



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CIVIL**

Magistrado Sustanciador:

RICARDO ACOSTA BUITRAGO

Bogotá D.C., diecisiete (17) noviembre de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE	:	AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-
DEMANDADO	:	MAF INVERSINOES S.A.S.
CLASE DE PROCESO	:	EXPROPIACIÓN
MOTIVO DE ALZADA	:	APELACIÓN SENTENCIA

ASUNTO

Se ocupa la Sala de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Agencia Nacional de Infraestructura, ANI, contra la sentencia que profirió el Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá, el 7 de junio de 2022, dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

1. Con demanda radicada el 6 de agosto de 2018¹, la ANI pidió que **(i)** se decrete “por motivos de utilidad pública e interés social, la expropiación por vía judicial... de una zona de terreno, identificada con la ficha predial No. CCB-UF4-068-1 de fecha 17 de junio de 2016, elaborada por la CONCESIÓN COSTERA CARTAGENA BARRANQUILLA S.A, con un área de terreno requerida de 376,18 m2, determinada con la abscisa inicial K 107+345 I y abscisa final k 107 +558I, del predio identificado con la cédula catastral No. 0857301300000030010900000000 y matrícula inmobiliaria No. 040-433152...”; en consecuencia, **(ii)** “se ordene al Registrador de instrumentos públicos de Barranquilla abrir un nuevo folio de matrícula

¹ Archivo 01Demanda, carpeta 08001315301420180018800 - SALE X COMP.



inmobiliaria sobre el predio objeto de expropiación”; **(iii)** se determine como valor correspondiente a la zona de terreno, construcciones anexas, cultivos y especies del predio” mencionado, la suma de \$95 345 685,59, que corresponde al valor del avalúo elaborado por la Corporación Lonja de Propiedad Raíz de Barranquilla” el 25 de julio de 2016; **(iv)** se ordene la inscripción de la sentencia junto con el acta de entrega definitiva del bien inmueble; y **(v)** al tenor de lo dispuesto en el numeral 7º del artículo 399 del C.G.P., cancelar la oferta de compra que pesa sobre ese inmueble, “o cualquier otro gravamen, embargo o inscripción que recaiga sobre el área requerida”.

2. El Juzgado 14 Civil del Circuito de Barranquilla admitió la demanda el 14 de agosto de 2018. La sociedad demandada se notificó y se opuso al éxito de las pretensiones alegando “desacuerdo con el avalúo e indemnización por conceptos no incluidos”, “precio irrisorio – excepción sin indemnización adecuada”, “lesión enorme”; así mismo, alegó la “inaplicabilidad” del “avalúo realizado por la Corporación Lonja de Barranquilla”, lo objetó por “error grave” y alegó su “pérdida de vigencia”. Como otros “motivos de inconformidad”, alegó: “violación de los principios rectores de la actuación administrativa y particularmente de los principios de igualdad, imparcialidad, moralidad y transparencia”, “violación del principio de economía”, “precio comercial real del inmueble” y “la oferta es incompleta”². Aporto un dictamen realizado por el Colegio Inmobiliario de Barranquilla de fecha 19 de junio de 2016 avaluando el precio en \$303 662 276,60 (archivo 20informeperitaje).

En audiencia del 5 de junio de 2019 el juez decretó de oficio dictamen del IGAC (archivo 61, carpeta 08001315301420180018800 -

² 28ContestacionDemanda_02102018



SALE X COMP) y el 25 de febrero de 2021, esa autoridad judicial declaró su falta de competencia y ordenó la remisión del expediente para reparto entre los jueces del circuito de Bogotá. El 4 de junio de esa anualidad el Juzgado 7º Civil del Circuito avocó conocimiento del asunto.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Encontró legitimadas tanto a la demandante para acudir a la acción y a la convocada para resistir su pedimento, y acreditada la causal de expropiación previstos en la Ley 9 de 1989, modificada por la Ley 388 de 1997. No encontró elementos para resolver sobre el lucro cesante, sino exclusivamente frente al daño emergente, reconociendo el valor de la indemnización. Para ello, acogió el último dictamen aportado por el Instituto Agustín Codazzi porque proviene de la “entidad que por ley estaba llamada a dirimir el asunto” y que avaluó el inmueble por \$245 773 001, pero lo actualizó a la fecha de la sentencia, atendiendo a que fue emitido en la vigencia del 2018. En consecuencia, decretó la expropiación por motivos de utilidad pública e interés social, en favor de la demandante y dispuso el registro del fallo en el folio de matrícula inmobiliaria No.040-433152 y la apertura de uno nuevo para el área de terreno objeto de expropiación. Impuso a la ANI una indemnización a favor de MAF INVERSIONES S.A.S., por un valor de \$291 738 552.

Sobre las inconformidades de la pasiva consideró que no es la sede para discutir la falta de la ejecutoria de la resolución que ordenó la expropiación, amén que, en virtud del artículo 228 de la C.P., “se asume que el acto quedó ejecutoriado y que formalmente se reúnen los requisitos establecidos en la ley para la correspondiente expropiación”; advirtió “inane hacer una valoración” de las razones de desacuerdo



frente al avalúo aportado por la demandante en razón a que no fue acogido para tasar la indemnización.

RECURSO DE APELACIÓN

La ANI discutió **(i)** la capacidad jurídica de la persona que rindió el dictamen porque quien lo signó, MARITZA MAYORAL AZUERO, no dejó “constancia alguna que dé cuenta de su identificación y el número bajo el cual se encuentra inscrita en el Registro Abierto de Avaluadores – RAA”; por ende, no se encuentra habilitada por la Ley 1673 de 2013 para ejercer esa actividad; **(ii)** el avalúo adolece de varias irregularidades por lo que “no está llamado a ser valorado por el despacho”, siendo procedente aquel elaborado por la “Corporación Lonja Propiedad Raíz de Barranquilla”, pues cumple con los parámetros, procedimientos y características establecidas en la Ley 388 de 1997, Decreto 1420 de 1998, Resoluciones 620 de 2008, 88 de 2014, 1044 de 2014, entre otras.

CONSIDERACIONES

Reunidos todos los presupuestos procesales y sin causal alguna que invalide lo actuado, la Sala procede a emitir un pronunciamiento de fondo, el cual se centrará, primero, en verificar si le asistió razón a la ANI y el juez *a quo* debió tener en cuenta el dictamen pericial que aportó, en lugar del allegado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, al no acreditar el registro en el RAA quien lo firmó; y segundo, determinar si se presentaron las falencias anotadas por la apelante para que sea su experticia la que deba utilizarse con fin de determinar el valor de la indemnización que le corresponde a la demandada.



2. Como no está en discusión la procedencia de la expropiación ni la ejecutoria de la resolución que la ordenó por motivos de utilidad pública, pues el recurso de la demandada se declaró desierto, el tribunal solo cuenta con competencia para estudiar los dos puntos que discutió la ANI.

3. En el tema de la falta de capacidad jurídica de la persona que rindió y suscribió el informe, la ANI invocó la Ley 1673 de 2013, que “tiene por objeto regular y establecer responsabilidades y competencias de los evaluadores en Colombia” y creó el Registro Abierto de Evaluadores, el cual se conoce por sus siglas “RAA” y está a cargo y bajo la responsabilidad de las Entidades Reconocidas de Autorregulación.

No obstante, sin mayor discusión se anticipa que en la audiencia del numeral 7º del artículo 399 del C.G.P., la profesional convocada en representación del IGAC manifestó “yo cuento con RAA como evaluadora, mi aval 37626935, con categoría número 13” (min. 41:06); ante la insistencia de la abogada demandante sobre el punto, explicó “yo trabajo para el IGAC, internamente se manejan unos formatos,... dentro del formato no se colocaba el numero RAA, esa modificación entró por tema de control de calidad en diciembre de 2021 y a partir de esa fecha todos los avalúos que salen con nuestras firmas deben llevar el código RAA, pero yo puedo anexar el certificado RAA para la fecha en que se presentó el avalúo” (min. 45:33).

Y si fuera poco, como se trata de un registro público con la información del aval se puede verificar su inscripción, que en efecto arroja lo siguiente³:

³ Imagen tomada de <https://www.raa.org.co/>, en consulta realizada el 31 de octubre de 2022



Confirmar Avaluador

Esta consulta no sustituye la obligación del avaluador de demostrar su calidad, a través de la certificación de inscripción (Art. 2.2.2.17.3.5 del Decreto. 1074 de 2015).

AVAL-37626935

REVISAR

MARITZA LIZBETH MAYORAL AZUERO

Corporación Autorregulador Nacional de Avaluadores - ANA Activo

Fecha de registro: 01 de Agosto de 2017

Código: AVAL-37626935

Fecha de Aprobación: 31 de Agosto de 2017

4. En cuanto a la censura sobre los aspectos técnicos del avalúo aportado como prueba de oficio se advierte lo siguiente.

Contrario a lo disputado en la apelación, la ingeniera catastral y geodesta del IGAC, explicó que la variación entre los dos dictámenes correspondía al método utilizado, “ellos utilizan el método de mercado, pero como el [auxiliar] lo reconoce, el predio es un predio urbano, las ofertas que ellos utilizaron para comparar son predios rurales, son fincas, por eso la diferencia del valor en el metro cuadrado. Nosotros IGAC, realizamos el método residual, precisamente se utiliza para predios de grandes extensiones... lo que se hace es realizar un proyecto en el que se estiman unas ventas, de acuerdo con lo que se encuentra en la zona.... se estima el proyecto, se evalúa la construcción, todos los costos en que se incurre, luego de que se estima el valor de las ventas, se resta el valor de los costos, da un valor neto que se divide por el área, ese valor se llama ‘valor de terreno en bruto’ y ese sería el valor asignado al inmueble. Esa es la diferencia entre los dos dictámenes” (41:29).

Así que no tiene razón la apelante cuando alega que la elección del método no puede “reducirse a un simple acto de



discrecionalidad del evaluador” (numeral 2.2., dentro del acápite “2. Sobre los aspectos técnicos del avalúo rendido de oficio por el IGAC) y que el elegido por el IGAC correspondió “a su criterio, sin dar explicación alguna sobre su conveniencia y pertinencia técnica” (numeral 2.3. ib.).

