceso. Así mismo, se trata de una providencia susceptible del recurso de alzada conforme al artículo 320 del Código General del Comercio. Por otra parte, el marco argumental viene delimitado por la alzada, en acatamiento del artículo 328 ibídem, que versa:

“El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones”.

De lo anteriormente remarcado se sobrentiende que, el estudio en esta sede deberá circunscribirse a los argumentos que fueron planteados en los reparos concretos presentados ante el a quo, al momento de la interposición del recurso y que guardan estricta relación con la sustentación del recurso de apelación, que fuere allegada en esta segunda instancia en el término de traslado que fue otorgado por esta Sala. “[de] allí se extraiga que está vedado al ad quem pronunciarse sobre cuestiones no comprendidas en los reparos concretos expresados por el censor contra la sentencia de primera instancia, como sobre aquellos reproches que, pese a haber sido indicados en esa primera etapa del recurso, no fueron sustentados posteriormente en la audiencia del artículo 327 del Código General de Proceso”.

Sin embargo, como quiera que, el artículo 132 ibídem faculta al operador de justicia a realizar el control de legalidad de las actuaciones surtidas al interior del proceso, al señalar que “...el juez deberá realizar control de legalidad para corregir o sanear los vicios que configuren nulidades u otras irregularidades del proceso, las cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes, sin perjuicio de lo previsto para los recursos de revisión y casación”; procederá esta Sala a expresar las razones por las cuales deberá revocarse la Sentencia anticipada proferida en primera instancia sin acceder al estudio de fondo del recurso de alzada.

Así mismo la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia tiene establecido en su jurisprudencia que la providencia que desata la apelación contra un fallo anticipado adquiere el carácter de sentencia de segundo grado en aquellos casos en los que contiene un sentido confirmatorio, pues en esos eventos queda resuelta la controversia en forma definitiva.

Sin embargo, cuando la decisión es revocatoria, se trata de un auto interlocutorio, como quiera que no se pronuncia sobre el fondo del litigio y, en su lugar, ordena a la primera instancia seguir con el curso normal.

5.2. Así las cosas, revisado el expediente digital correspondiente al proceso no. 2021-00292, ausculta la Sala que, mediante decisión proferida



en estrado el 24 de marzo de 2022, el a quo ordenó la práctica de pruebas, enlistando cada una de las allegadas al proceso y aportadas tanto con la demanda y la contestación de las mismas, agregando la práctica de la “PRUEBA GRAFOLOGICA SOBRE LA FIRMA Y COTEJO DE LETRAS IMPOSTADAS EN LA LETRA DE CAMBIO a cargo del Departamento de Grafología de Medicina Legal de Barranquilla, realice y emita su concepto técnico en consecuencia se requerirá a la parte demandante para que allegue el día 25 de marzo del año en curso, a la secretaria del juzgado el original del título valor objeto de este litigio”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 170 del Código General del Proceso.

En tal punto, en contrario sensu a lo dispuesto por el numeral segundo del artículo 278 ibídem, correspondió al trámite de la primera instancia practicar las pruebas ordenadas por lo dispuesto en el citado proveído, sin embargo, como consta en el expediente digital, allegado el concepto técnico grafológico realizado por el perito adscrito Instituto Nacional de Medicina Legal del 14 de julio de 2022 que señaló las inconsistencias que impidieron arrojar la experticia; y habiéndose convocado nuevamente a la parte demandante para que aportase “...la letra original al INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES de la ciudad de Barranquilla, en conjunto con la copia escaneada de la letra de cambio aportada con la demanda, obrante a folio 5 del cuaderno digital, al igual que la toma de muestra practicada en este despacho judicial, el día 01 de abril de 2022, a la demandada, señora CRISTINA JANNINA CURE RODRIGUEZ, y se cotejen con el fin de que se determine todos los aspectos pertinentes...”, se profirió inmediatamente la sentencia anticipada en cuestión una vez fenecido el término concedido para cumplir con la carga procesal impuesta.

Sin embargo, al respecto, si bien a la vista del a quo prosperó la tacha de falsedad por la falta de colaboración de la parte requerida, cierto es que al proceso se alcanzó a allegar un pronunciamiento con ánimo de cumplir la finalidad del informe pericial que, una vez corrido el traslado del mismo el 1º de agosto de 2022, se allegó dentro del término dispuesto en el artículo 228, solicitud de comparecencia del perito, estando así, no solo pendiente por agotar la contradicción del dictamen o exponerse las razones por las cuales no había lugar a contradecir, sino también pendiente la oportunidad para alegar de conclusión.

Así las cosas, contrario a lo que fue expresado en la parte considerativa de la sentencia anticipada proferida por el Juzgado Trece Civil del Circuito de Barranquilla, al interior del trámite de la primera instancia aun habían pruebas por practicar y debatir, pues en efecto, no solo se había ordenado la práctica de la tacha de falsedad sino que, conforme a como lo indica el artículo 372 del Código General del Proceso, ya se había también practicado los interrogatorios de parte que, fueron tenidos en cuenta en la sentencia anticipada a pesar de no haber sido objeto de contradicción en la oportunidad procesal correspondiente para alegar de conclusión.”
(Magistrado Sustanciador Dr. Juan Carlos Andrés Cerón Díaz, Agosto 18 de 2023, Radicado Interno: [44.509](#))



DIVORCIO- Causal objetiva/ Separación de cuerpos por más de dos años/
PRUEBA TESTIMONIAL- Para acreditar la causal invocada deben dar cuenta del incumplimiento de los deberes en común de la pareja/ **TESTIGO DE OÍDAS**- No tiene capacidad demostrativa frente a los hechos alegados

“Ahora bien, en el presente caso, el señor JOSE HUMBERTO OBANDO MAZARIEGOS, de nacionalidad guatemalteca y residente en la ciudad de Canadá, a través del escrito de demanda señaló que no convive ni mantiene relación sentimental con la señora ENA MARGARITA CASTILLO PALMEZANO de nacionalidad colombiana desde hace más de 10 años. De esta forma también lo aseguró mediante ACTA DE DECLARACION BAJO JURAMENTO elevada ante la Notaria Quinta del circulo de Cali.

De conformidad con el acervo probatorio del proceso, destaca el Despacho las declaraciones realizadas por las testigos MARTHA CECILIA GIRALDO y MARIA EUGENIA MOSQUERA CAICEDO durante la audiencia practicada el (27) de marzo del 2023. Testimonios, a través de los cuales se buscaba acreditar que hace ya varios años estos nos convivían, por cuanto el señor Obando reside en el exterior y no se ha podido contactar vía telefónica o por cualquier otro medio con la Sra. ENA MARGARITA.

Sin embargo, la Sala encuentra necesario resaltar que dichos testimonios se construyen de lo relatado por el señor Obando y lo que él manifiesta que sucedió, ambas señoras que aseguraron ser amigas del demandante desde el año 2016 y 2018 respectivamente, residen actualmente en Panamá y Colombia, la amistad nació desde la virtualidad y solo han tenido la oportunidad de compartir presencialmente con él en una ocasión. Por consiguiente, todo lo que conocen de su vida y sus relaciones interpersonales proviene de las palabras del demandante y no porque realmente les conste, no teniendo un conocimiento directo o de primera mano de los hechos de la demanda. Por consiguiente, se podrían denominar como testigos de oídas:

En cuanto al valor probatorio otorgado al testigo, –ex auditu o de oídas– que significa «aquel que narra lo que otra persona le relata sobre unos hechos»; la Sala ha establecido, que lo que el testigo puede acreditar es la existencia del relato y la fuente de su información no el hecho como tal. Corte Suprema de Justicia. SP134-2023(52946). M. P. Hugo Quintero Bernate.

De esta manera lo manifestó MARÍA EUGENIA MOSQUERO, en el minuto 48:00 de la audiencia pública de fecha (23) de marzo del presente año cuando la juez de primera instancia le preguntó que, si conocía de la separación con ENA CASTILLO por manifestaciones del sr JOSE OBANDO, a lo cual respondió lo siguiente:

“Sí Sra., es por lo que él me manifestó esa parte, desde que siempre hablamos, él siempre me manifestó esa situación que tuvo con esa persona, pero pues constarme decir que es algo real o algo pues no me consta, pero siempre me ha manifestado y nunca lo he observado con ella en las llamadas (...).

De aquellas declaraciones se deduce entonces que no existe para ellas manera de constatar la autenticidad de lo que el demandante les cuenta, y que por ser amigos creen en su palabra.



Teniendo en cuenta entonces que para que se pueda decretar el divorcio bajo esta causal, lo único que se debe demostrar es que no haya existido convivencia entre los cónyuges por lo menos durante dos años, siendo esta una causal objetiva, en el presente caso no hay seguridad o suficientes elementos que demuestren ello, tampoco existen indicios endoprocesales, pues dada la modalidad de vinculación por emplazamiento de la demandada, nada puede derivarse como indicio en su contra. Por otra parte, el demandante no asumió la carga procesal de probar los hechos de la causal, ni se esmeró en acreditar que en verdad existió la separación.

No existe prueba al interior del proceso que dé cuenta de los ingresos del demandante al país, salvo la declaración de la testigo que señala que lo conoció en Colombia en el año 2018 en una ocasión que ingreso al país, aparentemente de manera temporal, como tampoco existe prueba alguna de las salidas de la demandada del mimo. Por consiguiente, ante la imposibilidad de acreditar la veracidad de los hechos constitutivos de la demanda y la causal objeto de divorcio, el Despacho encuentra ajustado a derecho la decisión adoptada por el JUZGADO OCTAVO DE FAMILIA DE ORALIDAD DE BARRANQUILLA, en sentencia de fecha de (27) de marzo de 2023, a través de la cual se decidió No acceder a las pretensiones de la demanda." (**Magistrada Sustanciadora Dra. Sonia Esther Rodríguez Noriega, Agosto 4 de 2023, Radicado Interno: [00040-2023F](#)**)

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA- Manejo caso de pediatría/ **TRASLADO DE PACIENTE A OTRO NIVEL DE COMPLEJIDAD HOSPITALARIA-** Incumbe responsabilidad a los galenos tratantes y a la EPS encargada de la atención/**PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD-** Generada por la omisión en el traslado de la niña que impidió el tratamiento efectivo de la enfermedad y sus complicaciones

"En el sub lite, se reclama la declaratoria de responsabilidad civil por el fallecimiento de una niña, hija y hermana de los actores, debidamente acreditado con los registros civiles, criticando la sentencia que no accedió a sus pretensiones, quienes en apretada síntesis se duelen de la indebida valoración de la prueba documental, en especial de la historia clínica de la paciente, y de su no traslado oportuno a una unidad de cuidados intensivos pediátricos, lo cual ocasionó su fallecimiento, procediendo a analizarse dicho documento, donde consta que la niña fue ingresada por urgencias de la CLÍNICA LA MERCED el 5 de abril de 2005, para atender un cuadro de "vómito de 3 días de evolución. Somnolienta, irritable, hidratada, orina poco", con diagnóstico de Diabetes Tipo 1.

Igualmente se consigna en tal prueba que la paciente cursaba con "cuadro gripal de 1 semana y febrículas desde hace 3 días, náuseas matutinas, astenia, adinamia, hiporexia, desde ayer vómitos #4, por lo que consulta a urgencias", que posterior a su ingreso, el 6 de abril de 2005, a las 7:00 P.M. fue pasada a piso y se le ordenó "1. NHP Insulina 2 UD SC ahora. 2. Insulina NPH 2UD SC ½ hora antes de la comida y 3 UD SC antes ½ hora del desayuno. 3. Glicemia en ayunas"; advirtiéndose que se dispuso el "Control de glicemia por glucometría antes de c/comida".



También se registra que para el 7 de abril siguiente, se continuó el plan de insulina "1/2 hora antes del desayuno y 2 U ½ hora antes de comida", glucometrías "1/2 hora antes de c/comida..." y su estado regular, con tendencia a la somnolencia, irritabilidad y febrículas, por lo que se ordenó valoración por pediatría, datándose glucometrías a las 9:10 A.M., 9:20 y 11:30 A.M., presentando "vómito abundante, hiporexia, con inestabilidad en cifras de glicemia", y nuevamente se dispone valoración por pediatría, lo que en efecto se da, dejando sentado su "Regular estado general, palidez con edema de manos y pies, se ordenan paraclínicos", consignándose que en horas de la noche se le administra Dipirona pues presentaba fiebre de 39°.

Luego, el 8 de abril, se documenta valoración por la doctora LETICIA MARTÍNEZ, quien da cuenta de la mala condición de la paciente y tres posibles diagnósticos "a) Edema cerebral?, b) Encefalitis?, c) Hepatitis?", por lo que ordena TAC cerebral y glucometría cada 2 horas, y solicita valoración por neuropediatría, y a las 8:30 A.M. el galeno FREDDY NEIRA dispone su traslado a unidad de cuidados intensivos pediátrica¹. Aunado a ello, fue valorada por el Neurólogo Pediatra, quien ordenó punción lumbar, obteniéndose líquido "claro".

No obstante, no hay constancia de haberse trasladado a tal unidad, y es cuando la niña presenta paro respiratorio, lográndose su resucitación, indicándose a las 5:00 P.M. que continúa en un mal estado general, y que se está a la espera de respuesta para su remisión, nota que se repite a las 5:55 P.M. señalándose que se continúa el trámite de traslado, y que la paciente cuenta con un "Pronóstico reservado por falla multisistémica", cursando con un nuevo paro respiratorio a las 8:15 P.M., por lo que se "coloca ventilación mecánica", sin embargo, a las 9:55 P.M. de ese día, se reporta su deceso.

Valga anotar que sobre lo antes reseñado, es decir respecto de la atención prodigada a EMELIS YULIETH (Q.E.P.D.) los actores lo que enfáticamente enrostran es la falta de remisión y atención en una unidad de cuidados intensivos pediátricos, sobre lo que la Sala observa que en efecto, a pesar de consignarse en la historia clínica la orden reiterativa, por su mal estado general, ello no ocurrió, incursionando en dos paros respiratorios, logrando ser reanimada en el primero, y sin éxito en el segundo, lo que conllevó a su fallecimiento. Valga acotar, que al presentar el primero de dichos episodios se indicó dejarla "bajo monitoreo estricto", evidenciándose la imperiosa necesidad de su internamiento en una unidad que contara no solo con los aparatos, sino con el personal médico y de enfermería especializado en el tratamiento de niños, lo que nunca ocurrió.