Es más, la profesional continuó exponiendo, “utilicé el método residual... permitido por la Resolución 620 del Agustín Codazzi... lo utilizo por dos condiciones explícitamente, una porque el predio es urbano... donde puede utilizarse el método comparativo y el residual, pero este predio tiene una connotación: es que su área es muy grande, tiene casi hectárea y media, un poquito más de quince mil metros cuadrados, por ello no puede ser comparado directamente con un predio de 72 metros o 200 metros, que son predios tipo que tu encuentras en un municipio, por ello mismo se utiliza el método residual... ir un poco más allá y determinar cuánto vale un inmueble en el momento en que se realice su desarrollo como lo permite el POT... Efectivamente, el certificado de uso que expidió planeación municipal para la realización del avalúo... dice que entre los usos principales del inmueble están los institucionales, los comerciales y los residenciales. Dentro de los residenciales dice que se puede construir unifamiliar o conjuntos... estima las cesiones obligatorias... como áreas, verdes, comunes... cual es la altura máxima de ese conjunto... Todo está especificado en el POT, precisamente el método residual se utiliza aplicando todas esas normativas... para llegar al valor del terreno en bruto...” (min. 46:35).

Ahora bien, el método residual aplicado a la valoración comercial del predio implica para “establecer el valor comercial del bien, normalmente para el terreno, a partir de estimar el monto total de las ventas de un proyecto de construcción, acorde con la reglamentación



urbanística vigente y de conformidad con el mercado del bien final vendible, en el terreno objeto de avalúo” (art. 4, Resolución 620 de 2008 IGAC). Precisa la norma que: “para encontrar el valor total del terreno se debe descontar al monto total de las ventas proyectadas, los costos totales y la utilidad esperada del proyecto constructivo. Es indispensable que además de la factibilidad técnica y jurídica se evalúe la factibilidad comercial del proyecto, es decir la real posibilidad de vender lo proyectado” (ibidem). Y el precepto citado concluye diciendo: “Este método (técnica) debe desarrollarse bajo el principio de mayor y mejor uso, según el cual el valor de un inmueble susceptible de ser dedicado a diferentes usos será el que resulte de destinarlo, dentro de las posibilidades legales y físicas, al económicamente más rentable, o si es susceptible de ser construido con distintas intensidades edificatorias, será el que resulte de construirlo, dentro de las posibilidades legales y físicas, con la combinación de intensidades que permita obtener la mayor rentabilidad, según las condiciones de mercado” (parágrafo, ib). El artículo 15 de la resolución señala que “la estimación del precio de un terreno en bruto, cuando por las condiciones del mercado no se pueda estimar directamente, se calculará partiendo del valor del terreno urbanizado”.

Luego, si la valuación hecha en el año 2019 ocurre cuando “ya se realizó la ejecución de la obra vial para la cual fue requerido el predio con ficha predial CC6-UF4-068-1”, al determinar “el avalúo al año 2018”, la funcionaria del IGAC designada sólo podía acudir a “recrear las condiciones tanto positivas como negativas que influían en la época al predio objeto de estudio, además factores que adicionalmente permiten establecer posibles perjuicios” (pág. 19, ib). Luego, era pertinente la aplicación, principalmente del método residual, pero sin dejar de lado las otras metodologías como se aprecia en el mismo trabajo de la experta (numerales 8, 11.1 págs. 17, 21 a la 28,



ib). Entonces, por disposición reglamentaria del IGAC, el método residual es ajeno a un proyecto, o un desarrollo urbanístico proyectado o aprobado por la autoridad municipal e, incluso, a la existencia de un desarrollo en curso, pues lo que se valora es el *"mayor y mejor uso"*, según que el inmueble sea *"susceptible de ser dedicado a diferentes usos... dentro de las posibilidades legales y físicas"*; con otras palabras el *"económicamente más rentable, o si es susceptible de ser construido con distintas intensidades edificatorias"*. De allí que la experta haya dicho que con este método se trata de "ir un poco más allá y determinar cuánto vale un inmueble en el momento en que se realice su desarrollo como lo permite el POT".

Por regla general la reparación al expropiado debe ser justa más que integral, como lo ha precisado la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad, el método residual es una técnica que busca precisamente lo justo del valor del área sujeta a la afectación lo que no quiere decir que abarque la indemnización integral de los perjuicios si en mente se tiene que ninguno de los avalúos estimó el lucro cesante, limitándose al daño emergente, representado en el cálculo del metro cuadrado de terreno (inc. 2 del art. 37, Ley 1682 de 2013). Véase cómo en el dictamen del 25 de junio de 2016, aportado por la ANI, la Lonja de Propiedad Raíz de Barranquilla, utilizando el método comparativo para el terreno y el de costo de reposición para "anexos constructivos, mejoras, cultivos y especies vegetales", estimó un valor ajustado de \$249 750 metro cuadrado. Y como la demanda sólo se presentó en agosto de 2018, el aportado por MAF Inversiones S.A.S., fechado el 19 de junio de 2018, lo valoró en \$807 226, bajo la metodología residual. Pero, el realizado por el IGAG, combinando las metodologías y recreando las condiciones que rodearon el predio para la época de la Resolución de expropiación y la presentación de la demanda, como se le ordenó, terminó por avaluarlo en \$652 209 pesos,



a lo que le sumó el valor de los anexos (cerca por \$19 339) y especies vegetales (árboles por \$405 680), estos dos últimos valores similares en la experticia de la Longa (cerca por \$24 730 y árboles por \$1 370 000).

De esta forma decaen los reparos que discuten que la auxiliar no haya dejado “expresa constancia que las condiciones del mercado no le permitieron estudiar directamente el precio del bien objeto de expropiación. Lo anterior con el fin de poder aplicar el método residual” (2.4. y 2.5. ib). La censora advirtió que en el avalúo aportado con la demanda sí existen ofertas del inmueble comparables, por lo que no es dable que se permita utilizar el método residual” (numeral 2.4 ib), pero la perito del IGAC también utilizó ‘ofertas comparables’; así lo explicó la profesional: “la primera fase del método residual es la oferta de mercado... uno para definir cuál es el producto que se está comercializando en esa zona... casas -nph-, o sea no propiedad horizontal, un loteo simple... o si lo que se está ofreciendo en la zona son conjuntos de gran altura, con determinado estrato y características, eso me lo dice el mercado. Y dos, se utiliza para saber en cuánto se está ofreciendo ese producto. Para el caso se estaban ofreciendo conjuntos de 20 pisos de altura, con buenos acabados... apartamentos en propiedad horizontal... el mercado se usa para determinar cuánto es el valor para ese tipo de inmuebles... para poder realizar el método y proyectar unas ventas sobre ese mercado que ya se encontró” (min. 49:28).

La abogada de la ANI preguntó por qué las ofertas se encuentran alejadas del sector en el cual se encuentra ubicada el área de expropiación, pero la experta contestó: “para realizar la comparación... siempre debo buscar predios cerca o... en sectores comparables, precisamente... muy cerca al inmueble se encuentran



predios que son dotacionales, eso quiere decir colegios, universidades, iglesias... también hacia la parte posterior colinda con un centro comercial, pero para este inmueble le prohíbe el uso comercial de ese tipo, de grandes superficies. No utilicé el tema dotacional... pero los valores... difieren un poco, son más bajos que si yo vendo o hago un proyecto residencial... el método precisamente lo que busca es desarrollar el mayor y mejor uso que puede soportar ese tipo de terrenos" (min. 51:12 y ss).

Afirmó la apelante que esas ofertas "están alejadas del sector en el cual se encuentra ubicado el bien objeto de expropiación" (numeral 2.6. ib.), pero no demostró de forma alguna su dicho. En audiencia lo disputó el IGAC así: "Las ofertas no están alejadas, están en este mismo sector... en realidad las ofertas si las ubican están cerca del inmueble que es objeto del dictamen..." (min. 52:42).

También disputó la recurrente que se tomaron proyectos que contemplaban la construcción de torres de 22 pisos, cuando "según la norma aplicada... la máxima altura es de 20" (2.10. ib). Pero la explicación la había dado la evaluadora en su declaración: "los POT tienen unas 'gabelas'... si yo cedo para zonas verdes... o algún dinero para temas de conservación de una ronda o de un humedal... yo puedo obtener una mayor altura... cuando uno desarrolla el proyecto puede llegar a decir doy un poco más y me permiten... más altura... Lo que hace uno es mirar si compensa el hecho de incurrir en un gasto adicional que me permitan realizar uno o dos pisos más... El POT para ese predio el máximo de altura eran 20 pisos, pero yo puedo dar una altura mayor si genero o si incurro en unos costos adicionales para que planeación me permita realizar más pisos..." (min. 54:22 y ss).



Sin embargo, que para la aplicación del método residual se haya comparado el predio tomado en cuenta proyectos aledaños de 22 pisos no quiere decir que ese fuera el parámetro para el avalúo. Claramente dice el escrito pericial, al explicar los “costos de construcción”, que “se costea la construcción de un edificio para vivienda de 20 pisos, 2 ascensores en estructura industrializada tipo túnel, con 4 unidades de vivienda por planta” (pág. 26, archivo 77InformeEvaluopredioDenominado_06022020).