En este punto, se hace relevante lo expresado en el recurso, atinente al Oficio QUILLA-19-176769 del 30 de julio de 2019 que obra en el expediente, suscrito por el Jefe de Oficina Garantía de la Calidad de la Alcaldía Distrital de Barranquilla, que se informa la oferta de servicios de salud habilitada por la CLÍNICA LA MERCED, consistente en el listado de instituciones que ofrecen el "código 109- CUIDADO INTENSIVO PEDIÁTRICO", observándose 15



prestadores, de los cuales hay constancia únicamente se adelantó gestión ante el HOSPITAL METROPOLITANO, la CLÍNICA REINA CATALINA, el HOSPITAL PEDIÁTRICO y la CLÍNICA PREVENIR, echándose de menos que ello se haya adelantado ante la totalidad de instituciones que cuentan con ese servicio médico, sin justificación alguna de la omisión sobre el particular en todas las instituciones.

Sobre dicho soporte documental, nada se dijo por el A quo, pues si bien hizo un relato de las instituciones médicas con las que se contactó la I.P.S. demandada para la consecución de la cama en UCI Pediátrica, sobre el directorio aportado por la autoridad distrital, no se realizó análisis alguno, omitiéndose que existía una lista con otros prestadores del servicio.

Ahora bien, probado está la mala condición de salud de la niña, la orden médica para ser remitida a cuidados intensivos pediátricos, la IPS demandada afirma haber adaptado una cama de Unidad de Cuidados Intensivos para ella y SALUDTOTAL E.P.S. alegó, al contestar el hecho N° 23 de la demanda que "...se continuó con el monitoreo y se acondicionó una cama en la UCI de adulto para el manejo intensivo mientras se continuaba con el trámite de traslado a una UCI pediátrica".

Sin embargo, no existe constancia de ello, ni de atención específica en la historia clínica, pues no existe nota alguna al respecto. Aunado a lo anterior, dicha demandada tampoco explicó en lo más mínimo en qué consistió esa labor de "adaptación", ni cómo ello pudo suplir la necesidad de su traslado a una de tipo pediátrico, que como ya se dijo, cuenta con aparatos de monitoreo y personal especializado en el manejo y tratamiento de niños.

En este punto conviene referirse a las pruebas del proceso de responsabilidad civil tramitado por el padre de la niña y por los mismos hechos, frente a las que la A quo adujo que no podrían tenerse en cuenta por no haber sido legalmente trasladadas, aspecto que también se critica en el recurso, frente a lo que apuntala la Sala que revisado el expediente, se advierte que tal afirmación no se compadece con la realidad procesal, pues mediante auto fechado 19 de mayo de 2017 se abrió a pruebas el presente trámite, indicándose en su numeral 6° que se decretaba como "PRUEBA TRASLADADA" "A-Ordénese a costas del interesado la expedición de copias auténticas de todo el proceso 00018 de 2006 que se adelantó ante el Juzgado Once Civil del Circuito de Barranquilla".

Así las cosas, ello sí fue decretado, siendo allegadas las copias al presente trámite, las que corresponden con el proceso bajo radicado N° 08001-31-03-011-2006- 00018-00 seguido por JAIME ALFONSO RUÍZ CALDERÍN contra SALUDTOTAL E.P.S. y KATZ WEINGORT & CÍA. Al respecto, dispone el artículo 174 del Código General del Proceso que "Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. En caso contrario, deberá surtir la contradicción en el proceso al que están destinadas. La misma regla se aplicará a las pruebas extraprocesales. La valoración de las pruebas trasladadas o extraprocesales



y la definición de sus consecuencias jurídicas corresponderán al juez ante quien se aduzcan”.

Valga acotar, que en dicha oportunidad se declaró a las demandadas responsables del fallecimiento de la niña EMELIS YULIETH (Q.E.P.D.), y se accedió a las pretensiones de la demanda, por lo que se les condenó al pago de perjuicios morales equivalentes a 150 SMLMV; determinación que fue apelada por las demandadas, siendo ello confirmado por la Sala Sexta Civil – Familia de éste Tribunal en sentencia del 9 de mayo de 2013.

(...)

En ese orden, si bien no se desconoce que la paciente se complicó con la cetoacidosis e hipoglicemia de las que dan cuenta los médicos y como lo señaló la CLÍNICA LA MERCED en su contestación, así como con “falla multisistémica” también es cierto que ante su poca respuesta al tratamiento aplicado, y por el contrario, su rápida y progresiva complicación, incluso a niveles neurológicos, lo que fue catalogado como grave por el médico LAZA GUTIÉRREZ, especialista en la materia, sea hacía patente la necesidad de que su monitoreo y tratamiento se trasladara a una Unidad de Cuidados Intensivos de tipo pediátrico, tal y como fue ordenado y reiterado, lo que nunca ocurrió.

Conforme al análisis precedente atinente al estado de salud de la paciente, es evidente que su no traslado a la Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos, repercutió en su desenlace fatal, es decir, dicha omisión redujo su oportunidad de supervivencia a las complicaciones propias de la Diabetes Mellitus Tipo 1 que la aquejaba, suprimiéndose o frustrándose su posibilidad de no fallecer.

En ese orden, la omisión en el traslado de la niña, impidió el tratamiento efectivo de la enfermedad y sus complicaciones, restringiendo su posibilidad de sobrevivir, pues, si aquél se hubiere proporcionado oportunamente, es posible que su deceso no se produjera. Lo anterior, ha sido desarrollado en reiterada jurisprudencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en cabeza de su máximo órgano, como teoría de la “pérdida de la oportunidad”, que en la jurisdicción ordinaria también se ha hecho referencia por parte de la Sala de Casación Civil Corte Suprema de Justicia, ha proferido sentencias, algunas de reciente data, en las que se ha pronunciado sobre la responsabilidad médica en el ámbito de la atención oportuna y adecuada, frente al agravamiento o fallecimiento del paciente, en las sentencias SC 15787 del 18 de noviembre de 2014 y SC 562 de 2020, esta última en la que se falló el caso de una niña que perdió el sentido de la vista, considerándose que la teoría de la pérdida de oportunidad tiene como fin correlacionar los perjuicios con la culpa probada del personal médico, debiendo realizarse para ello un análisis indiciario, que conlleve a establecer si de recibirse un servicio de salud de calidad, ello habría repercutido en el proceso de mejoría o recuperación del paciente, y la posibilidad de empeoramiento en caso contrario.

(...)

Así las cosas, teniendo en cuenta que en el asunto sub examine la paciente se encontraba incurso en falla multisistémica, así como en una



descompensación metabólica, y con compromiso neurológico severo, como lo expresó el galeno NICOLÁS LAZA GUTIÉRREZ, sin duda su internación de la UCI pediátrica, era un imperativo para lograr su estabilización, y eventual mejoría, en cuanto accedería a atención pormenorizada y con equipos especializados, como lo expresaron los profesionales de la salud que rindieron testimonio; en especial si se tiene en cuenta que según lo señalaron los médicos CAPERA SINNING y MERCADO DUNCAN, y a lo cual ya se hizo alusión, la adaptación de una cama en una unidad de adultos, no es lo adecuado, en cuanto se carece de los aparatos y el personal capacitado para su manejo.

Así las cosas, resulta diáfano que la niña ingresó a urgencias con un cuadro gripal de varios días de evolución, que incluía febrículas y vómitos, con lo cual persistió en su hospitalización, y que se le suministró tratamiento que no pudo evitar que se agravara, siendo imperativo su traslado a una UCI Pediátrica, de lo cual obran varias notas en su historia clínica, sin que ello se realizara, y, ante la ocurrencia de 2 paros respiratorios, aquella finalmente falleció como producto de sus complicaciones.

Corolario de lo expuesto, resulta la prosperidad del reparo formulado por los demandantes, y por ende, la revocatoria de la sentencia venida en alzada, debiendo advertirse que el análisis que precede sirve como sustento para despachar las excepciones de mérito propuestas por las demandadas, en cuanto estuvieron encaminadas a demostrar la atención médica adecuada, respecto a lo cual no obraron las críticas de los demandantes, pues ello recayó puntualmente en su no traslado a una UCI Pediátrica, aspecto frente al cual no se encontró justificación alguna que sirva de eximente." (**Magistrada Sustanciadora Dra. Yaens Castellón Giraldo, Agosto 25 de 2023, Radicado Interno: [44.627](#)**)

ACCIÓN REIVINDICATORIA- Procedencia/ **PACTO DE RETROVENTA-** Alcances/ **PRUEBA INDICIARIA-** Del acervo probatorio se construye que la intención de las partes no fue comprar ni vender el bien inmueble alegado

"En el presente caso, la señora FARIDE BAYONA CARVAJAL, en el primer hecho de la demanda reivindicatoria, señala que mediante Escritura Pública No. 223 del 02-03-2000, corrida en la Notaría Única de Sabanalarga, adquirió en dominio pleno y absoluto, los predios VEGA GRANDE y EL DELFIN, por compraventa realizada con la señora AMALFI JUDITH ZAPATA JARAMILLO.

(...)

De lo anterior, se desprende que la parte demandada en reconvención, señora AMALFI JUDITH ZAPATA JARAMILLO, al descorrer el traslado de la demanda, planteó la existencia de una simulación al momento de celebrarse el contrato de compraventa celebrado con la demandante en reconvención, señora FARIDE BAYONA CARVAJAL, por ello, el debate probatorio giró en torno a dicha situación, a efectos de determinar la titularidad de los bienes a reivindicar en cabeza de la demandante.



La prueba más utilizada a efectos de determinar si un contrato es simulado, es la indiciaria, por cuanto el negocio que se dice simulado se realiza con mucho sigilo para evitar que salga a la luz la intención que se está ocultando, por lo que se procederá a determinar si existen indicios que permitan inferir la simulación alegada.

Apreciadas las pruebas en su conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, tal y como lo señala el artículo 176 del C.G.P., se extrae:

1.- Entre las señoras AMALFI JUDITH ZAPATA JARAMILLO y FARIDE BAYONA CARVAJAL, existía una relación de amistad y familiaridad, al ser esposas de los hermanos NIÑO CASTILLO, siendo por tanto, de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española Concuñadas.

2.- La justificación de la venta. Alegó la demandada en reconvención, que lo hizo, ante la situación económica que se le había presentado, para evitar el embargo de los bienes, lo cual quedó demostrado con la declaración de los testigos MARIO NIÑO ZAPATA, FIDEL RUIZ y EMIRO JARAMILLO, testimonios que son exactos y completos, exponiendo la razón de la ciencia de su dicho, con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos y la forma como llegaron a su conocimiento.
(...)

Por tanto, dentro del plenario, la parte demandante en reconvención, no desvirtuó el hecho de la falta de medios económicos de la señora FARIDE BAYONA CARVAJAL, para adquirir los predios a reivindicar.

4.- No se acreditó el pago de la suma de dinero pactada en el contrato de compraventa, no existe en el plenario prueba alguna que demuestre que efectivamente la señora FARIDE BAYONA CARVAJAL le canceló a la señora AMALFI JUDITH ZAPATA JARAMILLO, la suma pactada en el contrato de compraventa.

5.- La posesión de la señora AMALFI JUDITH ZAPATA JARAMILLO, sobre los bienes a reivindicar, la cual se acreditó con los testimonios de los señores MARIO NIÑO ZAPATA, FIDEL RUIZ y EMIRO JARAMILLO.

6.- Contrato de Retroventa, celebrado entre la señora FARIDE BAYONA CARVAJAL como vendedora y la señora AMALFI JUDITH ZAPATA JARAMILLO, como compradora, de fecha 15 de julio de 2000, debidamente autenticado, sobre los bienes a reivindicar y que había adquirido la señora FARIDE BAYONA CARVAJAL, mediante contrato de compraventa celebrada por la señora AMALFI JUDITH ZAPATA JARAMILLO, mediante Escritura Pública No. 223 de fecha marzo 2 de 2000, de la Notaría Única de Sabanalarga, o sea, cuando sólo había transcurrido cuatro (4) meses y trece (13) días, comprometiéndose a suscribir la escritura pública correspondiente a más tardar el 29 de diciembre de 2000. Lo anterior, concuerda con lo señalado por la señora AMALFI JUDITH ZAPATA JARAMILLO, que fue su hermana quien le recomendó que se firmara ese documento de retroventa, por si acaso, ya que nunca se sabe que pueda suceder, por si algo le pasara ya sea a la señora AMALFI o a la señora FARIDE, fue por prevención, el



contrato se hizo y su comadre FARIDE lo firmó y ella lo guardó, confiando en ella.

7.- Inscripción de Embargo de fecha 14/10/1999, del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Barranquilla, De: CASTILLO JOAQUIN MATEO; A: ZAPATA JARAMILLO AMALFI, en los Folios de Matrícula Inmobiliaria No. 045-18975 y 045-27268, embargos que fueron cancelados el 13/04/2000, lo cual ratifica lo alegado por la demandada en reconvención, que el motivo que la llevó a celebrar el contrato de compraventa, fue la situación económica que se le presentó en ese momento y para evitar que los acreedores se quedaran con los inmuebles a reivindicar.

Del acervo probatorio concluye el Tribunal que no existió intención de traditar en la vendedora, ni de adquirir en la compradora, por lo que se tiene por probada la simulación absoluta que se fraguó entre las señoras FARIDE BAYONA CARVAJAL como compradora y AMALFI JUDITH ZAPATA JARAMILLO, como vendedora.

(...)

En el presente caso, al declararse que es totalmente simulado el contrato de compraventa de los inmuebles rurales VEGA GRANDE y EL DELFIN, situados en jurisdicción del Municipio de Manatí, Atlántico, contenido en la Escritura Pública No. 223 del 2 de Marzo de 2000 de la Notaría Única de Sabanalarga, Atlántico, donde figura como vendedora la señora AMALFI JUDITH ZAPATA JARAMILLO y como compradora la señora FARIDE BAYONA CARVAJAL, se ordenará la cancelación de la Escritura en mención y su inscripción en los Folios de Matrícula Inmobiliaria No. 045-18975 y 045-27268 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Sabanalarga, Atlántico.

En relación con los reparos de la parte demandada inicial y demandante en reconvención, se tiene que en relación con la falta de credibilidad de los testigos solicitados por la parte demandante inicial y demandada en reconvención, una vez apreciadas las pruebas en su conjunto, se concluyó como quedó en párrafos anteriores determinados, que los testimonios de los señores MARIO NIÑO ZAPATA, FIDEL RUIZ y EMIRO JARAMILLO, fueron exactos y completos, con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la forma como ocurrieron los hechos y la forma como obtuvieron ese conocimiento. Por el contrario los testigos solicitados por la parte demandada inicial y demandante en reconvención, señores LUIS OSPINO NIÑO y LUIS ALBERTO NIÑO CASTILLO, señalaron desconocer los hechos que se debaten dentro de este proceso, razón por la cual no prospera este reparo, ya que los testimonios que están investidos de credibilidad, son los de los señores MARIO NIÑO ZAPATA, FIDEL RUIZ y EMIRO JARAMILLO, los cuales llevaron al convencimiento de la Sala la existencia de la simulación en el contrato de compraventa celebrado entre las partes.

(...)

De la norma anterior, se tiene, que si bien la demandada en reconvención, no alegó la excepción de simulación, su defensa si se concentró en el hecho de desconocer el título de propiedad enervado por la demandante, al considerarlo simulado, por tanto, al haberse planteado esta situación, le correspondía al Juez A-quo pronunciarse al respecto, y al hallar demostrado



que efectivamente el contrato de compraventa celebrado entre las partes, se imponía de oficio declararla, por lo que no prospera este reparo.

(...)

Mirando este aspecto de forma desprevenida tenemos que el interés legítimo para demandar en simulación la señora AMALFI JUDITH ZAPATA JARAMILLO, a mi finada mandante nació el 29 de diciembre de 2.000, como se observa en el llamado documento de Retroventa, lo cual jamás realizó, PRESCRIBIENDOLE LA ACCION esto es, los diez (10) años que establece la ley 791 de 2002, el día 29 de diciembre de 2010, por lo que de contera no podía el señor Juez, declarar de oficio la excepción perentoria de SIMULACIÓN, siendo que esta había prescrito desde el año 2010.

(...)

Aplicando la jurisprudencia mencionada, se tiene, que el término de prescripción empieza a contarse en este caso, desde el momento en que la aparente compradora señora FARIDE BAYONA CARVAJAL, presentó el 28 de noviembre de 2018, ante el INSPECTOR DE POLICIA DE MANATÍ, ATLANTICO, proceso de QUERRELLA POLICIVA POR PERTURBACION A LA POSESION, invocando la calidad de PROPIETARIA de los bienes a reivindicar, señalando expresamente que los adquirió mediante Escritura Pública No. 223 del 02/03/2000, Escritura objeto de la declaratoria objeto de simulación.

Por tanto, a partir de esa fecha, 28 de noviembre de 2018, fecha en la cual la señora FARIDE BAYONA CARVAJAL, compradora aparente pretendió producir eficacia a la compraventa ficticia, comienza a correr el término de prescripción para que la señora AMALFI JUJDITH ZAPATA JARAMILLO, vendedora aparente solicite la declaratoria de simulación, de lo que se concluye que aún no ha transcurrido el término de prescripción, para este tipo de acciones, cual es de diez (10) años, por lo que si procede declarar la simulación solicitada por la demandada en reconvención.

No es de recibo, el conteo del término de prescripción como lo señala la impugnante, a partir del documento de Retroventa, por cuanto, de dicho documento, no se desprende que la señora FARIDE BAYONA CARVAJAL, pretendiera producir eficacia a la compraventa ficticia, por el contrario con ese documento estaba devolviéndole la propiedad a la señora AMALFI JUDITH ZAPATA JARAMILLO.

Si bien, no cumplió la compradora aparente con extender la correspondiente Escritura Pública, la situación respecto de los bienes inmuebles a reivindicar, no se presentó ninguna actuación por parte de la señora FARIDE BAYONA CARVAJAL, que conllevara a la eficacia de la compraventa ficticia, sólo hasta el 28 de noviembre de 2018, en que pretendió producir eficacia a la compraventa ficticia, por lo que este reparo, no prospera.

En relación con el reparo invocado por el apoderado judicial de la parte demandada en reconvención, se tiene que efectivamente debe adicionarse la sentencia, en el sentido de ordenar la cancelación de la escritura simulada y oficiar en este sentido a la Oficina de Instrumentos Públicos de Sabanalarga, Atlántico." **(Magistrada Sustanciadora Dra. Carmiña Elena González Ortiz, Agosto 4 de 2023, Radicado Interno: [44.526](#))**



SALA LABORAL

RELIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES- Procedencia/ Carácter salarial de los bonos extralegal-apoyo almacén y ret variable/ **INDEMNIZACIÓN MORATORIA**-La intención del empleador fue la de ocultar el carácter salarial por lo cual no es dable entender que esa actuación fue de buena fe/

“Dilucidado lo anterior, pasa ahora sí la Sala, a resolver lo sustancial de este asunto, esto es, si el pago recibido por la demandante a título de “bono extralegal– apoyo almacén” y “bono ret variable no constitutivo de salario”, tiene naturaleza salarial.

Carácter salarial y no salarial de los pagos recibidos por el trabajador.

Sin duda, el salario es un elemento esencial del contrato de trabajo, sin el cual quedaría rezagado a simple servidumbre. Se trata, en consecuencia, de la retribución de la fuerza de trabajo que, de este modo, le da al citado contrato naturaleza conmutativa, en tanto lo que se recibe se mira como equivalente al servicio que se presta, sometido desde luego, por la importancia que tiene el trabajo como derecho, principio y valor de linaje constitucional, a la regulación y control por parte del Estado, en virtud de la protección que ésta le otorga, desde los aspectos que atañen a su definición y naturaleza, hasta la fijación de su cuantía mínima. En este sentido, el artículo 127 del C.S.T., al tiempo que define lo que es salario, también relaciona los factores que lo integran, al disponer “constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones”.

A su vez, por oposición, el artículo siguiente se encarga de relacionar y especificar cuáles de los pagos que pueda recibir el trabajador quedan excluidos de la regla general anterior y, en tal virtud, enseña que “no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.”

(...)

En el sub lite median los desprendibles de pago donde se observa la cotidianidad de los pagos realizados por concepto de “bono extralegal –



apoyo almacén" y "bono ret variable no constitutivo de salario", desde enero de 2010 hasta diciembre de 2012. Adicionalmente, se otea que las prestaciones sociales y las vacaciones fueron liquidadas y pagadas a la terminación del contrato de trabajo, teniendo como base el salario de \$634.500, conformado por el básico más el subsidio de transporte. Vale decir, sin incluir los valores por los bonos mencionados, aunque si se canceló al finalizar el contrato como concepto adicional la suma de \$2.000.000 a título de "BONO NO CONSTITUTIVO DE SALARIO".

Ahora bien, a juicio de la Sala en lo que respecta al "bono extralegal – apoyo almacén" y "bono ret variable no constitutivo de salario", la Sala debe precisar que si bien en el contrato de trabajo se estipuló que las sumas de dinero otorgadas por mera liberalidad no constituían salario, ello sólo no es suficiente para colocarse a salvo de los efectos que se derivan de la aplicación de la regla general, en tanto si así debiera asumirse e interpretarse, el efecto consecuente de ésta es que cualquier pago por más habitual que sea, pudiera ser desvestido de su naturaleza retributiva y convertir de este modo, la regla general en la excepción, en contravía de la clara prescripción del artículo 53 constitucional que en todo caso ordena dar prevalencia a la realidad sobre las formas.

En este orden de ideas, además del pacto escrito que excluya del carácter salarial a cualquier pago habitual, conforme a la regla general antes mencionada, se requiere que en el proceso el empleador pagador de éste, demuestre que ese auxilio o beneficio habitual tuvo una finalidad diferente a la de retribuir los servicios prestados por el trabajador, que es al fin de cuentas lo que aquí se echa de menos.

Luego entonces, es posible entender que la verdadera naturaleza del beneficio anotado era finalmente la de retribuir el servicio del actor.

En consecuencia, la pretensión reliquidatoria de prestaciones sociales está llamada a prosperar por las razones anteriormente mencionadas, bajo las condiciones y términos determinados por la excepción de prescripción propuesta por el demandado que en este ámbito, es estimable parcialmente, conforme con lo considerado por la Sala al resolver sobre el punto.

Efectuadas la liquidación de prestaciones sociales, teniendo en cuenta los conceptos de "bono extralegal – apoyo almacén" y "bono ret variable no constitutivo de salario", y advirtiendo que si bien habría lugar a las diferencias a título de cesantías desde el inicio de la relación laboral en el año de 1999, no es posible proceder con su reliquidación, pues, sólo se armaron las nóminas de los años 2010 a 2012. (...).

En lo que concierne a la reliquidación de intereses de cesantías su liquidación es totalmente dependiente de lo que resulte de la reliquidación de éstas, por lo que solo hay lugar a reconocer los que a 28 de diciembre de 2012 no estaban prescritos. Es decir; los correspondientes a los intereses de cesantías del último ciclo anual.

(...)

DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA



En lo correspondiente a la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T., se encuentra definida su procedencia cuando a la terminación del contrato el empleador deja de cancelar al trabajador, sin justificación alguna, los salarios y prestaciones sociales, o a partir de la reforma introducida por la ley 789 de 2002, cuando no se cancelan los aportes a la seguridad social del trabajador. A pesar de lo anterior, la jurisprudencia ha determinado que la norma anterior tiene una clara naturaleza sancionatoria, por lo cual su aplicación no puede ser meramente objetiva. En consecuencia, si el demandado logra acreditar en juicio circunstancias que razonablemente lo hubieren determinado a no cancelar las acreencias que se le reclaman, por considerar que la relación tuvo algún carácter diferente, por ejemplo; es posible que el juez lo libere de pagar la referida sanción.

Pero es claro que tales circunstancias exculpativas corresponde acreditarlas a quien quiera beneficiarse de la excepción. En todo caso, corresponde al juez valorar la conducta del empleador que se sustrae al deber legal de cancelar los salarios y prestaciones adeudados a la fecha de terminación de la relación laboral, para definir si su actuación estuvo revestida de la buena fe que cabe exigir de él para eludir el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, sin que sea dable presumirla.

En el asunto concreto, fácil es concluir que la intención de la demandada fue la de ocultar el carácter retributivo de un concepto salarial, por lo cual no es dable entender que esa actuación estuvo revestida de buena fe, pues ésta no puede edificarse sobre el fraude a la Ley.

En consecuencia hay lugar a la indemnización moratoria. Aun así, teniendo en cuenta que la terminación del contrato concluyó con posterioridad a la vigencia de la ley 789 de 2002, cumple observar lo que al respecto prescribe el artículo 29 de la citada ley que modificó el tradicional artículo 65 del C.S.T., en la forma como fue declarada su exequibilidad por la Corte Constitucional en la sentencia C-781 de 2003. En este orden de ideas, habida consideración que la demanda fue radicada ante los estrados judiciales con posterioridad a los veinticuatro (24) meses siguientes al fenecimiento del contrato de trabajo, que lo fue el 29 de diciembre de 2012, pues se presentó el 15 de febrero de 2017, es palmario que hay lugar solamente a los intereses moratorios sobre los saldos que resulten de la reliquidación, a partir de la fecha de conclusión del contrato de trabajo y hasta su pago efectivo, a la tasa máxima fijada por la Superintendencia Financiera.

DE LA SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS

En lo que concierne a la indemnización moratoria por la no consignación de cesantías, de cara a las sub-reglas establecidas en precedencia sobre los efectos de la excepción de prescripción, conviene recordar que con relación a éstas, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte, ha determinado que, a diferencia de la indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones finales, que corre a partir del día siguiente al de la terminación del contrato, aquella se causa con cada vencimiento del término que tiene el empleador para la consignación del saldo de cesantías liquidadas al 31 de diciembre de cada año, ante el Fondo de Cesantías al



que se encuentre afiliado el trabajador, esto es, el 14 de febrero de cada año, siguiente al año en que se causa, y subsiste mientras se encuentre vigente el contrato de trabajo.

Sin embargo, en la medida en que según esa misma orientación jurisprudencial esta sanción no puede aplicarse simultánea y acumulativamente por cada una de las anualidades en que no se cumplió con el deber de consignarlas, sino de manera independiente por cada ciclo anual de cesantías no consignadas, que corre desde el día siguiente al del vencimiento del plazo de Ley que el empleador tiene para ello, hasta cuando se inicie la moratoria por la no consignación de las cesantías correspondientes a la anualidad subsiguiente, en este caso particular estarían prescritas las acciones para reivindicar judicialmente la referida indemnización, en la medida en que la obligación de consignar las cesantías solo se extendió hasta el 14 de febrero de 2012 y, conforme a la regla reseñada, la prescripción de esa indemnización comenzó a causarse desde el 15 de febrero de 2012, lo que obliga a concluir que para la fecha del reclamo en diciembre 29 de 2015 ya se encontraba prescrita, pues a la terminación del contrato la obligación del empleador es la de entregar directamente al trabajador los saldos de cesantías que no hubiere consignado. A lo sumo, si se entendiese que la sanción de pagar un salario diario por cada día de retardo en la consignación corre de manera independiente por cada uno de éstos y, en consecuencia, su exigibilidad comienza a partir del día siguiente al de su causación, habría lugar a pagar solo los no prescritos al 28 de diciembre de 2012, esto es, los días 27, 28, 29 y 30, toda vez que la obligación de consignar subsiste hasta la conclusión del contrato de trabajo. En consecuencia, por vía de favorabilidad, habrá de condenarse a la demandada a pagar a título de sanción por la no consignación el valor diario del salario del año 2012, durante los días citados, esto es, el equivalente a \$21.150.” **(Magistrado Sustanciador Dr. Ariel Mora Ortiz, Agosto 24 de 2023, Radicado Interno: [65.122](#))**

PENSIÓN DE INVALIDEZ- Procedencia/ Fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral/ **RETROACTIVO PENSIONAL-** Indexación

“En el presente proceso se encuentran suficientemente probados, los siguientes aspectos fácticos:

1-La pérdida de capacidad laboral en un 46.32 % de origen común, estructurada a la demandante a partir del 9 de diciembre de 2014, según la calificación o dictamen No. 19563 del 7 de octubre de 2015, emitido por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DEL ATLÁNTICO.