En cuanto a la norma aplicada por el IGAC, Acuerdo No 13 del 5 de diciembre de 2017, que según la ANI dio resultados “dispares” entre las experticias (numeral 2.9. ib), porque “el caso que nos ocupa es el Decreto 0283 de 2008 mediante el cual se adoptó el PBOT del Municipio de Puerto Colombia, por cuanto era el vigente al momento de la notificación de la oferta formal de compra, esto es, 14 de marzo de 2017”, dijo la profesional, “Yo lo que hago en ese tema normativo... describo cuál es la normatividad que rige en este momento en el municipio de Puerto Colombia, pero hago la claridad o más bien coloco la certificación del uso del suelo que expidió planeación... Ahí está escrita toda la normatividad urbanística que rige Puerto Colombia y todos los decretos o acuerdos que se han otorgado... con respecto a ese tipo de reglamentaciones urbanísticas, pero si tu revisas todo, la ficha reglamentaria, los usos principales... todo eso es, estrictamente o tácitamente, tomado del certificado de uso del suelo expedido por la Oficina... de Desarrollo Territorial... que fue expedida el 17 de febrero de 2017...” (min. 56:30). Pero, si me miran bien las cosas, cuando se decretó la prueba oficiosamente el 5 de junio de 2019 y se libró el oficio 0914 del 25 de junio de 2019, lo que expresamente solicito el juez fue “determinar i) el valor comercial del metro cuadrado del terreno que se ubica en la carrera 30 N° 1- 1842 sobre la vía que conduce de Barranquilla a Puerto Colombia- Carrera 46 lado norte coordenada



11.0157 56-7 4.865702, y partiendo de este valor, calcular la equivalencia en pesos de un área de 376.18 mt², para el año 2018” (archivo 65OficioInstitutoGeografico_25062019).

Y aunque la perito no tenía otra opción para elegir la norma, cabe advertir, que su declaración estuvo referida al certificado de uso de suelo que aparece en el avalúo, correspondiente a la “Revisión general del POT 2017” y la “ficha reglamentaria” que expidió la Secretaría de Desarrollo Territorial del Municipio de Puerto Colombia (págs. 10 a la 13, ib), que en poco difiere del “certificado de alindramiento”, también emitido por el Municipio, con base en el Decreto 283 de 2008⁴, que fue aportado con el avalúo realizado por la Corporación Colegio Inmobiliario de Barranquilla (págs.- 8 a la 11, archivo 20InformePeritazgo). Situación que tampoco resulta discutible si se revisa que la oferta de compra se registró el 22 de marzo de 2017 (anotación 4 del folio de matrícula inmobiliaria No. 040-433152 (archivo 04CertificadoTradicion), pero, según el demandante, el acto administrativo que dispuso la expropiación fue la Resolución 0896 del 24 de mayo de 2018, notificada el 22 de junio y ejecutoriada el 25 siguiente (hechos 15 al 19), razón por la cual la demanda sólo se presentó el 6 de agosto de 2018 (archivo 21ActaReparto_06082018), dentro del término del num. 2 del artículo 399 C.G.P.

Del anterior recuento se advierte, primero, que las inconformidades de las que, en criterio de la ANI, adolece el dictamen del IGAC, no encuentran sustento en el criterio profesional del evaluador, miembro de la Corporación Lonja de Barranquilla, y coordinador del proyecto, que compareció a la audiencia del artículo

⁴ Compiló en un solo cuerpo, la revisión adoptada mediante el Acuerdo 010 de 2008, el Estatuto de Normas Urbanísticas Específicas y el Estatuto de Normas Específicas del Componente Rural del Municipio de Puerto Colombia.



399 del C.G.P. pues indicó, respecto de las diferencias en el resultado del avalúo de la Lonja, frente al aportado por el demandado, como el rendido por el IGAC, que “no conozco el informe donde se llega a ese valor tan alto... Desconozco la forma cómo se elaboró el avalúo para llegar al valor” (min. 24:08) ni podía explicar el porqué de la diferencia con las otras dos experticias aportadas; y segundo, que todos los reparos sustentados corresponden a las mismas preguntas que le formuló en esa vista pública a la ingeniera del IGAC, aspectos que ella absolvió. Por tanto, no encuentra la Sala razones para menospreciarlo. En resumen, no aparece acreditado que el dictamen de la entidad se alejara de lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto 1420 de 1998 sobre los parámetros que influyen en la determinación del valor comercial (la reglamentación urbanística, valores unitarios para las diferentes características del terreno, estratificación socioeconómica y destinación económica del bien, entre otros) ni de las operaciones definidas en la Resolución 620 de 2008 del IGAC.; tampoco que hubiera desconocido que el valor comercial se determinaba teniendo en cuenta “la reglamentación urbanística municipal o distrital vigente al momento de la oferta de compra”, tal como lo dispone el artículo 37 de la Ley 1682 de 2013, modificado por el artículo 6° de la Ley 1742 de 2014, es decir, establecer el valor del bien bajo la norma urbana vigente a la fecha de la oferta, pero no con el valor que tendría en esa época pretérita, pues, como se explicó, el PBOT revisado para el año 2017 no varió sustancialmente la reglamentación contenida en el Decreto 283 de 2008, que compiló las contenidas en el Acuerdo 10 del mismo año, Estatuto de Normas Urbanísticas Específicas y el Estatuto de Normas Específicas del Componente Rural del Municipio de Puerto Colombia.

Entonces, para la Sala, no es suficiente plantear en sede de alzada, desacuerdos o inconformidades con la experticia institucional, menos cuando se observa que este proceso se rige por el Código



General del proceso, teniendo en cuenta la fecha de presentación de la demanda, el 6 de agosto de 2018. El artículo 399 de esa codificación, en su numeral 3º establece que a la demanda deberá acompañarse un avalúo de los bienes objeto de la declaración de expropiación y en el 6º que, en caso de desacuerdo por parte del demandado con el valor de la oferta deberá aportar uno elaborado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi o por una lonja de propiedad raíz, lo que no se opone a que el juez pueda ordenar esa experticia a la entidad oficial, como aconteció en este caso, acudiendo a las facultades oficiosas que el código le otorga en materia probatoria (art. 170 C.G.P.).

Sobre esa exigencia dijo la Corte Suprema de Justicia, "(...) *se aprecia, que el legislador quiso brindar mayor seguridad en la fuente de quien rendiría el experticio con la objetividad de un cuerpo agremiado o por un funcionario del Instituto Geográfico Agustín Codazzi - IGAC, pues de lo contrario habría bastado que la norma señalara que se allegará aquél de cualquier modo como los que se rigen por el régimen general cobijados por el artículo 226 del Código General del Proceso, objetividad que además se refuerza en que éste no quedará sometido a las instrucciones o conveniencias de quien lo sufraga, «máxime cuando el interés público está de por medio, como acontece en los procesos de expropiación, cuya indemnización se limita al perjuicio real que se causa por la pérdida del bien a expropiar, según el principio ubi expropriatio ibi indemnitas, es decir es una indemnización compensatoria, más no especulativa o hipotética, así se desprende de la norma referida cuando dispone que la objeción al avalúo aportado por la demandante, se puede hacer para manifestar el desacuerdo con el mismo daño emergente y/o por conceptos no*



incluidos, como por ejemplo ostentar una explotación comercial fuente de ingresos, que representarían un lucro cesante (...)”⁵.

De acuerdo con la argumentación agotada, se confirmará la sentencia de primer grado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala Primera Civil de Decisión, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **RESUELVE** CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 7º Civil del Circuito de Bogotá, el 29 de junio de 2022.

Se condena en costas por la segunda instancia a la parte apelante.

En firme esta decisión, devuélvase el expediente al despacho de origen, para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE

⁵ CSJ, STC13162-2018, 10 oct. 2018, rad. 02887-00, citada en STC1241-2019, 8 feb. 2019, rad. 00095-00, entre otras.

Firmado Por:

Ricardo Acosta Buitrago
Magistrado
Sala Civil Despacho 015 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Marco Antonio Alvarez Gomez
Magistrado
Sala 006 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,
Firma Con Salvamento De Voto

Jesus Emilio Munera Villegas
Magistrado
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3102cbad76110eb1abe4aeaa8a0b6d373b08f4b9d87717f6f43241b5851d1e79**

Documento generado en 17/11/2022 11:58:30 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL**

Bogotá, D.C., diecisiete (17) noviembre de dos mil veintidós (2022).

En virtud de la condena en costas a la parte demandante se fijan como agencias en derecho la suma un salario mínimo legal mensual vigente, conforme con el numeral 2.1 del artículo 5º del Acuerdo 10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

CUMPLASE,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

Declarativo
Demandante: Luz Mary Hoyos Herrera
Demandados: Hayuelos Centro Comercial
Rad. 008-2020-00189-01

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C. diecisiete de noviembre de dos mil veintidós

Se adiciona el auto emitido el pasado quince de noviembre, en el sentido de precisar que, por las razones allí consignadas, también se niega la solicitud de la parte demandada para que se declare desierta la apelación de los accionantes.

Notifíquese.

LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado

Firmado Por:
Luis Roberto Suarez Gonzalez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **15334951aa1914a66786b3aa2fba7da5ae364ee1cd76e927ba18fff25122863c**

Documento generado en 17/11/2022 03:16:22 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala civil

Bogotá, D. C., diecisiete de noviembre de dos mil veintidós

Radicado: 1100 1310 3012 **2017** 00745 01 - Procedencia: Juzgado 12 Civil del Circuito.
Verbal (post. Ejecutivo): William Ernesto Hosman vs Fuczia Construcciones Sas y otros.
Asunto: Apelación auto que negó parcialmente el mandamiento de pago.

1. Se resuelve el recurso subsidiario de apelación interpuesto por la parte ejecutante contra el auto de 13 de septiembre de 2021, mediante el cual se negó parcialmente el mandamiento de pago –intereses moratorios-, dentro de la ejecución que se inició posterior a la sentencia que el a-quo emitió en proceso declarativo. La impugnación se concedió en proveído de 25 de mayo de 2022.

2. Para resolver se pone de presente que mediante sentencia de 26 de marzo de 2019 –en firme-, el a-quo condenó a los demandados al pago de unas sumas de dinero a favor de William Ernesto Hosman Rodríguez, determinación que fue consecuencia de haber declarado la resolución del contrato de promesa de venta celebrado por los litigantes. Seguidamente, el ahora ejecutante presentó demanda coercitiva, ante el mismo juez, solicitando el pago de la condena incluida en la providencia en mención, como las costas del proceso verbal –debidamente liquidadas y aprobadas, más los intereses moratorios comerciales.

El a-quo en proveído de 13 de septiembre de 2021 libró el mandamiento de pago, pero se abstuvo de disponer sobre los réditos moratorios, con soporte en lo siguiente: (i) en la sentencia del proceso declarativo no se ordenó el pago de intereses; y (ii) respecto de las costas judiciales lo que procede son los réditos de carácter civil. Posteriormente, cuando se

pronunció sobre el recurso de reposición, varió su postura y dispuso que sobre todos los conceptos los demandados deben pagar intereses civiles.