2-La pérdida de capacidad laboral en un 50.93 % de origen común, estructurada a la demandante a partir del 10 de septiembre de 2015, según la calificación o dictamen No. 32794351-6527 del 16 de marzo de 2016, emitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DEL ATLÁNTICO.



3-Las cotizaciones realizadas por DIANA IRENE SERPA RODRÍGUEZ, al sistema pensional, equivalentes a 244, 28 semanas, desde el 4 de noviembre de 1996 hasta el 13 de abril de 2007.

Bajo las premisas citadas, es indiscutible que la norma que resulta aplicable para la solución del caso no es otra diferente que la Ley 860 de 2003, cuyos presupuestos fácticos, en principio, de cara a lo que emana de la calificación realizada por las Juntas Regional y Nacional de Calificación de Invalidez, no se satisfacen, pues tal como se observa de la historia laboral, no cotizó 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, toda vez que su última cotización corresponde al 13 de abril de 2007.

En este orden de ideas, el primer interrogante que plantea la situación concreta tiene que ver con la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, para definir si ella corresponde a la que fue determinada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, o si es posible tener como tal la de la última cotización. Es decir; si la fecha de estructuración que en el dictamen se establece tiene carácter vinculante para el juez, o si por el contrario, en la valoración de esa prueba se encuentra obligado a dar prevalencia a los principios que informan la ciencia procesal moderna, específicamente al que pregona la libre apreciación probatoria de acuerdo con los estándares de la sana crítica.

A juicio de la Sala es esta última opción la que debe atenderse, pues, como bien lo ha considerado la jurisprudencia de la Sala Laboral en relación con la calificación de la pérdida de capacidad laboral realizadas por las Juntas de Calificación, la valoración que éstas contengan sobre el estado de invalidez de los afiliados al Sistema Pensional, puede ser desvirtuada a través de la multiplicidad de los medios de pruebas previstos en el ordenamiento procesal y al tenor de las normas probatorias que rigen la actividad del juez del trabajo, con lo cual se resalta que dentro del conjunto de pruebas que se aportan al proceso, la calificación es sólo una de ellas y es deber del juez valorarla de manera integral, aplicando los principios de la sana crítica.

A juicio de la Sala, la calificación realizada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, en lo que concierne a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, desconoce por completo la evidencia que emerge de los datos de la historia clínica, y que incluso se detallan en el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Atlántico, pues se limita a expresar que "...se elige la fecha en la que se le realiza la prueba neuropsicológica en la que se menciona el trastorno esquizofrénico y se objetiviza técnicamente el compromiso cognitivo, lo que permite clasificar a la paciente en la categoría II de la tabla 13.2, que aporta el mayor porcentaje de deficiencia y la lleva a la invalidez, el 10 de septiembre de 2015."

Sin embargo, en los fundamentos de hecho del dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez se indica "...Historia de psiquiatría desde 10/11/2002 por depresión, en 17/04/2007 reporto trastornos ansiosos y depresivo desde esta fecha en forma continua hasta hoy, medicada con



clonazepan 5 mg 1 tableta y media, clozapina 25 mg, 1 día imipramina 25 mg, 2 día. Desde 2004 en seguimiento por condición fibroquística mamaria, en 2008 le aspiraron quiste con patología negativa para malignidad, tiene dx de fibromialgia. Actualmente sin vínculo laboral. Valoración neuropsicológica de sept 10/2015: idx: trastorno psicótico, esquizofrenia, depresión + deterioro cognitivo moderado de características corticales secundario a trastorno mental."

En consecuencia, para la Sala la fecha de estructuración lo fue la de su última cotización, esto es, el 13 de abril de 2007, pues aún cuando la prueba neuropsicológica fue realizada el 10 de septiembre de 2015, es plausible inferir que la capacidad laboral del demandante se agotó cuando dejó de cotizar al sistema, que resulta consecuente con la data que inició la medicación por trastornos ansiosos y depresivos.

En consecuencia, las 50 semanas que habilitan el derecho a la pensión de invalidez, deben corresponder a las cotizaciones realizadas entre el 13 de abril de 2004 y el 13 de abril de 2007, tiempo dentro del cual alcanzó a cotizar un total de 141,42 semanas.

Por todo lo anterior, encuentra esta Sala procedente el reconocimiento de la pensión deprecada.

Adicionalmente se ordenará descontar del retroactivo pensional los aportes en salud por salud con destino al Sistema de Seguridad Social Integral, en Salud, en atención a lo establecido en el art. 143 de la ley 100 de 1993.

En cuanto al monto pensional, no cabe hesitación que atendiendo que los IBC corresponden al salario mínimo, la mesada será igual a éste.

En cuanto a la excepción de prescripción, se avista que la acción reivindicatoria judicial se presentó el 20 de marzo de 2018, configurándose el fenómeno de la prescripción, de conformidad con los arts. 488 del CST y 151 del CPTSS, respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 20 de marzo de 2015.

El número de mesada pensionales a recibir es de 14, atendiendo lo dispuesto en el acto legislativo 01 de 2005 el parágrafo transitorio 6º del art 1o.

Aunado a lo anterior, como quiera que la AFP PROTECCIÓN S.A. le reconoció a la actora la devolución de saldos, debe ordenarse su descuento del retroactivo pensional a pagar, debidamente indexado de conformidad con el IPC certificado por el DANE.

La pensión de sobrevivientes estará a cargo de PROTECCION S.A, quedando a cargo de SEGUROS BOLIVAR S.A. el pago de la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión, según póliza previsional suscrita con el fondo de pensiones, la cual regía al momento de la invalidez de la afiliada." **(Magistrado Sustanciador: Dr. Ariel Mora Ortiz, Agosto 24 de 2023, Radicado Interno: [64.806](#))**



CULPA PATRONAL- Carga de la prueba / No se acreditó nexo causal entre el accidente acaecido y la conducta del empleador/ **CALIFICACIÓN DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL-** Trámite/ Accidente de trabajo

“Sea lo primero indicar que, al interior del presente trámite, no constituye punto de discusión que el señor JORGE LUIS AGUIRRE IBARRA laboró para la empresa de servicios temporales OPTIMIZAR S.A.; igualmente escapa al debate que esa empleadora suministró al demandante como trabajador en misión a la empresa usuaria aquí demandada ALMASA S.A.

Tampoco es objeto de discusión que el señor AGUIRRE IBARRA, el día 3 de mayo de 2011, en las instalaciones de la demandada ALMASA S.A., como tampoco las gestiones adelantadas con ocasión del mismo por parte de la llamada a juicio EQUIDAD SEGUROS S.A., consistente en el proceso de rehabilitación del actor, dando lugar al trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral que en primer término condujo a una calificación inicial igual al 12.85% de pérdida de capacidad laboral, que al ser controvertida ante la Junta Regional de Calificación pasó a ser del 29,99% y luego revocada por la Junta Nacional, asignando una pérdida del 13.65%.

Se encuentra igualmente acreditado que la demandada EQUIDAD SEGUROS S.A., reconoció indemnización por incapacidad permanente parcial al demandante por valor de \$3.360.000,00. Así mismo, no hay duda que al demandante le fue reconocida pensión por invalidez de origen común a cargo de PORVENIR S.A., a partir del 28 de febrero de 2014.

En este sentido, de cara al problema jurídico formulado, el debate se circunscribe a determinar si con el material probatorio arribado, es posible derivar la responsabilidad patronal de las entidades demandadas en el acaecimiento del accidente de trabajo que sufrió el demandante en la calenda 3 de mayo de 2011.
(...).

De la lectura de la norma se infiere que aquella busca sancionar la conducta culposa, entiéndase, la falta de cuidado o de diligencia del empleador que origina un daño a su trabajador, sin que para ello resulte relevante una determinada consecuencia, esto es, un grado de incapacidad o minusvalía en condiciones específicas, así como tampoco se establece la necesidad de un porcentaje, ni menos aún que la incapacidad sea temporal o permanente, lo que no quiere decir cosa distinta a que no existen unos patrones de medición.

Tampoco contempla el referido canon, una indemnización tarifada; solamente prevé la compensación de los perjuicios, derivados del daño, por la responsabilidad fundada en el concepto de culpa.

Importa destacar que en materia de cargas probatorias, la culpa patronal no es objeto de presunción alguna y como en múltiples oportunidades lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia, el éxito de tal pretensión estriba en la demostración de la culpa del empresario en la producción del resultado



dañoso para el asalariado, esto es, que resulta un presupuesto para producir condena en ese sentido, demostrar que el empleador faltó a aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, según como se ha definido la culpa leve, así lo recordó la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL15114-2017: (...).

Demostrados estos dos supuestos, quien ejerce el poder subordinante, debe probar que sí actuó con diligencia y cuidado para exonerarse de la responsabilidad por la culpa leve que aplica en asuntos laborales. Así, conforme se ha adoctrinado, la carga de la prueba en procesos de culpa patronal como la que concita la atención de esta Sala de Decisión recae inicialmente sobre el demandante, quien tenía el deber, sin que a ello acudiera, de demostrar la culpa del empresario en la producción del resultado dañoso para el asalariado, esto es, que resulta un presupuesto para producir condena en ese sentido, demostrar que el empleador faltó a aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, según como se ha definido la culpa leve, y que el demandado solo está obligado a demostrar su diligencia con el propósito de exonerarse de los efectos perjudiciales de esta primera probanza, tal y como recientemente lo rememoró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL2388-2020, en los siguientes términos: (...)

Finalmente, no sobra recordar por la Sala que, el concepto de culpa patronal que ha elaborado la Sala partiendo del contenido del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, tiene como supuesto indispensable, no solo la prueba de la existencia del accidente laboral y de la culpa del empleador sino que, además, que ésta se encuentre suficientemente comprobada, lo que excluye que el punto sea materia de presunción o que la carga de probar lo contrario corresponda al empleador, teniendo en cuenta que en este escenario se está ante una culpa subjetiva.
(...)

Aterrizando al caso concreto, se advierte que la parte demandante en el libelo genitor se limitó a soportar la culpa patronal bajo la afirmación sobre la cual en forma verbal manifestó "a los siguientes funcionarios Ingeniero Quintero Gerente de la empresa; Ingeniero de apellido Meneses encargado de Mantenimiento, a la Ingeniera de producción de nombre Sonia y a los supervisores de turno Oscar Reales, Aristóteles Ríos y Augusto Escorcia sobre derrame del aceite en las máquinas y lo ocurrido por culpa imputable a las demandas", de tal suerte que esa mera afirmación no posee la virtud de haber endilgado un comportamiento omisivo de las obligaciones de cuidado y protección por parte del empleador, pues, conforme al precedente citado supone la carga de indicar cuáles fueron las omisiones en concreto que se alegan, por lo que en el presente caso no es posible predicar, que se haya invertido la carga de la prueba.

Bajo las preceptivas arriba anotadas, es claro que compete al actor demostrar la ocurrencia de la culpa del empleador en la ocurrencia de los hechos que alega como dañosos y que darían lugar a la indemnización pretendida. Sobre el particular, se advierte que el plenario se encuentra desprovisto de pruebas documentales que detallen en forma clara los



elementos que brinden luces sobre la ocurrencia del accidente laboral, en tanto, el volumen probatorio se encuentra principalmente compuesto por la historia clínica del actor, de lo cual, si bien posee la virtud de acreditar la evolución de las secuelas derivadas del originario accidente laboral en la salud del señor AGUIRRE IBARRA, no brindan luces sobre las circunstancias sobre las cuales tuvo desarrollo el infortunio acaecido el 3 de mayo de 2011.

Dentro del escaso arribo documental que detalle las circunstancias de modo tiempo y lugar en que ocurrió el multicitado accidente laboral, encontramos el Informe de Accidente de Trabajo 146017 arribado en su contestación la demandada EQUIDAD SEGUROS (folio 44 archivo 13ContestacionDemanda del expediente digital), en la descripción del accidente se lee: "EL SEÑOR IBA A AMARRAR UN PORTARROLLO Y SE RESBALÓ CAYENDO SENTADO OCASIONÁNDOLE UN DOLOR A LA ALTURA DE LA CINTURA".

De otra parte, frente a las testimoniales practicadas en el proceso, advierte esta vista judicial, que las mismas tampoco poseen la virtud de acreditar la culpa endilgada a las demandadas, como soporte de la pretensión indemnizatoria del actor, esto, por cuanto los testigos no poseen la virtud de conferir luces sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrió el accidente de trabajo, pues, mientras el testigo ALVARO ENRIQUE BARRIOS MERCADO en su declaración indicó que en la fecha de ocurrencia del siniestro estaba de espaldas cuando ocurrió el accidente, de tal suerte que de su dicho no es posible desprender elementos que permitan estructurar los elementos requeridos, y si bien, de la declaración alegó que informaba de los aludidos problemas de derrame de aceite de la maquinaria, no existe prueba adicional a la sola enunciación de tal circunstancia, sin que obre documental que soporte tales reportes al jefe supervisor de planta o a cualquier otro funcionario o dependencia de ese hecho.