3. Así, entonces, la competencia del tribunal se circunscribe a determinar si en el *sub judice* es viable librar orden de pago por concepto de intereses moratorios (art. 884 C. de Co.), sobre las sumas de dinero que hicieron parte de la condena que el a-quo profirió en el en el juicio verbal de resolución de contrato.

Al efecto se recuerda que el artículo 884 del Código de Comercio consagra una presunción de causación de intereses a una tasa de 1.5 veces el interés bancario corriente, dicha disposición solo tiene efectos para los “réditos de un capital” en desarrollo de “negocios mercantiles”. Ahora bien, en el caso el título que sirve de base para la ejecución es la sentencia de 26 de marzo de 2019, pero si la causa que motivó el proceso fue un conflicto derivado de obligaciones mercantiles, entre comerciantes, con ocasión a su objeto social deben reconocerse intereses comerciales; en caso contrario, si el litigio que se desató no se reúne ninguna de las condiciones en mención, se deben pagar los llamados réditos civiles (art. 1617 C.C.)

Sobre el punto este tribunal ha considerado que: *“cuando una providencia proferida por una autoridad judicial (o arbitral) desate un litigio forjado sobre una relación de carácter comercial y en consecuencia imponga una prestación pecuniaria a título de capital, esa connotación (mercantil) es la que ha de determinar la naturaleza del interés que se haya podido causar respecto de la obligación dineraria principal reconocida en lo resolutivo del fallo respectivo. No en vano, frente a interpretaciones similares a la asumida por el juez a quo ante casos como el que aquí se analiza, la doctrina ha mostrado sus reservas al destacar que “sucede una cosa*

*bastante curiosa en los medios judiciales con relación a la ejecución de las sentencias, cuando en más de una ocasión al momento de liquidar aplican los intereses legales civiles y no los comerciales, siendo la discusión de naturaleza mercantil. Se aduce como argumento que las sentencias no son ni de naturaleza civil ni de naturaleza comercial, y ello es bien cierto, pues **lo que es civil o comercial son las relaciones entre las partes que dieron lugar al litigio, y según esa naturaleza, el interés para liquidar la ejecución de una sentencia debe ser civil o mercantil***¹

3.1. Ya en el caso concreto, se pone de presente que en la sentencia que constituye el título ejecutivo se resolvió la controversia entre las partes originada en un contrato de promesa de venta de origen comercial, habida cuenta que el negocio preparatorio fue celebrado por el convocante con la sociedad Fuczia Construcciones Sas y otros, el cual tuvo como fin la posterior venta de un área de 44.420 metros cuadrados “*que se encuentra en el proyecto de construcción que se levantará en el predio denominado la Estancia, lote Nro. 3 ubicado en el municipio de Armenia – Tebaida*”². Ahora, nótese que la persona jurídica demandada tiene como objeto social principal la construcción e interventoría de toda variedad de edificaciones o inmueble³, es decir, el negocio que se resolvió estaba relacionado con la actividad mercantil de la ahora ejecutada.

No se olvide, por demás, que el artículo 21 del Código de Comercio reseña que “*se tendrán así mismo como mercantiles todos los actos de los comerciantes relacionados con actividades o empresas de comercio...*”, y

¹ Tribunal Superior de Bogotá –sala civil- providencia de 15 de julio de 2009. Radicado 11001 3103 016 2008 00314 02 Mp OF Yaya

² Página 7 del archivo ‘001CuadernoPrincipal’.

³ Página 75 ib.

el artículo 22 siguiente refiere que “*si el acto fuere mercantil para una de las partes se regirá por las disposiciones de la ley comercial*”.

Los argumentos en mención son suficientes para revocar la decisión apelada, toda vez que el juez erró al considerar que los intereses moratorios de la condena impuesta debían liquidarse y pagarse de conformidad con lo previsto en el Código Civil, puesto que lo adecuado era que los intereses que generara la mora en su cumplimiento correspondieran a los señalados en el artículo 884 del Código de Comercio, por ser esta la norma llamada a regular este específico asunto comercial⁴, **determinación que no cobija el pago de las costas judiciales**, puesto que sobre el punto la parte ejecutante aceptó en su recurso que “*si bien es cierto las costas judiciales no obedecen a créditos de orden mercantil ni corresponden a una obligación de naturaleza financiera, sí es posible la generación de intereses de mora tal y como lo dispone el artículo 1617*”, reparo que fue convalidado por el a-quo cuando se pronunció sobre la censura horizontal.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, **REVOCA** parcialmente el auto proferido el 13 de septiembre de 2021, modificado el 25 de mayo de 2022, por el Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá. En su lugar, se dispone que sobre las sumas que son producto de la sentencia de 26 de marzo de 2019 la parte demandada deberá pagar intereses moratorios a la tasa estipulada en el artículo 884 del

⁴ “queda excluida la posibilidad de acudir a un tipo de interés distinto al bancario corriente [incrementado en una mitad], pues ese es el tipo de interés que para los negocios mercantiles establece el artículo 884 del Código de Comercio (...)” ya que “existiendo regulación en el ámbito mercantil, no hay porque acudir a la aplicación de la ley civil, pues esta integración externa sólo procede de manera subsidiaria, en defecto de la ley comercial y de la analogía interna conforme a las reglas consagradas por los artículos 1º y 2º del Código de Comercio” (sent. de 24 de septiembre de 2001, exp. 5876).

Código de Comercio, esto es, los numerales 1 y 2 del auto de 13 de septiembre de 2021, decisión que **no incluye** las costas judiciales.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

El Magistrado,

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

1100 1310 3012 2017 00745 01

Firmado Por:

German Valenzuela Valbuena

Magistrado

Sala 019 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **d2322f53605bc4f79e361bb97cf2e05f03b03f5cebcbcb448bca7a11abe2d95c4**

Documento generado en 17/11/2022 03:39:00 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL**

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

Expediente No. 1001-31-03-013-2013-00027-01

Demandante: ARCESIO MELO SAAVEDRA y otra.

Demandado: EPS SALUDCOOP y otros.

Revisado el expediente para proferir la sentencia de segunda instancia, se advierte que el pasado 21 de septiembre de 2020, el Juzgado Segundo Civil del Circuito Transitorio de Bogotá concedió recurso de apelación en contra del auto del 03 de julio de 2020, mediante el cual se declaró cerrada la etapa probatoria, encontrándose pendiente practicar un dictamen pericial.¹ De igual forma, se observó que el aludido reproche se encuentra pendiente de resolver, sin que a la fecha este Tribunal haya decidido lo pertinente.

Por lo anterior, la suscrita Magistrada **DISPONE:**

PRIMERO: ORDENAR a la Secretaría que abone la apelación concedida en contra del auto del 03 de julio de 2020, mediante el cual se declaró cerrada la etapa probatoria, generando un nuevo consecutivo radicado para ese ingreso.

SEGUNDO: Cumplido lo anterior, **REINGRESEN** las encuadernaciones al Despacho con el fin de proveer lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

¹PrimeraInstancia. 02ContinuaciónCuaerdnoPrincipa: 083ProvidenciaqueresuelveRecurso.

Firmado Por:
Flor Margoth Gonzalez Florez
Magistrada
Sala Despacho 12 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **5bcf78c8dc9ef44711072f9becc58d60b25a9c04fc5f5be2cb20ef738f5d6329a**

Documento generado en 17/11/2022 03:47:01 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Magistrado Sustanciador:

RICARDO ACOSTA BUITRAGO

Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Proceso	:	Declarativo Responsabilidad médica.
Demandante	:	Luis Alberto Cárdenas Rico, Claudia Isabel, Celmy Catalina y Ximena Isabel Cárdenas Flórez.
Demandado	:	Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A. y Fundación Salud Bosque.
Motivo	:	Apelación sentencia.

ASUNTO

Se ocupa la Sala de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia que profirió el Juzgado 49 Civil del Circuito de Bogotá, el 23 de noviembre de 2021, dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

Con demanda radicada el 12 de junio de 2013¹, el extremo accionante pidió que se declare “directamente responsable” a la IPS Clínica del Bosque- Fundación Salud Bosque y “civilmente responsable por responsabilidad médica asistencial a la empresa promotora de salud Sanitas S.A.” por los “daños materiales e inmateriales, generados con el sufrimiento, dolor, y deterioro moral, físico y fallecimiento sufrido por la víctima Celmira Flórez de Cárdenas y su familia, creados por la violación a la obligación de seguridad de contrato asistencial en el

¹ Págs. 223 a la 273, archivo 05CuadernoPrincipal.



marco del aseguramiento y la garantía de la calidad de la seguridad social en salud, con la producción de lesiones corporales severas y definitivas hasta el fallecimiento como consecuencia de infección nosocomial". Como consecuencia, se les condene al pago de **(i)** la "indemnización del lucro cesante debido y futuro..., según el ingreso mensual de la víctima soportado para el año del daño" cuya liquidación es \$82'765.329,45; **(ii)** los daños morales equivalentes a 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes a la víctima y a su cónyuge Luis Alberto Cárdenas Rico y de 80 a los demás demandantes; **(iii)** por "daño fisiológico y daño a la salud", el valor de 226,68 salarios mínimos legales mensuales vigentes y **(iv)** por "daño en la vida de relación o alteración grave a las condiciones de existencia", el equivalente a 158,81 salarios. Reclamaron también la condena "al pago solidario" de las anteriores sumas indexadas y de "intereses moratorios liquidados hasta el momento real y efectivo del pago de la obligación", costas y agencias en derecho.