De igual forma, el testimonio rendido por el señor JORGE LUIS BELTRÁN RAMÍREZ, tampoco aporta el convencimiento requerido sobre los hechos que pretende demostrar y acreditar el actor, esto por cuanto, tal como fue reconocido por el mismo declarante, no estaba presente al momento de ocurrencia del accidente de trabajo no se encontraba presente, y tuvo noticias del hecho al día siguiente, de tal suerte, que su dicho poco aporta frente a los elementos que se itera, interesan a la Sala en el asunto que nos convoca.

De igual modo, al momento de absolver el interrogatorio el demandante reconoció el suministro por parte del empleador de los implementos y uniforme completo, el cual portaba al momento de la ocurrencia del accidente, además de contar la empresa con equipos de brigadistas y reconocer la capacitación que al ingreso a la empresa se dio, aun cuando desconociera que se le hubiere hecho reinducción para el desempeño de las funciones que detentaba al momento de la ocurrencia del siniestro laboral.



Bajo tales preceptivas, en contraste a lo afirmado por el recurrente, lo cierto es que el plenario se encuentra desprovisto de elementos de convicción ciertos que permitan acreditar el nexo causal entre la ocurrencia del daño alegado por el actor, es decir, la ocurrencia del accidente laboral de fecha 3 de mayo de 2011, y la actitud omisiva de las entidades demandadas que necesariamente condujeron a la ocurrencia del mismo, y no encontrándose acreditados tales presupuestos, como bien indicó la a-quo, mal podría imponerse las condenas del artículo 216 del código sustantivo del trabajo, como pretende el demandante, con la respectiva carga indemnizatoria que aparejaría; de allí que deba confirmarse la decisión adoptada en primera instancia; relevándose esta vista pública de examinar las restantes pretensiones, habida cuenta que en razón al principio de consonancia, sólo la pretensión indemnizatoria hasta aquí estudiada, constituyó el núcleo de reclamo de la alzada." **(Magistrado Sustanciador Dr. Diego Guillermo Anaya González, Agosto 29 de 2023, Radicado Interno: [62.124A](#))**

ACTIO IN REM VERSO- Teoría del enriquecimiento sin causa aplicado en materia laboral/ **SENTENCIA DE REVISIÓN CORTE CONSTITUCIONAL-** Dejó sin efectos acción de tutela que ordenó el pago de sumas de dinero/ **BENEFICIARIOS DE LA DECISIÓN JUDICIAL REVOCADA-** Deberán reintegrar las sumas que hubieren recibido como consecuencia de los fallos revocados/ **EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA-** Improcedencia

"En este contexto, conviene recordar que desde el libelo genitor las promotoras del presente proceso persiguen la devolución de los dineros cuya pago fue ordenado en sede de tutela y que la Corte Constitucional revocó en sentencia T-135A de 2010, estipendios que con en la orden emitida en ese fallo perdieron causa jurídica, por lo que el análisis de la pretensión habrá de estudiarse por esta Corporación a la luz de la doctrina del enriquecimiento sin causa, cuyo análisis se abordará, tal como se indicó en precedencia, al amparo de la actio in rem verso.

Al respecto, aun cuando los desarrollos jurisprudenciales sobre la materia destacan en forma prominente a partir de lo adocarinado por la Honorable Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en contraste con los desarrollos acaecidos por la homologa Sala de Casación Laboral, esta última corporación ha adocarinado que tales presupuestos tienen cabida dentro del marco del derecho social, en virtud de la remisión del artículo 145 del CPTSS, sobre el particular en sentencia SL3239- 2021, precisó:

"Como lo explicó esta Corporación de manera reciente en fallo CSJ SL1527- 2021, los reclamos derivados del enriquecimiento sin causa y su respectiva acción «in remverso», sí tienen cabida en el derecho social, en virtud del artículo 145 del CPTSS, no obstante que su origen se encuentra en los principios del derecho civil y en el artículo 831 del Código de Comercio. La referida sentencia, prohibió las enseñanzas de la homologa Sala Civil de la Corte, que determinó que es necesaria la concurrencia de 4 requisitos, así:

Bajo el panorama que antecede, y en torno a la aplicación del principio de buena fe y la figura jurídica de enriquecimiento sin causa, lo primero



que advierte la Sala, es que en materia laboral no existe una norma expresa que regule el enriquecimiento sin causa, por lo que, en aplicación del principio de integración normativa, previsto en el artículo 145 del CPTSS, se debe acudir a los señalado en el artículo 831 del Código de Comercio, que dispone 'Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro'. Ahora, sobre dicha figura jurídica, ha sido criterio reiterado de la Sala de Casación Civil que tiene como propósito (...) para que se configure se requiere que concurren los siguientes presupuestos (CSJ SC, 7 oct. 2009, rad. n.º 2003- 00164-01,):'1) Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no sólo en el sentido de adición de algo sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio'. '2) Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento. Es necesario aclarar que la ventaja del enriquecido puede derivar de la desventaja del empobrecido, o, a la inversa, la desventaja de éste derivar de la ventaja de aquél'. (...) 'El acontecimiento que produce el desplazamiento de un patrimonio a otro debe relacionar inmediatamente a los sujetos activo y pasivo de la pretensión de enriquecimiento, lo cual equivale a exigir que la circunstancia que origina la ganancia y la pérdida sea una y sea la misma'. 3) Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica'. (...) '4) Para que sea legitimada en la causa la acción de in rem verso, se requiere que el demandante, a fin de recuperar el bien carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasi-contrato, un delito, un cuasi-delito, o de las que brotan de los derechos absolutos' (negrilla fuera de texto). 'Por lo tanto, carece igualmente de la acción de in rem verso el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. Él debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia'. '5) La acción de in rem verso no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley' (G. J. T. XLIV, págs. 474 y 474.).

En el caso que analizó la Corporación en el precedente en cita, consideró que no tenía prosperidad la aludida acción, debido a que, el desembolso que había efectuado la entidad de seguridad social recurrente en ese proceso tuvo como fuente jurídica una sentencia de tutela, que, en ese evento, a diferencia del presente, no fue revocada." (Negritas en el texto original)

Bajo tales preceptivas, se adentra la Sala a definir si en el presente caso se cumplen los presupuestos antes referidos. En primer lugar, advierte esta vista pública que el enriquecimiento o ventaja patrimonial en el caso se encuentran suficientemente acreditados, pues, no hay duda que la apoderada del demandado en la acción de tutela Dra. KARINA PATRICIA PATERNINA NEGRETE, hizo cobro del título de depósito judicial No. 427770000005109 por valor de CINCO MIL OCHENTA MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS (\$5.080.335.964,00 M/Cte.), tal como se desprende del contenido mismo de



la sentencia CC T-135A de 2010, y de las copias arrimadas con la demanda (certificación PAR-0661-12 y copia del título judicial anterior), las cuales no fueron tachadas ni cuestionadas, y que conforme a la liquidación correspondiente al demandado EDGARDO ANTONIO CAICEDO CANTILLO ascendió a la suma de QUINIENTOS NOVENTA MILLONES CIENTO TREINTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS (\$590.136.834,00 M/Cte.).

En segundo lugar, tampoco es punto de discusión que el pago antes referido constituyó de suyo un empobrecimiento correlativo para las hoy demandantes, pues, el desembolso de la anterior suma, además de afectar recursos públicos, generó un impacto económico que condujo a que fuera la misma Corte Constitucional la que ordenara su devolución, en el término de siete (7) días, lo que claramente no fue atendido por el demandado.

En lo atinente a la falta de causa jurídica, es claro para la Sala que las hoy demandantes efectuaron el desembolso de la anterior suma en virtud de la cautela judicial dictada y en obediencia al espurio fallo de tutela que, en primera instancia profirió el 29 de julio de 2009, el Juzgado Promiscuo Municipal de San Antero – Córdoba, el cual fue confirmado mediante providencia de 21 de agosto de 2009 por el Juzgado Promiscuo de Familia de Loricá, y que son revocados a través de la sentencia CC T-135A de 2010.

Al ser revocada por la Corte Constitucional la protección que se había dispensado a los tutelantes, entre ellos el demandado EDGARDO ANTONIO CAICEDO CANTILLO, consecuentemente se tornan ineficaces todas las medidas adoptadas y las cosas deben volver al estado anterior, como lo explicó la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia en un asunto de similares contornos al que nos convoca, en providencia CSJ SL1979-2021:

“Aunado a lo anterior, sobre las consecuencias y efectos de la revocatoria de una decisión constitucional, ya tuvo oportunidad esta de Sala de pronunciarse en la Sentencia CSJ SL8211-2016 donde al rememorar la CSJ SL, 8 feb. 2011, rad. 36864 refirió lo siguiente:

[...] La conclusión del Tribunal sobre el efecto de la revocatoria de una sentencia que decide una acción de tutela también se obtiene, con claridad, de la regla procesal, de carácter general, prevista, para los trámites de tutela, en el artículo 7 del Decreto 306 de 1992, reglamentario del 2151 de 1991, aplicable en el caso de acciones dirigidas contra particulares (...)

(...)

De esta norma fuerza colegir que las medidas que se hayan tomado en cumplimiento del fallo de tutela revocado quedan sin efecto. Aunque se refiere a la autoridad administrativa, como se dijo con antelación, esa disposición, razonablemente interpretada, puede extenderse respecto de los particulares. Por lo tanto, no cabe duda de que cuando una sentencia de tutela dictada en primera instancia es revocada, deja de producir efectos jurídicos, por ser esa la consecuencia natural y obvia de la derogatoria. Así también lo ha entendido la Corte Constitucional, fallo de tutela de radicación T-068- 95 de 22 de febrero de 1995:



(...)

Si bien es cierto es posible que en la providencia mediante la cual se revoca la de primera instancia, se tomen algunas otras determinaciones, que deberán ser cumplidas, la falta de un pronunciamiento sobre ellas no puede ser suplida por otra autoridad judicial (salvo por la Corte Constitucional, al revisar las decisiones sometidas a su consideración), de suerte que la revocación de la providencia producirá como lógica consecuencia que no siga produciendo efectos y que las medidas adoptadas en ella pierdan toda eficacia.

Como en el presente caso, el Tribunal consideró que la demandada debía devolver los dineros a la demandante por cuanto «las sumas percibidas por ella dejaron de tener legitimidad, fundando este argumento en «la contundencia de lo precisado por la Corte Constitucional», lo realizado por el juez colegiado no fue otra cosa que volver las cosas al estado anterior a la realización del pago por parte de la entidad demandante a la demandada, es decir, tal y como se encontraba antes de cumplirse la orden impartida en la providencia que vía revisión se revocó por la Corte Constitucional, decisión del ad-quem que a todas luces deviene jurídicamente viable y no resulta desproporcionada.»

De igual modo, se advierte que en el presente caso, el cuarto presupuesto de la actio in rem verso, se advierte, tal como se indicó al resolver el primer problema jurídico, que el demandante no disponía de otro medio distinto al actual para devolver las cosas al estado anterior a las decisiones que fueron revocadas por la Corte Constitucional, y con fundamento en las cuales y de buena fe, la hoy demandante efectuó los pagos cuyo recobro hoy demanda, de tal suerte que se encuentra suficientemente acreditado el enriquecimiento sin justa causa que soporta la pretensión del actor y que permite que se abra camino la prosperidad de las pretensiones de la parte demandante, en lo que concierne a la devolución de las sumas reclamadas.

Ahora bien, en lo que respecta a la pretensión del reconocimiento de intereses moratorios, la misma habrá de despacharse en forma negativa lo anterior, por cuanto, tal como ha quedado adoctrinado por la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias CSJ SL3814-2020, SL3239-2021 y SL737-2023, en las que se enseña que la actio in rem verso con fundamento en un enriquecimiento sin justa causa tiene por objeto reparar un daño más no indemnizarlo, a más de procurar la devolución de las cosas al estado anterior, de allí que no proceda tal reconocimiento.

Ahora bien, lo que si torna precedente es el reconocimiento de la indexación de las sumas cuya condena se impondrá, conforme al precedente fijado en la sentencia CSJ SL359-2021.



Para tales efectos, conforme a lo dispuesto en la sentencia CC T- 135A-2010, estableció como término de 7 días a partir de su notificación, la devolución de la suma aquí ordenada, y al no haber cumplido con ello, deberá actualizar el costo de la obligación conforme a la siguiente fórmula:

$VA = VH \times IPC \text{ Final} / IPC \text{ Inicial}$

De donde:

VA = IBL o valor actualizado

VH = suma debida (\$590.136.834,00)

IPC Final = Índice de Precios al Consumidor a la fecha de pago
IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor de la fecha de notificación de la sentencia CC T-135A-2010." **(Magistrado Sustanciador Dr. Diego Guillermo Anaya González, Agosto 29 de 2023, Radicado Interno: [71.262-A](#))**

OMISIÓN DE LA AFILIACIÓN DEL TRABAJO AL SISTEMA- Ante esta falencia no es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido como efectivamente cotizado/
PENSIÓN DE INVALIDEZ- Estudio del cumplimiento de los requisitos normativos para acceder a la prestación/
ESTRUCTURACIÓN DE LA FECHA DE INVALIDEZ- Para esta data el actor no contaba con las semanas cotizadas al sistema exigidas por la ley

"En primer lugar, no es punto de discusión en el proceso que, el demandante se encontraba afiliado al RPMPD, administrado por el ISS hoy, COLPENSIONES, en los periodos comprendidos de 1975 a 1982, como se observa en el reporte de semanas cotizadas en pensiones, aportado al plenario, donde se extrae un total de 40,86 semanas efectivamente cotizadas al sistema.

Es igualmente pacífico que, el finado demandante, DAGOBERTO GONZALEZ ESTRADA, se trasladó al RAIS, administrado por el fondo privado PORVENIR S.A., desde el 23 de agosto del 2000, encontrándose desde dicha data en la AFP PORVENIR S.A., realizando aportes al sistema hasta el periodo 2011-07.

En ese contexto, la controversia del proceso gira en torno a establecer, si el demandante cumple con los requisitos normativos para acceder a una pensión de invalidez, para ello se ha traer a colación el siguiente cuerpo normativo:

El artículo 10 de la Ley 100 de 1993, se encarga de establecer el objeto del Sistema de Pensiones, de la siguiente forma: (...).