2. Para sustentar lo pretendido, se informó que Celmira Flórez de Cárdenas en su calidad de afiliada cotizante, el 3 de septiembre de 2010 requirió los servicios de la seguridad social por intermedio de su asegurador la Empresa Promotora de Salud Sanitas S.A. - EPS SANITAS, entidad que la remitió por urgencias a la IPS Fundación Salud Bosque por sospecha de patología relacionada con la vesícula biliar; en este lugar confirmaron el diagnóstico de "pancreatitis aguda de origen biliar, coletiasis (microlitiasis) sin colecistitis". El mismo día fue trasladada a cuidados intensivos. y se realizó "CEPRE: Colangiopancreatografía retrógrada endoscópica". El 4 de septiembre se obtiene el resultado del "Colédoco dilatado con múltiples cálculos en su interior, vía biliar intra hepática normal, extracción de cálculos. Nota del Dr. Luna Jaspe - Cirugía general". Hasta el día 6 siguiente, se registraron notas médicas de "evolución favorable, sin dolor y con adecuada tolerancia a la realización del procedimiento", por esa razón



la trasladaron "a piso"; sin embargo, este último día se registró "persistencia del dolor abdominal", según reporte de TAC abdominal, se presentó "líquido en cavidad abdominal a nivel de hígado y bazo, páncreas aumentado de tamaño con alteración de la grasa alrededor del páncreas, derrame pleural izquierdo. Pancreatitis Baltazar B, sin focos de necrosis". La paciente mostró otros síntomas como "dolor a nivel de la boca del estómago, deposiciones diarreicas, palidez mucocutánea...". El día 7 presentó "evoluciones favorables". El 11 registró "pico febril a la madrugada de 38.6 grados", fue valorada por cirugía general y refirió "escalofrío sin otra sintomatología" pero encentraron temperatura de 38. El 12 se solicitó valoración por infectología y el 13 iniciaron "antimicrobianos por reporte de hemocultivos", manejado con Imipenem. El 14 de septiembre presentó "vómito de contenido bilioso" y hubo un "reporte de tipificación de hemocultivos: Klebsiella Pneumoniae", por lo que se continuó con el manejo recomendado. El 15 se ordenó "oxígeno y terapia respiratoria cada 6 horas". El 16 se le diagnosticó "sepsis severa con foco a establecer, Bacteriemia por Klebsiella Pneumoniae, Colecciones pancreáticas infectadas?, (sic) Neumonía asociada al cuidado de la salud?, pancreatitis Biliar Aguda" con índice Balthazar C; en la misma fecha la señora Flórez de Cárdenas presentó "taquípneica, ruidos respiratorios con créptios en base pulmonar izquierda e hipoventilación en base pulmonar derecha...", realizan RX de tórax que muestra "infiltrado alveolar bilateral compatible con síndrome de dificultad respiratoria"; en forma "súbita presenta bradicardia asociada a hipotensión severa" y fallece a las 18:20, ante el fracaso de los intentos de reanimación.

3. El Juzgado 16 Civil del Circuito de Bogotá admitió la demanda el 19 de junio de 2013; la Fundación Salud Bosque excepcionó "inexistencia de relación de causalidad entre las intervenciones y tratamientos realizados a la paciente y los perjuicios que alega sufrir",



“cumplimiento de las obligaciones que le correspondan a la Clínica El Bosque y que surgen del contrato suscrito con la EPS y de la naturaleza de los servicios que se prestan en la institución”, “principio de asertividad del acto médico basado en la teoría del alea terapéutica como límite de las obligaciones”, “inexistencia de responsabilidad de acuerdo con la ley” y la innominada². Llamó en garantía a la Previsora S.A. Compañía de Seguros, actuación admitida el 20 de noviembre de 2013; la convocada se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló excepciones de “ausencia de los elementos de la responsabilidad médica”, “inexistencia de la obligación de indemnizar a cargo de la Fundación Salud Bosque” y “cualquier otro medio exceptivo que resulte probado dentro del proceso y que se oponga a las declaraciones y condenas de la demanda”; frente al llamamiento alegó “falta de cobertura de la póliza de responsabilidad civil número 1008417...”, “prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro”, “limitación de cobertura de la póliza de responsabilidad civil...”, “límite de valor asegurado, limitación de responsabilidad de la Previsora S.A.... al monto de la suma asegurada, artículo 1079 del C. de Co.”, “limitación de responsabilidad... a la disponibilidad del valor asegurado por concepto de responsabilidad civil, artículo 1111 del C. de Co.”, “aplicación del deducible pactado...”³.

EPS Sanitas propuso las de “ausencia de carga probatoria de la parte demandante”, “inexistencia de la relación causa-efecto” entre esa demandada y “el supuesto daño causado a la paciente Celmira Flórez de Cárdenas”, “cumplimiento de las obligaciones... establecidas en la normas legales vigentes”, “indebida y excesiva tasación de perjuicios”, “inexistencia de solidaridad”, “ausencia de

² Págs. 165 a la 192, archivo 07ContinuaciónCuadernoPrincipal.

³ Carpeta 01LlamamientoGarantíaDeFundaciónSaludBosque



responsabilidad derivada de pacto contractual”, “cumplimiento de la obligación de auditoria médica” y la genérica⁴.

El 13 de abril de 2016 el Juzgado 49 Civil del Circuito de Bogotá avocó conocimiento del presente asunto, por descongestión⁵.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* precisó que, si bien el tipo de responsabilidad invocada fue la contractual, por cuanto “la inconformidad que origina la acción es `la violación a la obligación de seguridad del contrato asistencial en el marco del Aseguramiento y a la Garantía de la Calidad de la Seguridad Social en Salud””, no es plausible dilucidarla bajo ese trámite, porque “quienes solicitan su declaración, lo hacen para sí mismos, como víctimas directas, que no fueron parte del contrato de afiliación ni de asistencia médica y menos aún, del contrato de hospitalización”, concluyendo que “ninguna de las pretensiones tiene cabida bajo los supuestos de la responsabilidad contractual dado que, incluso, en las pretensiones y los hechos en que se cimientan aquellas, se reitera, no se invocó la condición de herederos del causante”. Por esta razón, orientó su análisis bajo los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual y el régimen de culpa probada, para colegir que “debió probarse... que el resultado muerte se produjo dentro los límites al alcance de las entidades de salud inmiscuidas, o sea, que en aquellas estaba la posibilidad de evitar la consecuencia”, pero esto no se hizo. En criterio del juez, “puede aseverarse que hay ausencia de acreditación de la causa en la actuación u omisión de la parte demandada”; en consecuencia, resolvió negar las pretensiones porque “el extremo actor perdió de vista su deber probatorio”.

⁴ Págs. 236 a la 352, archivo 07ContinuaciónCuadernoPrincipal.

⁵ Pág. 81 archivo 08ContinuaciónCuadernoPrincipal.



EL RECURSO DE APELACIÓN

El extremo apelante sustentó los siguientes reparos **(i)** el problema central y básico del proceso radicó en la responsabilidad civil por infección intrahospitalaria, lo que derivó de una responsabilidad institucional enmarcada desde el contrato de atención hospitalaria y su obligación natural de seguridad, y dentro del contrato de aseguramiento de la seguridad social en salud; **(ii)** los elementos contenidos en las pretensiones y dejados de analizar fueron: “1. El contrato asistencial y su obligación de seguridad. 2. El contrato de aseguramiento propio de la seguridad social, que obliga a la EPS a todos los elementos indelegables del aseguramiento (Ley 1122/2007, art.14) 3. El sistema obligatorio de garantía de la calidad en salud (Decreto 1011 de 2006) 4. La producción de infección nosocomial o intrahospitalaria”; **(iii)** se erró en el fallo cuando se concluyó que “todo lo actuado por la pasiva está dentro del cumplimiento de la lex artis, por el simple hecho de estar descrito en la historia clínica y que nada le fue negado a la víctima. Es decir, para el fallador de instancia, en sus consideraciones, todo se le suministró a la paciente, pero olvidó el precepto de los artículos 1613 y 1614 del Código Civil, cuando la obligación se cumple de manera imperfecta, tardía o no se cumple”; **(iv)** no se tuvieron en cuenta “todos los hechos relevantes y probados de ocurrencia de una infección adquirida en el transcurso de la atención en salud, que la paciente no tenía a su ingreso, y que además fue la causa de la muerte”; **(v)** en la responsabilidad por la violación a la obligación de seguridad asistencial, le incumbe a la demandada “la demostración de fuerza mayor, caso fortuito o hecho exclusivo de la víctima o de un tercero como exonerante de la responsabilidad”; **(vi)** se desestimaron “las causas descritas en la historia clínica como choque séptico secundario o producto de proceso infeccioso intrahospitalario”; **(vii)** se erró al considerar que la demostración de mantenimiento correctivo y visita de inspección, es una prueba concluyente de los actos



adecuados de la institución y de cumplimiento de protocolos; **(viii)** hubo indebida valoración probatoria de indicios, testimonios y de la pericia presentada porque “sólo analiza un pequeño aparte de forma descontextualizada y deja por fuera todas las conclusiones y el contenido de los cuestionarios a la experta que concluye la existencia de la infección intrahospitalaria”; **(ix)** el *a quo* se apartó de la jurisprudencia del tema, que menciona “la infección intrahospitalaria y la obligación de resultados”; **(x)** la generación de una infección intrahospitalaria, por una bacteria de ese origen es una violación a la obligación de seguridad contemplada en el contrato asistencial; **(xi)** la paciente ingresa para la realización de un procedimiento diagnóstico CEPRE, que corresponde a una endoscopia de vía biliar y se establece la presencia de cálculos en la vía biliar y pancreatitis, no es de su evolución normal adquirir una neumonía intrahospitalaria producida por la bacteria *Klebsiella Pneumoniae*, conocida en epidemiología e infectología como productora de infecciones intrahospitalarias – Infección nosocomial; **(xii)** existe una clara relación de causalidad material entre la infección y el fallecimiento de la señora Celmira Flórez de Cárdenas; contrario a ello, no se logró demostrar, por la pasiva, por qué, sí ella tenía diagnóstico de pancreatitis inicialmente, tan solo 8 días después presenta el proceso infeccioso respiratorio severo hasta la sepsis, shock séptico y muerte.

CONSIDERACIONES

Reunidos como están los presupuestos procesales, sin que se advierta causal alguna que invalide lo actuado, la Sala procederá a emitir una decisión de fondo; se iniciará por determinar el tipo de responsabilidad que rige la acción y sus elementos, frene a la invocada por los demandantes; en seguida se analizarán las pruebas aportadas al expediente para determinar si le asiste razón al extremo apelante en sus censuras.



1. Sobre el tipo de responsabilidad.

Inicialmente se hace necesario precisar que la presente acción no puede corresponder a una de tipo contractual pues, como lo advirtió el *a quo*, los demandantes formularon sus pretensiones personalmente y de forma directa, no como herederos o causahabientes de la difunta Celmira Flórez de Cárdenas; luego, ninguna relación comercial los vincula con las entidades convocadas; pese a ello, no hay óbice para resolver la acción desde el punto de vista extracontractual, en virtud del deber que tienen los funcionarios judiciales de interpretar la demanda y resolver la litis de modo tal que no se sacrifique el derecho sustancial (núm. 5 artículo 42 del C.G.P.).

Precisado lo anterior, cabe advertir que para dilucidar el punto anunciado, se acudirá a jurisprudencia y doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia, analizada específicamente en la sentencia SC2202 del 20 de junio del 2019, decisión reciente donde la Corporación revisó, con mayor detenimiento y profundidad, el tema de las obligaciones de seguridad. Esto, con el fin de explicar con mayor claridad las bases y elementos de la responsabilidad que gobierna este tipo de acción.

a. La responsabilidad médica.

Por regla general, las obligaciones que surgen de la prestación de los servicios de medicina son de medio, basadas en la “competencia profesional” (inc. 1 del art. 104 de la Ley 1438 de 2011); la carga probatoria reposa en la parte demandante -la cual tiene que acreditar la omisión, negligencia o la imprudencia de la demandada. La responsabilidad, cualquiera que sea su origen -contractual o extracontractual-, sólo puede deducirse a partir de la culpa probada,



toda vez que, en línea de principio, el galeno no asume el compromiso de sanar o curar a su paciente, sino el de hacer todos los esfuerzos posibles, desde la perspectiva de la ciencia médica, para remediar sus dolencias; todo ello sin perjuicio, claro está, de los eventos en que el facultativo contrae una de resultado, como acontece en el caso de ciertas intervenciones con fines estéticos (embellecimiento).

Entonces, en los juicios donde se discute la responsabilidad médica, el demandante, por pauta, tiene la carga de probar la relación de causalidad entre el daño ocasionado y la conducta culposa del facultativo o del centro hospitalario, sin que sea suficiente para ese propósito demostrar la simple relación médico-paciente, sino que es indispensable acreditar que el comportamiento negligente, imprudente o falta de pericia del médico generó una consecuencia dañosa que compromete su responsabilidad.

De esta manera, al extremo demandante, sin discusión, le corresponde la tarea de acreditar los tres elementos que configuran la responsabilidad civil: el daño, la culpa y el nexo causal; a falta de cualquiera de ellos no resultarán exitosas sus pretensiones.

b. Las obligaciones de seguridad de las instituciones y del personal médico.

Lo anterior, por supuesto puede tener varias excepciones; por ejemplo, en virtud de las denominadas obligaciones de seguridad, el deudor de ellas *“está obligado a cuidar de la integridad corporal del acreedor o la de las cosas que éste le ha confiado”*⁶. En el ámbito hospitalario, además de la prestación de los servicios médicos, paramédicos y asistenciales, del suministro de medicamentos y

⁶ CSJ SC259 del 18 de octubre del 2005, citada en SC2202 del 20 de junio del 2019.



tratamientos pertinentes, de hospedaje especial, etc., que debe prestar el nosocomio al paciente, está a su cargo la obligación “de tomar todas las medidas necesarias para que no sufra ningún accidente en el curso o con ocasión del cumplimiento de las prestaciones esenciales que por razón del contrato dicho centro asume”⁷ y “prevenir accidentes e infecciones, sobre la base de un control estricto acorde con protocolos contentivos de normas técnicas, adoptados por el propio centro de salud o exigidos por las autoridades que tienen a su cargo su inspección, vigilancia y control, y que se extienden pero no se limitan a la señalización, transporte adecuado de enfermos, dotación infraestructural apropiada, métodos de limpieza y esterilización, procedimientos de seguridad, desinfección, control de visitas, identificación, idoneidad e inspección en materia de salud del personal, coordinación de tareas con el fin de aminorar errores en procesos, disposición de residuos orgánicos, recintos especializados, entre muchas otras variables. Deberes todos positivos que coadyuvan en el logro de un non facere: que el paciente no sufra ningún accidente”⁸.

Aunque la obligación de seguridad ha sido catalogada como de resultado, esta clasificación no es definitiva, “menos en tratándose de agentes patógenos cuyo control eficaz ha fracasado hasta la fecha a nivel mundial, de donde resulta evidente que la aleatoriedad del resultado indeseado de que el paciente adquiera una enfermedad intrahospitalaria constituye un evento que puede escapar al control de la entidad nosocomial”⁹. A partir de doctrina probable elaborada por la

⁷ GJ. T.CLXXX, pág. 421, citada en SC-003 de 1º de febrero de 1993 y en SC2202 del 20 de junio del 2019.

⁸ SC2202 del 20 de junio del 2019.

⁹ OMS: “Las IAAS, también denominadas infecciones «nosocomiales» u «hospitalarias», son infecciones contraídas por un paciente durante su tratamiento en un hospital u otro centro sanitario y que dicho paciente no tenía ni estaba incubando en el momento de su ingreso. Las IAAS pueden afectar a pacientes en cualquier tipo de entorno en el que reciban atención sanitaria, y pueden aparecer también después de que el paciente reciba el alta. Asimismo incluyen las infecciones ocupacionales contraídas por el personal sanitario. Las IAAS son el evento adverso más frecuente durante la prestación de atención sanitaria, y ninguna institución ni país puede afirmar que ha resuelto el problema. Según los datos de varios países, se calcula que cada año cientos de millones de pacientes de todo el mundo se ven afectados por IAAS. La carga de IAAS es varias veces superior en los países de ingresos bajos y medianos que en los países de ingresos altos.



Corporación¹⁰ se ha establecido que *“la obligación de seguridad a cargo de centros de salud y hospitales, es dable subclasificarla [de medios o resultados] en atención a la aleatoriedad e imposibilidad de controlar factores y riesgos que inciden en los resultados. En principio y de acuerdo con los estándares técnicos y científicos exigibles a la entidad, es de medio la obligación de seguridad a cargo de estos establecimientos de hacer lo que esté a su alcance con miras a que su paciente no adquiera en su recinto enfermedades diferentes de las que lo llevaron a hospitalizarse”*¹¹.

En punto de la carga de la prueba, específicamente, la Corte estimó que *“al ser una obligación de prudencia y diligencia la de seguridad (evitar que el paciente contraiga infecciones intrahospitalarias), el contenido de la obligación del deudor será entonces el de ser diligente y cuidadoso, el de emplear los medios idóneos de acuerdo con las circunstancias y las normas técnicas y protocolos para tratar de alcanzar el fin común perseguido por las partes, razón por la cual sólo su conducta lo hará responsable o lo exonerará, sin perjuicio de que, por supuesto, pueda demostrar una causa extraña”*¹² y, concluyó: *“sin desconocerse que el examen de la responsabilidad civil de instituciones prestadoras de salud, derivada de*

Cada día, las IAAS provocan la prolongación de las estancias hospitalarias, discapacidad a largo plazo, una mayor resistencia de los microorganismos a los antimicrobianos, enormes costos adicionales para los sistemas de salud, elevados costos para los pacientes y sus familias, y muertes innecesarias” Pagina consultada el 29 de enero de 2019: https://www.who.int/gpsc/country_work/burden_hcai/es/

En la presentación del “plan de acción mundial sobre la resistencia a los antimicrobianos”, publicado por ese mismo órgano, se lee: *“La resistencia a los antimicrobianos supone una amenaza a la esencia misma de la medicina moderna y a la sostenibilidad de una respuesta de salud pública mundial eficaz ante la amenaza persistente de las enfermedades infecciosas. Los antimicrobianos eficaces son imprescindibles para las medidas preventivas y curativas, para proteger a los pacientes frente a enfermedades potencialmente mortales y para garantizar que se puedan llevar a cabo procedimientos complejos, como la cirugía y la quimioterapia, con escasos riesgos.*

Sin embargo, el mal uso y el abuso sistemático de estos fármacos en la medicina y la producción de alimentos han puesto en riesgo a todas las naciones. Hay pocos productos de recambio en fase de investigación y desarrollo. Sin medidas armonizadas e inmediatas a escala mundial avanzamos hacia una era posantibiótica en la que infecciones comunes podrían volver a ser mortales.

Alerta ante esta crisis, la Asamblea Mundial de la Salud de mayo de 2015 adoptó un plan de acción mundial sobre la resistencia a los antimicrobianos...” (<https://www.who.int/antimicrobial-resistance/publications/global-action-plan/es/>).

¹⁰ SC-003 de 1º de febrero de 1993, SC 259-2005 de oct 18 2005 y SC de septiembre 13 del 2013.

¹¹ SC2202 del 20 de junio del 2019

¹² SC2202 del 20 de junio del 2019



las infecciones asociadas a la asistencia sanitaria, es un asunto problemático que ha venido recibiendo diferentes soluciones judiciales en otras latitudes (responsabilidad objetiva en aplicación de la teoría del riesgo creado, o responsabilidad con culpa presunta para aligerar la carga probatoria al demandante o culpa probada), opta la Corte por entender que **como cada parte debe demostrar el supuesto de hecho de la regla cuya consecuencia persigue, el demandante que le achaca negligencia, imprudencia, impericia o violación de reglamentos a la entidad hospitalaria deberá establecer los elementos fácticos que dan pie para dicha aserción; y ésta, si alega que, por el contrario, fue diligente, deberá asimismo probarlo...** como el centro hospitalario debe desplegar su comportamiento esperado acompasado, entre otros deberes y obligaciones profesionales, a la buena praxis y el cumplimiento de protocolos y normas técnicas según lo anotado, para atribuirle un incumplimiento generador de daños deberá el acreedor insatisfecho, no sólo acreditar la existencia del contrato sino 'cuáles fueron los actos de inejecución, porque el demandado no podría de otra manera contrarrestar los ataques que le dirige el actor, debido precisamente a la naturaleza de su prestación que es de lineamientos esfumados. Afirmado el acto de inejecución, incumbe al demandado la prueba de su diligencia y cuidado, conforme al inciso 3° del art. 1604, prueba suficiente para liberarlo, porque en esta clase de obligaciones basta para exonerar al deudor de su responsabilidad acreditando cualquiera de esos dos elementos (...)'. (S.C. del 31 de mayo de 1938, G.J. XLVI n°. 567, reiterada recientemente en S.C. del 5 nov. 2013, rad. n°. 20001-3103-005-2005-00025-01)"¹³.