Ahora bien, sea lo primero precisar que, para el reconocimiento de una pensión de invalidez, la normatividad que rige es la vigente al momento de la estructuración de la invalidez, tal y como lo ha mencionado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en decisión CSJ SL3437-2019, (...).

Establecido lo anterior, para poder dar respuesta al problema jurídico planteado, la Sala procederá con el análisis del porcentaje de pérdida de capacidad laboral, que fue estructurado por la Junta Regional de



Calificación de la Invalidez del Atlántico, en calenda 23 de diciembre del 2021, y dicho contenido, fue recurrido por la parte demandada.
(...)

En virtud de la normativa antes expuesta, examina esta corporación, que la prueba objeto de análisis, fue allegada al plenario el 27 de julio del 2022, proveniente de la Junta Regional de Invalidez del Atlántico, como consecuencia, de la experticia solicitada por la demandada PORVENIR S.A., al momento de contestar la demanda, y por ello, el Juez de instancia en audiencia del art 77 del CPTSS, el 9 de julio del 2020, decretó la prueba en comento, a cargo de la Junta citada, ordenando el estudio de todas las patologías, en aras de establecer, el origen del grado de PCL y fecha de estructuración, para ello, se suministró por parte del demandante lo requerido por la Junta, tal como historias clínicas y exámenes; y por la accionada, el expediente del actor, los cuales reposan en el plenario.

Una vez allegado el dictamen No. 35160 del 23 de diciembre de 2021 por la Junta, el juzgado de origen corrió traslado mediante providencia de calenda 19 de agosto del 2022 a las partes, por el término de tres días, en virtud de ello, la demandada PORVENIR S.A., solicitó la comparecencia de los peritos, para ejercer el derecho de contradicción.

En este punto, encuentra la Sala que, el dictamen aportado por la Junta, si puede ser objeto de contradicción por parte de la demandada, ya que si bien, fue solicitado por ella al momento de contestar la demanda, no puede entenderse este, como si hubiera sido allegado por PORVENIR S.A. y por ende pretenda valerse del mismo para las resultas del proceso, ya que, en el presente caso, el contenido es desconocido por la solicitante y es puesto en conocimiento a ella, al momento de correrle el respectivo traslado por la agencia judicial, en tal sentido, no puede interpretarse la prueba de acuerdo a lo regulado en los artículos 227 y 228 del C.G.P., en caso de ser así, se estaría transgrediendo el debido proceso y derecho de contradicción y defensa de las partes, al imponérsele una obligación sin poder ejercer objeción alguna.

Ahora bien, en lo concerniente a la inconformidad del recurrente sobre las patologías estudiadas dentro del dictamen pericial, argumenta, que deben excluirse de dicho examen patologías como el síndrome vertiginoso, así como otros, por ser patologías o enfermedades que no generan una pérdida de capacidad laboral de gran envergadura, por lo que el porcentaje de PCL, disminuiría y en tal sentido, y no se cumpliría con el requisito de pérdida de capacidad laboral igual o mayor al 50%, para obtener la pensión de invalidez solicitada.

En ese entendido, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, ha reiterado la relevancia de los dictámenes que emiten las Juntas de Calificación al considerarlos conceptos técnicos y científicos elaborados por órganos autorizados en desarrollo de un trámite previamente establecido por el legislador, lo cierto es que también ha aclarado que los mismo no son prueba solemne, de modo que puede controvertirse ante los jueces del trabajo, quienes tienen competencia para examinar los hechos que



contextualizan la condición incapacitante establecida por estas entidades, tal como lo expuso en sentencia SL3008-2022, ratificado en providencias CSJ SL, 19 oct. 2006, rad. 29622, CSJ SL, 27 mar. 2007, rad. 27528, CSJ SL, 18 sep. 2012, rad. 35450, CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 44653, CSJ SL16374-2015, CSJ SL5280-2018, CSJ SL4571-2019 y CSJ SL1958-2021.

Asimismo, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha explicado que el análisis de la condición de invalidez de una persona está sometida a la valoración del juez bajo los principios de libre formación del convencimiento y apreciación crítica y conjunta de la prueba, previstos en los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CSJ SL, 18 mar. 2009, rad. 31062, CSJ SL5601-2019 y CSJ SL4346-2020).

Con ello, se destaca que, si bien la parte recurrente, al momento de interrogar al perito Rafael Senior Sánchez, realizó cuestionamientos de la ponencia que soporta el dictamen No. 35160 del 23 de diciembre de 2021, advierte la Sala que, no se observa la existencia de una equivocación o una falla que conduzcan a determinar que el dictamen presente falencias en su contenido, estableciendo que las inconformidades acusadas por la demandada no tienen sustento, al no acreditar material probatorio que contraste lo expuesto por los profesionales de manera precisa y contundente, máxime, que de las precisiones realizadas por el perito a los interrogantes realizados, ofrecieron plena certeza y validez.

Por consiguiente, contrario a lo manifestado por la parte recurrente, para esta corporación, el dictamen pericial, goza en su contenido de pleno valor probatorio, de conformidad a las reglas de la sana crítica, para lo cual, se tuvo en cuenta la idoneidad del perito, la solidez, claridad, precisión y calidad de sus fundamentos, mismos donde se observa que fueron tenidos en cuenta las historias clínicas y documentales aportadas para tal fin, en tal sentido, respecto a este punto, ninguna vocación de prosperidad tiene el recurso de alzada.

Establecida la validez del dictamen pericial No. 35160, se encuentra comprobado el cumplimiento del requisito de la PCL, para la obtención de la prestación pensional solicitada, al tenerse como tal el 50,10%, con fecha de estructuración 15 de julio del 2013, de origen común.

En visto de lo anterior, es del caso, continuar con el estudio de los requisitos normativos para la obtención de la pensión de invalidez, encontrándonos con la segunda condición, esto es, el cómputo de las cincuenta (50) semanas cotizadas dentro de los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, siendo esta el 15 de julio del 2013, ubicando el término trienal, del 15 de julio del 2010 al 15 de julio del 2013, para lo cual, procede la Sala verificar el material probatorio aportado, encontrándose a folio 30, del archivo 13 del expediente digital, relación de reportes con fecha de generación 2019-10-09, donde se vislumbran cotizaciones efectuadas de la siguiente forma:

- Con el empleador CUENTAS DE LOS REYES FRANCISCO, los periodos del 2011-07 a 2010-11, pagados al fondo el 20 de enero del 2016.



- Con el empleador FIGUEROA OVIEDO RICARDO ENRIQUE, el periodo 2010- 11, pagado al fondo el 09 de octubre del 2015.
 - Con el empleador VALORES Y CONTRATOS S.A. VALORCON S.A., los periodos del 2004-06 a 2001-07.
 - Con el empleador GERCON S.A., los periodos 2001-06 a 2000-08.
- (...)

En consecuencia, en el caso objeto de litis, este Tribunal, considera que el demandante, contrario a lo manifestado por el juez de instancia, no acredita el requisito objeto de examen, por tenerse que, con base de las pruebas analizadas previamente y aunado con la manifestación del actor en los hechos de la demanda, donde alega "5. Teniendo como último empleador al señor FRANCISCO CUENTA DE LOS REYES, éste realizó unos pagos extemporáneos a COLPENSIONES de los periodos 2010 y 2011", se presenta que, dichos aportes correspondientes a los periodos mencionados, no pueden ser tenidos en cuenta para la contabilización de las semanas, por encontrarse que no solo fueron cancelados de manera extemporánea, sino que, en lo concerniente al empleador FRANCISCO CUENTA DE LOS REYES, nos topamos con la figura de falta de afiliación al sistema y en virtud de ello, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, bastante ha reiterado, que ante la omisión de la afiliación del trabajador al sistema general de pensiones, no es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido como efectivamente cotizado, asimismo, se ha explicado, SL1618-2023: (...)

En punto a lo expuesto, se determina que el empleador FRANCISCO CUENTA DE LOS REYES, sufragó los aportes que correspondían a los periodos 2010-11 a 2011-07 hasta el 25 de noviembre del 2015 y dicho pago fue efectuado a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (folio 25, del archivo No.1 del expediente digital), quien realiza la devolución de esos ciclos al RAIS a la AFP PORVENIR S.A. a la que se encontraba afiliado el finado demandante hasta el 20 de enero del 2016.

Así pues, surge evidente que la posibilidad de que tales pagos convalidaran los periodos descritos está llamada al fracaso, como quiera que el cumplimiento de la obligación patronal no fue satisfecho en vigencia del vínculo de trabajo, menos antes de la ocurrencia de la estructuración de la invalidez del finado actor. Y en ese orden, imponer el reconocimiento de la prestación a cargo de PORVENIR S.A., sería obligarla a financiar una prestación completa, con base en unos escasos recursos por tiempos pagados extemporáneamente.

En ese orden, prospera en el recurso elevado por la parte demandada, conforme a las consideraciones expuestas y en tal sentido se ha de revocar íntegramente la sentencia de primera instancia de calenda 20 de octubre del 2022, dictada por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla, para en su lugar, absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones instauradas en su contra." **(Magistrado Sustanciador Dr. Fabian Giovanny González Daza, Agosto 29 de 2023, Radicado Interno: [73.169](#)).**



COMPARTIBILIDAD PENSIONAL- Pensiones extralegales y voluntarias anteriores a 17 de octubre de 1985: Caso pensionados de la extinta EDT/
RETROACTIVO PENSIONAL- Las mesadas dejadas de pagar por el riesgo de vejez por parte del ISS hoy COLPENSIONES abonadas por jubilación correspondan al empleador EDT/**INTERESES MORATORIOS-** Improcedencia

“Corresponde a la Sala en ésta oportunidad determinar a quién pertenece el retroactivo pensional a que se refiere el parágrafo 2° del artículo 1° de la Resolución No. 00008362 del 22 de julio de 2011 emitida por el ISS hoy COLPENSIONES, el cual asciende a la suma de \$49.151.608.00, si a la empleadora EMPRESA DISTRITAL DE COMUNICACIONES DE BARRANQUILLA, que asumió en su totalidad el pago de una pensión de jubilación convencional desde enero de 2.007 hasta septiembre de 2.011 o por el contrario a la también demandada IVONE SOBRINO SARMIENTO, quien percibe pensión tanto del ISS hoy COLPENSIONES, como de la EMPRESA DISTRITAL DE COMUNICACIONES DE BARRANQUILLA.

Puestas así las cosas y con el propósito de dar solución a los interrogantes en el caso concreto, esta célula judicial considera necesario precisar los siguientes aspectos:

Tiene dicho la jurisprudencia que las pensiones extralegales y voluntarias, concedidas directamente por el empleador con antelación al 17 de octubre de 1.985 son por regla general compatibles con las pensiones legales otorgadas por el entonces I.S.S. a no ser que en el acto administrativo, en la convención o pacto colectivo esté estipulado que dichas prestaciones no serán concurrentes con las que confiere dicho Instituto. En contraste, se ha proclamado que las pensiones convencionales y/o extralegales o voluntarias concedidas directamente por el empleador con posterioridad al 17 de octubre de 1.985, tienen la vocación de ser compatibles con las de vejez otorgadas por el otrora I.S.S. a no ser que en la respectiva convención, pacto colectivo, etc. se haya estipulado que dichas prestaciones no tendrían el carácter de compatibles, o dicho en otros términos, serían concurrentes. –Ver H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras providencias, en la sentencia calendada 8 de mayo de 2.007, Rad. 28.623, ratificada en fallo adiado 5 de abril de 2.011, Rad. No. 40303, M.P: CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE.

En el caso en estudio, la pensión tenía la vocación de ser compatible por ser una pensión de vejez convencional otorgada con posterioridad al 17 de octubre de 1985 – esto es, a partir del 1° de febrero de 2001 mediante la Resolución No. 103 del 25 de abril de 2011<sic> por parte del Gerente de la Empresa Distrital de Telecomunicaciones de Barranquilla, tal como se deja consignado en la Resolución No. 8362 de 22 de julio de 2011 emanada del ISS-ver folio 10 a 12 del expediente digitalizado- es decir, pensión convencional reconocida con posterioridad a la expedición del Acuerdo 029 de 1985.



Ahora bien, al tenor de lo dispuesto en el canon 18 del Acuerdo 049 de 1.990, otorgada una pensión extralegal a un trabajador, el empleador puede seguir haciendo aportes en favor de éste -trabajador- al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES —hoy COLPENSIONES- con el propósito de que una vez le sea reconocida la pensión de vejez por dicha entidad, la misma asuma la carga de la pensión, de manera tal que en adelante solo le corresponda pagar, si lo hubiere, el mayor valor o diferencia resultante entre la que pague el otrora I.S.S. y la que está a su cargo.

Por otra parte, tenemos que en la Resolución No. 00008362 del 22 de julio de 2011, emanada del ISS hoy COLPENSIONES, mediante la que se le reconoció pensión de vejez a la señora IVONE SOBRINO SARMIENTO, a partir del 06 de diciembre de 2.009; así mismo, en el parágrafo segundo del artículo primero de la citada resolución, dispuso que el valor del retroactivo pensional generado por valor de \$49.151.608, se dejaría en suspenso, hasta tanto la justicia ordinaria dirimiera a quién le correspondería el derecho del mismo.

De igual forma se observa que la señora IVONE SOBRINO SARMIENTO, cumplió los requisitos para la pensión de vejez el 06 de diciembre de 2.009, pero la hoy demandada COLPENSIONES (antes I.S.S.) sólo vino a reconocer la pensión de vejez el 22 de julio de 2.011, mediante la plurimencionada Resolución No. 00008362 y en cuantía inicial de \$2.290.418.00

Así mismo, que la EMPRESA DISTRITAL DE COMUNICACIONES DE BARRANQUILLA, continuó pagando de forma completa la pensión de jubilación a la hoy demandante IVONE SOBRINO SARMIENTO, cuando de acuerdo con la Ley o norma que regula la compartibilidad, desde el 06 de diciembre de 2.009, sólo estaría a su cargo el mayor valor dejado de pagar por el ISS hoy COLPENSIONES.