En conclusión, en casos de responsabilidad médica impera la regla general de que las obligaciones son de medio y no de resultado;

¹³ SC2202 del 20 de junio del 2019.



un ejemplo de ello está en las prestaciones de seguridad que pueden ser de una u otra clase, en atención a la aleatoriedad e imposibilidad de controlar factores y riesgos que inciden en los resultados; por lo que a cada quien le compete acreditar su dicho, en la medida en que tenga acceso a los elementos suasorios necesarios.

2. Los siguientes son los problemas jurídicos que se deben resolver en aras de establecer si las demandadas incurrieron en la responsabilidad que le endilga su contraparte sobre el tipo de responsabilidad que soporta la acción, las obligaciones asumidas y la carga probatoria que tiene cada uno de los contendientes:

a. ¿Cuál fue la evolución médica de Celmira Flórez de Cárdenas, desde que presentó sus primeros síntomas e ingresó a la Clínica El Bosque?

El 3 de septiembre de 2010, a las 12:43, -sistema horario de 24 horas-, fue hospitalizada con un cuadro clínico de “4hrs de evolución consistente en dolor abdominal... asociado a emesis número 3, niega fiebre”, de la EPS donde valoraron y remiten por sospecha patología biliar” (Pág. 28, archivo 05CuadernoPrincipal). A las 19:11, se anotó “pancreatitis aguda”, “confirmado” (Pág. 31, archivo 05CuadernoPrincipal). A las 22:10 se diagnosticó con “1. pancreatitis aguda de origen biliar severa. 2. Coledocolitiasis. 3. Microlitiasis”. Se recomendó plan de “valoración y manejo por UCI SS TAC abdominal contrastado. CEPRE por gastroenterología” (Pág. 34, archivo 05CuadernoPrincipal).

Estuvo en la UCI del 3 al 5 de septiembre, el día 4 se le realizó CPRE y papilotomía, con “evidencia de múltiples cálculos en colédoco sin dilatación de la vía biliar”, pero tuvo una “evolución adecuada por lo que se traslada a pisos donde se continúa manejo



médico". El 11 de septiembre presentó picos febriles, el día 12 se recibió "resultado de dos hemocultivos positivos para GRAM (-) iniciándose tratamiento antibiótico con imipenem". El 13 se tomó nuevo TAC de abdomen que demuestra edema pancreático y dos colecciones a nivel periesplénico y hacia cavidad pélvica por lo que se cataloga como "un balthazar C y se sospecha que estas sean el origen de las respuestas inflamatorias". A las 17:47, presentó "bradicardia asociada a hipertensión severa y se detecta actividad eléctrica sin pulso, por lo que inician maniobras de reanimación avanzadas con masaje cardiaco externo, asistencia ventilatoria con bolsa y administración secuencial de atropina y adrenalina consiguiendo recuperación de frecuencia cardiaca y presión arterial. Se continúa manejo instaurado, mal pronóstico vital, se informa a familiares, por el momento no es posible traslado a realización de tac de tórax y abdomen". La Historia sigue describiendo: "Paciente quien persiste con una evolución tórpida, con marcada inestabilidad hemodinámica y tendencia a la hipotensión. Nuevamente presenta bradicardia segunda de actividad eléctrica sin pulso y asistolia iniciando maniobras de reanimación cardiopulmonar avanzadas las cuales se prolongan durante 15 minutos, sin obtener respuesta y fallece a las 18:20. Se informa familiares" (pág. 36 y 129 y 130, archivo 05CuadernoPrincipal).

b. ¿cuál fue la causa del deceso de Celmira Flórez de Cárdenas?

Se anotó en la historia clínica "DX de egreso" así: "1. Sepsis severa 2. Bacteriemia por *Klebsiella pneumoniae* 3. Colecciones pancreáticas sobre infectadas? 4. Neumonía asociada al cuidado de la salud? 5. SDOM¹⁴ (CV-pulmonar-renal-hepático-hematológico) 6. Tromboembolismo pulmonar? 7. Pancreatitis biliar aguda Balthazar C"

¹⁴ sigla de síndrome de disfunción orgánica múltiple



(pág. 130, ib). De acuerdo con la perito Ana Catalina Herrera Díaz, epidemióloga traída por la parte demandante, "la causa de muerte de la señora Celmira Flórez de Cárdenas fue por choque séptico con disfunción multiorgánica" (pág. 139 , ib. y pág. 13, archivo Dictamen - H.V. Perito en carpeta 01DVDFolio890).

c. ¿Qué es la bacteria *klebsiella pneumoniae*? y si en este caso se comprobó que corresponde a una infección nosocomial, es decir, intrahospitalaria.

Según definición traída por la epidemióloga Ana Catalina Herrera Díaz, la *klebsiella pneumoniae* es "una bacteria clasificada dentro del grupo de las bacterias Gram Negativas, se encuentra en condiciones normales en la boca y en el intestino de los seres humanos que tiene una gran relevancia clínica porque produce una amplia gama de infecciones principalmente desde el punto de vista urinario, respiratorio y gastrointestinal" (Pág. 116, archivo 08ContinuaciónCuadernoPrincipal). Complementado su dictamen agregó la profesional: "la paciente a su ingreso no... estaba infectada o con bacteriemia (presencia de bacterias en la sangre). Por el curso clínico de la paciente, es una infección relacionada con su pancreatitis aguda". Puntualmente, a la pregunta 26: "¿Se da por sentado que es una infección nosocomial?, su respuesta fue: "Teniendo en cuenta la historia clínica en donde se documentaron y consignaron todos los hechos desde el ingreso de la señora Celmira Flórez de Cárdenas hasta su fallecimiento, no se puede dar por sentado lo anterior. Se trata de una infección que sí se desarrolló durante su hospitalización, pero que es secundaria a la pancreatitis aguda severa que presentó la paciente" (Págs. 63 y 65, archivo 09ContinuaciónCuadernoPrincipal).

El perito Hugo Alberto Páez Ardila, cirujano e infectólogo, en su informe, indicó: "las infecciones por *Klebsiella pneumoniae* son



bacterias que se encuentran en tracto gastrointestinal de manera usual. Hacen parte según su clasificación morfológica de los bacilos gram negativos fermentadores de lactosa. En pacientes con condiciones clínicas importantes como inmunosupresión o falla del sistema inmunológico o condiciones agudas como pancreatitis, cirugía abdominal, colecistitis, estas bacterias tienden de manera frecuente a colonizar y eventualmente infectar otros sitios estériles del cuerpo humano". Agregó, "teniendo en cuenta la historia clínica en donde se documentaron y consignaron todos los hechos desde el ingreso de la señora Celmira Flórez de Cárdenas hasta su fallecimiento, sí se puede establecer relación con la bacteriemia por *Klebsiella pneumoniae*" (págs. 138 y 145, archivo 08ContinuaciónCuadernoPrincipal). Al ampliar su experticia precisó: "a pesar de que ya existía una causa para la fiebre como era la presencia de Bacteriemia (presencia de bacterias, en este caso *Klebsiella pneumoniae* en cultivos de sangre) ampliaron estudios a otros posibles focos de infección y según la nota de Infectología de la valoración en su momento, se descartó que existiera otro foco (origen) de la fiebre en orina, sistema respiratorio y en piel. Por lo cual se concluyó que la causa de la fiebre era la bacteriemia por *Klebsiella pneumoniae*. Que puede encontrarse en la cavidad abdominal". En la siguiente respuesta agregó:

"Según lo revisado en la historia clínica y en la nota de Infectología de la Clínica EL Bosque no encontraron soportes para asegurar que era una infección pulmonar.

El examen físico descrito por Infectología menciona textualmente: Ruidos cardíacos rítmicos y respiratorios BIEN VENTILADOS". Esto quiere decir que no encontró hallazgos de importancia a nivel pulmonar que se relacionaran con una posible infección respiratoria asociada al tubo orotraqueal.

Además, describe lo siguiente: 'a la anamnesis no hay hallazgos positivos para considerar foco infeccioso urinario, PULMONAR o de tejidos blandos, por exclusión EL FOCO INFECCIOSO MAS



PROBABLE sigue siendo abdominal con una posible bacteriemia secundaria a su cuadro clínico de pancreatitis''' (pág. 51, archivo 09ContinuaciónCuadernoPrincipal).

d. ¿Hubo negligencia en la prestación del servicio médico?

El experto Páez Ardila afirmó: "Los procedimientos realizados a la paciente Celmira Flórez de Cárdenas en las instalaciones de la Clínica El Bosque, no solo fueron acordes a la 'lex artis', sino que se hicieron de manera rápida, temprana y oportuna. El desenlace final es una sumatoria de cosas que pueden estar explicadas en la severidad del cuadro clínico (determinados por los Criterios de Ranson y APACHE II), y la edad de la paciente" (Pág. 115, archivo 08ContinuaciónCuadernoPrincipal). La otra experta, Catalina Herrera Díaz dijo, en su escrito complementario a la pregunta 30 sobre la atención adecuada en la Clínica: "Sí. Desde el ingreso la paciente fue atendida según los diagnósticos: pancreatitis aguda y bacteriemia secundaria. Cuando la paciente presentó el deterioro clínico que la llevó a su fallecimiento, fue trasladada a la unidad de cuidado intensivo y tratada acorde". Contestando la pregunta de si en los diagnósticos de muerte alguno corresponde a falla de atención. afirmó: "Con base en la historia clínica se pueden determinar los diagnósticos de muerte de la paciente, entre los cuales quedan establecidos y confirmados los primeros dos. Desde el punto de vista médico no se puede determinar si hubo falla en la atención teniendo y únicamente viendo la historia clínica (Pág. 65 y 66, archivo 09ContinuaciónCuadernoPrincipal).