Así las cosas, como el empleador en aras de no perjudicar a su ex trabajador siguieron pagando unos dineros por mesadas jubilaria, a la que no estaba obligado, es apenas obvio y justo que el retroactivo, o sea, las mesadas dejadas de pagar por el riesgo de vejez por parte del ISS hoy COLPENSIONES, pero que, si fueron pagadas por jubilación, correspondan al empleador.

Para reforzar la anterior conclusión, esta colegiatura considera necesario traer a la palestra lo argüido por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, alta magistratura que en sentencia fechada 20 de abril de 2.016, Rad. No. 45076, M.P: RIGOBERTO ECHEVERRI BUEN014, al resolver un asunto similar al sub-judice, sostuvo:

"...La censura considera que el retroactivo pensional lo pagó la demandada, al empleador jubilante, el cual es un tercero, sin que exista disposición alguna que lo faculte para tal fin y que, además, la compartibilidad pensional no autoriza al ISS a disponer libremente de los dineros del trabajador; frente a lo cual se aclara que no se puede confundir el retroactivo pensional, con la pensión misma, puesto que una vez definida la compartibilidad pensional, el valor de las mesadas pensionales cubiertas temporalmente por la empleadora, mientras el ISS asumió la pensión de



vejez, no le corresponden al demandante, así lo definió la Sala en la sentencia del 15 de junio de 2006, radicación 2731 y reiterada en la del 21 de noviembre de 2007, radicación 31891, la primera de las sentencias aludidas se expresó:

"De ahí que, la postura del Tribunal resulta sensata y no descabellada, toda vez que en puridad de verdad las sumas que el empleador cancela con posterioridad al momento en que comienza a operar el fenómeno de la compartibilidad, entre la pensión de jubilación que éste venía sufragando y la de vejez que reconozca el Instituto de Seguras Sociales, son las que en rigor debe cubrir la entidad de seguridad que asume el riesgo, debiendo volver lo pagado al patrimonio de la empresa una vez se formalice la subrogación.

Lo que significa, que conforme a la ley y a partir de la asunción del riesgo de vejez para el ISS, desaparece la obligación de la empresa jubilante de continuar cubriendo las mesadas pensionales a su extrabajador, quedando a su cuenta únicamente el mayor valor si lo hubiere entre las dos pensiones; luego, si lo hizo fue para proteger al pensionado.

Por consiguiente, como bien lo concluyó el ad quem, esos dineros del retroactivo cuando se está en presencia de pensiones compartibles y el empleador mantiene la cancelación de las mesadas no pertenecen propiamente al afiliado, siendo razonable que se disponga el giro de este concepto a quien lo cubrió periódicamente sin estar obligado a ello, lo que de plano desvirtúa la cesión de derechos y por ende la aplicación de/precepto legal que la prohíbe, además que con ello no se desconoce que el accionante sea el verdadero beneficiario del derecho pensional, cuyas mesadas continuará recibiendo a través de la entidad que legalmente le corresponde el pago." (Negrillas para enfatizar)

Siguiendo las orientaciones de la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Laboral- en los fragmentos jurisprudenciales transcritos, más de lo que se infiere de las pruebas reseñadas, no hay duda, que como se anotó en líneas anteriores, el retroactivo a que se refiere la Resolución No. 00008362 del 22 de julio de 2011, emanada del ISS hoy COLPENSIONES, el cual asciende a la suma de \$49.151.608.00, corresponde a la empleadora –EMPRESA DISTRITAL DE COMUNICACIONES DE BARRANQUILLA.

Ahora bien, con relación a los fundamentos esgrimidos por la apoderada judicial de la demandada Colpensiones en su recurso, al considerar que se debe declarar probada la excepción de compensación al haberse ordenado el pago del retroactivo adeudado a la Dirección Distrital de Liquidaciones, es del caso señalar que, se allegó al plenario copia de la Resolución VPB 38359 del 28 de abril de 2015- Ver Pdf 04ActoAdministrativo, Carpeta 2Instancia Exp. Dig-, en la cual se ordena el pago del retroactivo objeto de debate, no obstante, esta no contaba con la constancia de notificación a la parte demandante y a quien le asiste interés en la expedición del referido Acto Administrativo, como tampoco constancia de su pago.



En virtud de lo anterior, esta Sala mediante auto adiado 25 de marzo de 2.02215 ordenó la incorporación al expediente de la Resolución VPB 38359 del 28 de abril de 2.015 y oficiar a Colpensiones a efectos de que acreditara la notificación que de ella se hubiere efectuado a la DIRECCION DISTRITAL DE LIQUIDACIONES DE BARRANQUILLA, en su calidad de sucesora de la E.D.T EMPRESA DISTRITAL DE TELECOMUNICACIONES DE BARRANQUILLA, así mismo se allegara constancia de inclusión en nómina del pago de retroactivo dejado en suspenso a favor de dicha entidad.

Ante el requerimiento efectuado por la Sala, Colpensiones allegó respuesta, manifestando que en el periodo de mayo de 2.015 ingresó en la prestación la Resolución No. 38359 del 28 de abril de 2.015, correspondiente al retroactivo a favor de la entidad EMPRESA MUICIPAL DE TELEFONOS DE BARRANQUILLA, girada a la fiducia con NIT 830053105 a través de la cuenta del Banco Popular 220220120398 por un valor total de \$136.301.915 dentro del cual se encuentra incluido el retroactivo de la pensionada IVONNE SOBRINO por valor de \$49.151.608. -Ver Pdf 21RespuestaColpensiones, Carpeta 2Instancia tfxp. Dig-.

Adicionalmente, se allegó certificación por parte de la DIRECCIÓN DISTRITAL DE LIQUIDACIONES- suscrita por el Jefe de oficina jurídica y gestión Humana de la DDL- Ver Pdf 53Certificadolvonne Carpeta SegundaInstancia, Exp. Digital-, en la que hace constar:

"La señora IVONNtf SOBRINO SARMIftNTO identificada con la cédula de ciudadanía No. 22.632.672 se encuentra incluida en nómina de pensionados del Patrimonio Autónomo Pensional de la tftxtinta tftmpresa Distrital de Telecomunicaciones de Barranquilla S.A, devengando una mesada pensional compartida con la pensión legal de vejez reconocida por COLPENSIONES desde el mes de octubre de 2011, percibiendo por parte de este Patrimonio Autónomo Pensional solamente el mayor valor suscitado entre ambas prestaciones valor que a la fecha asciende a la suma de SETESCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$788.335)"<subrayas y negrillas fuera de texto>

Por lo tanto, en atención a los requerimientos realizados a la parte demandante, por este cuerpo colegiado, a través de providencias del 19 de octubre de 2022, 23 de enero de 2023 y 7 de julio de 2023, se tiene por acreditado el pago del retroactivo pensional dejado en suspenso por la suma de \$49.151.608, en el ciclo 2015-06, ordenado a través de la Resolución No VPB 38359 del 28 de abril de 2015, con ocasión a la pensión de vejez de la señora IVONNE MARIA SOBRINO SARMIENTO.

Así las cosas, conforme las certificaciones aportadas por la demandante, en la cual NO se opone al pago alegado por la demandada, por el contrario, se afirma que, en efecto, las razones que motivaron a iniciar el reclamo judicial, han sido objeto de pago, fuerza concluir que a la data, la demandada -Colpensiones- no adeuda suma alguna por concepto de retroactivo pensional dejado en suspenso con ocasión al reconocimiento



pensional que se hubiere hecho a la señora IVONNE MARIA SOBRINO, en virtud del pago realizado en el mes de mayo del año 2015.

En ese orden de ideas, si bien el retroactivo pensional dejado en suspenso por la demandada COLPENSIONES, le corresponde al empleador EDT- aquí DIRECCIÓN DISTRITAL DE LIQUIDACIONES, este ya se encuentra girado y pagado a su favor, conforme se acredita con la prueba sobreviniente allegada al proceso, por lo que no es procedente ordenar su pago, pues ello conllevaría a un enriquecimiento sin causa y a un doble pago, sino únicamente se deberá declarar que dicho retroactivo le correspondía al empleador jubilante conforme se indicó en líneas que anteceden, consecuentemente se impone MODIFICAR la sentencia apelada y consultada, en el sentido antes indicado - Ver Pdf 01Expediente Pág.63 Carpeta Segunda Instancia, Exp. Digital.

En cuanto a la condena por intereses moratorios, se impone su revocatoria en atención a que la demandada actuó en derecho disponiendo que dicho retroactivo pensional quedaría en suspenso hasta tanto la justicia ordinaria definiera en favor de quién se debía girar, en virtud de tratarse de una pensión de vejez de carácter compartida con el empleador. Y en todo caso, el pago lo realizó en el ciclo 2015-06, ordenado a través de la Resolución No VPB 38359 del 28 de abril de 2015 por la suma de \$49.151.608, lo que es indicativo que no se configuró mora alguna." (**Magistrada Sustanciadora Dra. Rozelly Edith Paternostro Herrera, Agosto 24 de 2023, Radicado Interno No. [71.030](#)**)

SALA PENAL

PORTE ILEGAL DE ARMAS- Existencia del delito/ Cadena de custodia/ **IN DUBIO PRO REO-** Inaplicabilidad/ **CONDICIONES DE MARGINALIDAD-** Como disminuyente punitiva: Debe acreditarse la totalidad de los requisitos legales

"Tal y como ha quedado expresado, la censura del apelante a la sentencia revisada se centra en dos aspectos fundamentales que analizaremos por separado en procura de una mejor exposición de nuestros planteamientos.

El primer problema jurídico hace relación a la duda que existe (según el apelante) respecto a que el arma objeto material del delito, alegada en juicio, haya sido la misma que se le incautó al procesado, porque según su entender el agente captor no inició el procedimiento de cadena de custodia en el lugar de los hechos, sino en las instalaciones de la URI, con la excusa de que el lugar era muy peligroso.

Naturalmente si no se tiene certeza de que la evidencia que se llevó al juicio es la misma hallada al procesado, por obvias razones se desvanece el edificio de responsabilidad del procesado, como quiera que los elementos estructurales del porte ilegal de armas, no se puede predicar con seguridad del actuar del ahora acusado.

Luego el verdadero problema jurídico en este caso es establecer si el arma de fuego que se dice se halló en poder del acusado, fue allegado al juicio



como prueba de la existencia del delito. La respuesta a ese interrogante es positiva a juicio de la sala.

En efecto, en el actual sistema de enjuiciamiento, sólo es prueba la que se practica o se introduce en el juicio oral; de ahí que lo que haya acontecido antes de ese estadio procesal, carece de vocación probatoria. Ahora bien, la esencia del delito descrito en el artículo 366 del Código de Penas, es el arma misma, elemento material probatorio que debe ser introducido como prueba al juicio oral para demostrar la materialidad del ilícito (No necesariamente tiene que ser presentada físicamente en el juicio oral, puede ser llevada a esa instancia a través de una fotografía como reza en art. 256 del C.P.P.) y constituye la piedra angular de cualquier proceso por este reato. No en vano ha dicho la Corte Suprema de Justicia en el rad 44741 del 18 de enero de 2017:

*“...Esa obligación material, en manera alguna puede ser obviada y mucho menos ser sustituida con predicados presuntivos como el de la buena fe y prudencia, cuando en realidad la existencia del arma de fuego constituye para el delito imputado el eje de la tipicidad de la conducta endilgada. “
Pues bien, ese elemento material probatorio si fue introducido en el juicio oral para ser tenido como prueba por parte de la judicatura, pues la Fiscalía a través de uno de los agentes captores introdujo el acta de incautación del elemento decomisado, lo que da suficiente evidencia de la existencia del objeto material del delito por el que se juzgó al ahora sentenciado.”*

Ahora bien, la defensa pone en tela de juicio que el arma incautada sea la misma que se trajo a juicio, pues no se hizo una fijación fotográfica en el lugar ni se inició la cadena de custodia in situ; sino después en la URI:

La forma más idónea de demostrar que el arma de fuego encontrada al procesado fue la misma que se llevó a juicio, y por ende la autenticidad y mismidad del arma, es mediante la cadena de custodia, que daba cuenta de quien recogió el artefacto y a quien se le entregó; o cuando quien la incautó la reconoce en juicio oral; y es precisamente lo que muy claramente ocurrió en este caso, en el que el agente captor, señaló como se incautó el arma y siendo que declaró quien la incautó esta en plenas condiciones de dejar sentada la mismidad de ese elemento material de prueba.

Para la sala es irrelevante el que no se haya embalado y rotulado el arma en el lugar de su aprehensión ya que a pesar de ello si se puede decir que la cadena de custodia si se inició en el lugar de los hechos cuando se realizó una de las conductas propias de esa labor como es la incautación de la misma. Cosa muy diferente es la documentación de la cadena de custodia (el registro escrito de la misma) la cual si se hizo en la URI.

Por lo antes expuestos, la Sala no encuentra que existan dudas sobre la existencia del delito y de la responsabilidad del acusado por lo que el indubio pro reo no es aplicable a este caso, dado que esa figura solo se aplica cuando se trate de dudas insalvables, lo que no es predicable del caso que ahora nos ocupa.



El segundo problema jurídico, se circunscribe a establecer precisar si al acusado se le debe o no reconocer la disminuyente punitiva consagrada en el art. 56 del código penal. Y respecto de ese tópico, desde ya la Sala anunciará que la sentencia apelada será confirmada, en la medida en que en este caso no había lugar a reconocer la disminuyente de la marginalidad en favor del acusado, por las siguientes razones.

El artículo 56 del Código Penal, explicita:

“El que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición.”

Del texto de esta norma se desprende que las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas hacen referencia a fenómenos concurrentes y concomitantes con la realización de la conducta punible. Por esa razón el artículo 56 señala que se debe realizar la conducta bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan contribuido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad.

Ahora bien, para que se aplique la gracia consagrada en el art. 56 del estatuto punitivo colombiano se requieren dos presupuestos que son:

- a) Que se demuestren situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas.
- b) Que se acredite que la situación de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible.

En el caso que nos ocupa, el primer presupuesto se encuentra debidamente acreditado, como quiera que fue objeto de estipulación entre la Fiscalía y la defensa, el hecho de que el señor BALMORE DE JESUS ALTAMAR ROJAS, C.C. No. 1.047.227.200, se encuentra en estado de marginalidad.

Sin embargo, el segundo requisito que es tan importante como el primero no fue objeto de estipulación y por lo tanto para que se reconociera la disminución de la pena debía ser acreditado por parte de la defensa y ello no ocurrió. Vale decir no se demostró que la marginalidad del acusado de alguna manera haya influido en el delito que cometió.

Y es que insistimos, la marginalidad, como tal, se traduce en la segregación, aislamiento o separación de la sociedad debido a una situación particular que soporta o ha soportado el activo de la delincuencia, pero su sola acreditación no habilita el reconocimiento automático de la gracia, toda vez que debe probarse igualmente el nexo existente entre marginalidad y el injusto cometido.



Así las cosas, no es cierto que la jueza de primera instancia haya ignorado las estipulaciones realizadas entre la defensa y la Fiscalía, solo que les dio su verdadero alcance, y como quiera que no se acreditó en debida forma uno de los requisitos que exige la ley para aplicar la disminución de penas solicitada, no había lugar a concederla.” **(Magistrado Sustanciador Dr. Demostenes Camargo de Avila, Radicado Interno: [2023 00089 P- CA](#)).**

VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA – En virtud del preacuerdo se cambió su participación de autor a cómplice/ **PRISIÓN DOMICILIARIA-Requisito objetivo:** No procede respecto del delito de homicidio en grado de tentativa

“4.- Dada la postulación del recurrente procede la Sala a determinar cómo problema jurídico, (i) si la pena que conlleva el cambio de calificación jurídica del delito como único beneficio del preacuerdo, impone al fallador valorar la tipificación más benigna para efectos de conceder los subrogados penales, (ii) en todo caso, verificar si los argumentos expuestos por la defensora tienen la virtualidad de socavar las consideraciones del Juez a quo para denegar al condenado la sustitución de la pena de prisión por la prisión domiciliaria.

5.- Sobre este particular observamos un giro en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte, pues en principio la alta Corporación prohijó la tesis que hoy enarbola el recurrente, en el sentido que, quien celebre preacuerdo con la fiscalía en donde como único beneficio se pacte degradar la conducta de autor a cómplice y/o se tipifique su conducta de tal manera que la pena sea inferior a la que correspondería por el delito cometido, tendría derecho a los beneficios y subrogados que se siguen de la nueva tipificación, veamos:

“En efecto, según se indicó por la Sala en dicha determinación, de un lado, “la aceptación de responsabilidad por parte del acusado por la vía... de un preacuerdo celebrado con la Fiscalía, no solo es vinculante para estos, sino también para el juez” y, de otra parte, cuando el implicado acepta su responsabilidad a cambio de que la Fiscalía degrade a cómplice la forma de concurrencia en la conducta punible, al juzgador le corresponde, además de condenarlo a ese título, «examinar la [procedencia de la] pena sustitutiva de prisión [domiciliaria por] la intramural] conforme a los extremos punitivos, mínimo y máximo, previstos para el cómplice», según lo concluyó recientemente la Corte, en CSJ SP, 24 feb. 2016, rad. 45736”.

Así las cosas, no cabe duda que la tipificación de la conducta plasmada en un preacuerdo válidamente celebrado, no solo vincula al juez al momento de dictar la sentencia, sino que al establecer la procedencia de la prisión domiciliaria en ese escenario, debe tener en cuenta la calificación fruto de aquella aceptación de culpabilidad consensuada.”

5.1.- Esta jurisprudencia fue reiterada por la Corte al precisar: De modo que frente a la Ley 906 de 2004, y en lo que toca con la manifestación de culpabilidad preacordada bajo una tipificación más favorable, el concepto «conducta punible», para efectos de establecer la



pena que se debe tener en cuenta cuando se analiza la concesión del sustituto de la prisión domiciliaria, es la pactada en el preacuerdo.

6.- La anterior posición de la Sala de Casación Penal de la Corte, ha sido modificada por esa Corporación. En efecto, la nueva jurisprudencia enseña que los acuerdos orientados a imprimir una calificación jurídica que no corresponde a los hechos, como cuando se pretende la condena a título de cómplice de quien claramente es autor, o una tipificación del delito más benigna, deben ser rechazados, salvo que sólo esté encaminada a la cuantificación de la pena a imponer; así se ha establecido en las decisiones SP2073-2020, rad. 52.227; SP3002-2020, rad. 54.039, SP2295-2020, rad. 50.659 y AP3211-2020, rad. 54.087, veamos9:

“... En contraposición, la Sala (CSJ SP2295-2020, rad. 50.659) ha clarificado que, si bien las partes pueden utilizar como herramienta de negociación una calificación jurídica diversa a la que legalmente correspondiente, ello ha de verse reflejado, en estricto sentido, en la imposición de la sanción penal, donde se concreta el beneficio, pero no en la declaratoria de responsabilidad penal.

Esa modalidad de preacuerdo, en los términos de la referida sentencia, reviste las siguientes características:

Se trata de la fijación de una pena “a partir de la alusión a normas penales más favorables (que no corresponden a los hechos aceptados)”:

En dicho proveído, la Sala diferenció los acuerdos orientados a imprimirle a los hechos una calificación jurídica que no corresponde (como cuando se pretende la condena a título de cómplice de quien claramente es autor, o se reconoce una circunstancia de menor punibilidad que no tiene soporte fáctico y probatorio), de aquellos que consisten en mantener la calificación jurídica que corresponde a los hechos, pero se hace alusión a otras normas penales con el único propósito de establecer el monto de la pena (a la luz del mismo ejemplo, el autor es condenado como tal, pero se le aplica la pena del cómplice).

Sobre este último tipo de acuerdos, en los que se respetan los hechos jurídicamente relevantes, la adecuación típica se identifica con estos, y la alusión a normas penales favorables al procesado tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja, la jurisprudencia de la Sala entiende que se regulan de la siguiente manera: (i) las partes no pretenden que el juez le imprima a los hechos una calificación jurídica que no corresponde, tal y como sucede en la modalidad de acuerdo referida en el párrafo precedente;

(ii) así, a la luz de los ejemplos anteriores, el autor es condenado como tal, y no como cómplice, y no se declara probado que el procesado actuó bajo la circunstancia de menor punibilidad –sin base fáctica-; (iii) la alusión a una calificación jurídica que no corresponde solo se orienta a establecer el monto de la pena, esto es, se le condena en calidad de autor, pero se le asigna la pena del cómplice – para continuar con el mismo ejemplo-; (iv) el principal límite de esta modalidad de acuerdo está representado en la proporcionalidad de la rebaja, según las reglas analizadas a lo largo de este



proveído y que serán resumidas en el siguiente párrafo y (v) las partes deben expresar con total claridad los alcances del beneficio concedido en virtud del acuerdo, especialmente lo que atañe a los subrogados penales (CSJ SP2073-2020, rad. 52.227).

Los debates relevantes, entonces, se centran en el monto de la rebaja, pues el hecho de establecer la misma a partir de la alusión a normas penales más favorables (que no corresponden a los hechos aceptados), puede dar lugar a descuentos punitivos desbordados.

7.- Más recientemente, en un asunto en el que se suscitó idéntica controversia a la que, hoy concita la atención de esta Corporación, la Sala de Casación Penal de la Corte, luego de connotar su actual y reiterada postura fijada en el proveído CSJ SP2073-2020, 24 jun. 2020, rad. 52227, precisó:

Evidente resulta, entonces, que el acuerdo en manera alguna implicaba la variación de la calificación jurídica de la conducta sin base fáctica. Al aceptar los hechos jurídicamente relevantes, calificados por el ente acusador como un concurso delictual de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos, a cambio de conceder un beneficio punitivo por la vía de degradar la forma de participación en las anotadas ilicitudes, las partes actuaron en consonancia con la posibilidad legal de acordar un monto específico de pena.

Por tanto, el Tribunal no incurrió en la denunciada interpretación errónea del artículo 38B-1 del Código Penal, en la medida en que su razonamiento jurídico es consonante con los lineamientos jurisprudenciales aplicables a la modalidad de acuerdo que dio lugar a la declaratoria de responsabilidad penal.

De ese modo, la prisión domiciliaria no fue concedida debido al juicio negativo de subsunción en la hipótesis prevista en el precepto en cita, habida cuenta que el requisito objetivo consiste en que el mínimo de la pena legalmente previsto para el delito por el cual se emite sentencia sea igual o inferior a 8 años de prisión, no con base en la pena efectivamente impuesta. En el caso en cita, ambas conductas punibles por las que se profirió condena superan en su mínimo los 8 años de prisión.

En consonancia con lo expuesto, la censura no amerita ser estudiada de fondo en casación, pues, en manera alguna conduciría a modificar lo decidido en las instancias.

Al solicitar a la Corte que se revoque la negativa de la prisión domiciliaria, el recurrente implícitamente demanda que la declaratoria de responsabilidad penal sea modificada, a fin de sentenciar al acusado como responsable de los reatos en cuestión, en condición de cómplice.



Ello, como se vio, es intolerable a la luz de la intección actual de la jurisprudencia, pues tal opción corresponde a una modalidad prohibida de preacuerdos, al optar por una calificación jurídica que no corresponde a los hechos jurídicamente relevantes objeto de juzgamiento.

8.- En el sub lite ALBERTO JOSE MARIMON URBINA, celebró pre acuerdo con la Fiscalía como autor de la conducta punible de homicidio agravado en grado de tentativa, descritos en los artículos 103 y 27 del Código Penal, a cambio de que se le impusiera la pena prevista para el cómplice. Veamos lo reseñado por el señor fiscal al verbalizar el preacuerdo en audiencia realizada el 21 de julio de 2021:

Momento 1:03:44

El señor MARIMON URBINA identificado con la cédula (...) en presencia de su defensora con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena, obtener pronta y cumplida justicia, (...) manifiesta que es su deseo libre consciente y voluntario de declararse culpable del delito de homicidio en grado de tentativa señalado en el artículo 103 y 27 del código penal donde aparece como víctima de esta conducta, el ciudadano WALTER ARROYAVE BONNET identificado (...) reconociendo el señor ALBERTO MARIMON URBINA que la fiscalía general de la nación cuenta con los elementos materiales probatorios (...) en este caso para efectos de preacuerdo se degradará la conducta de autor a cómplice para efectos de la pena únicamente pero se condenará a título de autor, es decir, se ajusta el comportamiento del acusado a la complicidad, sin modificar la calificación jurídica (...).

9.- Lo anterior es enteramente procedente pues la calificación más benigna no soslaya la verdad, desde el punto de vista de que el procesado aceptó cargos como autor del delito que efectivamente cometió (homicidio en grado de tentativa en calidad de autor).

10.- En lo que NO tiene razón la recurrente es en señalar que el procesado debe responder por la condición de cómplice y por ello, al aplicarle la pena que para esta específica condición le asigna la ley penal, en materia de preacuerdos, que son los 52 meses que se le han impuesto, es esa y no otra la pena que corresponde tomar como base para establecer si procede o no conceder la sustitución de la prisión intramural, por la domiciliaria, pues en esta materia, según viene de verse en reiterada jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte, la nueva tipificación o la tipificación más benigna, solo es determinante para fijar la pena no así para lo que tiene que ver con subrogados penales.

11.- Desde esa perspectiva jurisprudencial, veamos si los argumentos expuestos por la defensora tienen la virtualidad de socavar las consideraciones del Juez a quo para denegar al condenado la sustitución de la pena de prisión por la prisión domiciliaria.

12.- Ab initio, debemos considerar que el instituto de la prisión domiciliaria, se encuentra establecido en el artículo 38 de la ley 599 de 2000 modificado



por el artículo 22 de la Ley 1709 de 2014¹² y el artículo 38 B adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, que a la letra dice: (...)

13.- Dicho esto, expresaremos, que en el sub lite el procesado no satisface el requisito objetivo de que trata el instituto en comentario, pues la pena mínima del delito de homicidio en grado de tentativa descrito en los artículos 103 y 27 del Código Penal, es la prevista de 104 meses de prisión que equivalen a 8.66 años, mientras que en el artículo 38 B ibídem, como se ve con claridad meridiana, se previó que este guarismo debe ser de ocho (8) años de prisión o menos, así fue resaltado de forma atinada por el Juez a quo en la sentencia de primera instancia.

14.- Al respecto, recordemos que la censura, arguye que, se condenó a su patrocinado ALBERTO JOSE MARIMON URBINA por la conducta punible homicidio agravado en grado de tentativa, descritos en los artículos 103 y 27 del Código Penal, pero se le impuso la pena prevista para el cómplice, por lo que relieves que, si la pena pactada en el preacuerdo se estableció en 52 meses de prisión, entonces, ese es el guarismo que se debe acoger para estudiar la viabilidad de conceder el subrogado en comentario.

15.- La Sala, por su parte, reitera que, el legislador y la jurisprudencia de las altas Cortes, claramente señalan que en esta materia debe considerarse la pena prevista por el legislador de forma abstracta.

16.- Aunado a lo anterior debemos decir que el procesado con asesoramiento de su defensor celebró preacuerdo con la fiscalía, en virtud del cual aceptó su responsabilidad por el reato endilgado en calidad de autor, a cambio y como único beneficio que, se variara el grado de participación de autor a cómplice, a fin de reconocer una rebaja de la pena de la mitad, fijándose ésta en 52 meses de prisión, en lo cual encuentra el penado una respuesta favorable a sus intereses desde el punto de vista de que se le impuso una menor pena a la del delito consumado, que no puede pretender ampliar hasta el punto de desconocer los requisitos objetivos previstos para la concesión del subrogado en comentario, pues esa interpretación no encuentra arraigo en el ordenamiento jurídico."

(Magistrado Sustanciador Dr. Luigui José Reyes Núñez, Radicado Interno: [2021-00143](#))

ARIEL MORA ORTIZ
Presidente

MARÍA MERCEDES BARRIOS BORRERO
Relatora