3. Conclusiones:

No existe discusión sobre las condiciones clínicas de ingreso y la evolución de la señora Flórez Cárdenas en la Clínica demandada, hasta su fallecimiento. Tampoco que la paciente se infectó con la



bacteria *klebsiella pneumoniae*, pero, de acuerdo con lo dicho por los peritos, no se comprobó que la adquiriera en el ambiente hospitalario, por el contrario, está “relacionada” y “es secundaria a la pancreatitis aguda severa” y puede encontrarse “en la cavidad abdominal” y que “en condiciones normales” puede encontrarse “en la boca y en el intestino de los seres humanos”, que “EL FOCO INFECCIOSO MAS PROBABLE sigue siendo abdominal con una posible bacteriemia secundaria a su cuadro clínico de pancreatitis”; luego, no está probado que la sepa que afectó a la paciente fuera del ambiente hospitalario y, pese a que se detectó intrahospitalariamente, que lo fuera por circunstancias físicas de las instalaciones en lugar de obedecer a causas propias de la condición del enfermo -sincréticas- ni que generara una pulmonía como lo aseguró el abogado demandante porque, se itera, los dos dictámenes aportados concluyeron que la atención tanto de la pancreatitis como de la infección fue oportuna, acertada; además que la afección inicial no fue pulmonar, sino que se generó en el área abdominal.

Si bien se estableció que el daño, la muerte, ocurrió por un proceso infeccioso que llevó al deceso, el elemento culpa no fue probado porque no se acreditó que el óbito de la paciente fuera consecuencia de un actuar negligente o incorrecto por parte de los médicos; se repite, los dictámenes coinciden en que la atención fue la correcta, tanto del diagnóstico inicial como, después, por la infección que adquirió, cuyo foco apareció en la cavidad abdominal y no en la torácica; tampoco se probó el nexo causal pues faltó encontrar la relación del deceso con una acción u omisión del personal médico. Por tanto, que la bacteria fuera de origen nosocomial quedó tan solo como una simple suposición.

4. En cuanto a los reparos del abogado.



De acuerdo con lo explicado no pueden resultar avantes, esencialmente por ausencia de pruebas que sustenten su dicho. Es que, contrario a lo expresado por el representante judicial de los demandantes, la obligación de seguridad no siempre es de resultado, luego, como ya se explicó, a cada una de las partes le correspondía acreditar los elementos de la responsabilidad civil, entre ellos la culpa de los convocados a la parte demandante y a ellos su actuar diligente, ajustado a la reglas de la profesión.

El inconforme afirmó que en la sentencia de primer grado se erró al “considerar que todo lo actuado por la pasiva está dentro del cumplimiento de la *lex artis*, por el simple hecho de estar descrito en la historia clínica; sin embargo, este documento no fue la única prueba que demostró tal situación, porque hasta la experticia traída por los mismos accionantes concluyó de esa manera, que se desestimaron e inobservaron las pruebas al dejar un lado que con la historia todos se probaron “los acontecimientos de la atención de Celmira Flórez de Cárdenas, sin hacer mención a siquiera una de ellas”. Cuestionó que del dictamen presentado solo se analizó “un pequeño aparte de forma descontextualizada”, lo que no es cierto, porque esa experticia no arrojó conclusiones que puedan soportar lo dicho en la demanda, ni en la sustentación de la apelación. La pericia comenzó por decir que el trabajo se basó, metodológicamente, en la revisión documental sobre “el estado del arte vigente al momento de la ocurrencia de los hechos y de los registros encontrados en la historia clínica”, y a las diversas preguntas fue respondiendo que el motivo de consulta inicial fue el “dolor abdominal” que los primeros procedimientos fueron el “CPRE” y que por “la severidad del cuadro clínico... fue trasladada a la unidad de cuidado intensive de manera preventiva”, describió las características y clasificación de la pancreatitis, que la aparición de focos febriles llevó a los galenos a realizar el hemocultivo, descubriendo la bacteriemia, y posterior hallazgo del microorganismo, y aseveró que la “*Klebsiella*



pneumoniae son bacterias que se encuentran en tracto gastrointestinal de manera usual” y que en condiciones del paciente con pancreatitis “tienden de manera frecuente a colonizar y eventualmente infectar otros sitios estériles del cuerpo humano”, pero que “en otros contextos... si tienen la capacidad de generar infecciones nosocomiales o intrahospitalarias”. Contestando la pregunta de si está documentada la infección nosocomial en los documentos revisados, afirmó “nunca se estableció como un diagnóstico confirmado”, y luego de describir los parámetros de una infección hospitalaria dijo que la causa de muerte fue el “choque séptico con disfunción multiorgánica”. Entonces, aunque el fallo no citara en extenso el dictamen con lo aquí extractado queda visto que la decisión no extrapoló sus conclusiones. Aún más la pericia agregó que era importante tener en cuenta que las “infecciones secundarias... no se pueden prevenir” y que “en los pacientes con previo diagnóstico de colonización por microorganismos resistentes, debe hacerse búsqueda activa para minimizar el riesgo de infección nosocomial a lo mínimo posible”.

La sentencia reprochada tampoco se “apartó” de la jurisprudencia ordinaria, porque se repite, la doctrina probable no admite indiscutiblemente que la obligación de seguridad todas las veces pueda considerarse de resultado, como busca hacerlo ver el recurrente; luego, el elemento culpa no podía presumirse y le correspondía acreditarlo.

El apelante afirmó que “no se logró desvirtuar la aparición, 8 días después, del foco pulmonar con síndrome de dificultad respiratoria hasta la muerte” y que “los testigos trataron de ocultar” el foco infeccioso y la infección, pero sucede lo contrario, los registros de la historia clínica muestran el trabajo diagnóstico realizado para hallar las causa real de la dolencia que aquejaba a la paciente a partir de los síntomas que ella misma refería y los hallazgos obtenidos en los



exámenes paraclínicos (CEPRE, colangiopancreatografía retrógrada endoscópica, RX de tórax, TAC, hemocultivos) y no se pudo probar que la bacteria estuviera primero en el ambiente hospitalario que residiendo en la cavidad abdominal de la señora, o que su origen fuera pulmonar. Esta última apreciación del recurrente no tiene soporte demostrativo.

Alegó, a su vez, que se omitieron “las normas sustantivas aplicables al caso en concreto,... propias de la seguridad social en salud, que para el caso en concreto le permitirían tener la visión del caso y su responsabilidad endilgada para la EPS demandada....inaplica las normas propias de la seguridad social”, pero las normas que cita ahora, porque en la demanda no se advierten, como el artículo 14 de Ley 1122 de 2007, principalmente referido a la “Organización del Aseguramiento” para lograr la articulación de los servicios de salud, la garantía de la calidad en su prestación y cumplimiento de las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud o el Decreto 1011 de 2006 que estableció el “Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud”, en nada varían la decisión, pues aquí la falencia denotada es probatoria, aspecto que no se supera a partir de la reglamentación del sistema de seguridad social o las entidades prestadoras del servicio de salud. Menos cuando los peritos coincidieron en que los “procedimientos” fueron realizados de manera “rápida, temprana y oportuna” y “tratada acorde”, sin que se pudiera “determinar” que hubo “falla en la atención”.

En esas condiciones queda resuelto el recurso de alzada propuesto por el extremo demandante, no restando más que confirmar la decisión de primera instancia.

DECISIÓN



*Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil*

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala Primera Civil de Decisión, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia proferida por el Juzgado 49 Civil del Circuito de Bogotá, el 23 de noviembre de 2021.

Se condena en costas al extremo apelante ante el fracaso de su recurso.

En firme este proveído devuélvase la actuación a la primera instancia.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Ricardo Acosta Buitrago
Magistrado
Sala Civil Despacho 015 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Marco Antonio Alvarez Gomez
Magistrado
Sala 006 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jesus Emilio Munera Villegas
Magistrado
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **4f40a4d0484b5b848ac984858e9a432b0d93965f94bf99b3226a822230a80771**

Documento generado en 17/11/2022 11:57:11 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL**

Bogotá, D.C., diecisiete (17) noviembre de dos mil veintidós (2022).

En virtud de la condena en costas a la parte demandante se fijan como agencias en derecho la suma un salario mínimo legal mensual vigente, conforme con el numeral 1.6 del artículo 6º del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

CUMPLASE,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL**

Bogotá, D.C., diecisiete de noviembre de dos mil veintidós.

Proceso: Verbal – Divisorio – Incidente de perjuicios
Demandante: Nury Yasmín Cortés Niño
Demandado: Silvia Janeth Cortés Gómez y otros
Radicación: 110013103017201700582 01
Asunto: Apelación sentencia

Se fija la suma de \$1'000.000,00 como agencias en derecho de esta instancia.

Notifíquese,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

-2-

Firmado Por:
Ruth Elena Galvis Vergara
Magistrada
Sala Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **f1db8f21288673fe91dc2ca065a8630876c7b06917de7bced9dbcf9a8c070896**

Documento generado en 17/11/2022 12:34:30 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C. SALA CIVIL

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Bogotá, D.C., diecisiete de noviembre de dos mil veintidós

Ponencia presentada y aprobada en Sala Civil de Decisión según acta de 26 de octubre de 2022.

Proceso:	Verbal – Divisorio – Incidente de perjuicios
Demandante:	Nury Yasmín Cortés Niño
Demandado:	Silvia Janeth Cortés Gómez y otros
Radicación:	110013103017201700582 01
Asunto:	Apelación sentencia
SC-040/22	

1

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación provocado por la parte demandante contra la decisión emitida 17 de mayo de 2022 por el Juzgado 17 Civil del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. Nury Yasmín Cortés Niño presentó demanda en contra de Andrés, Carlos Ernesto, David, Jorge Alberto y Silvia Janeth Cortés Gómez para que se declare (i) que no está obligada a permanecer en comunidad con los demandados con quienes ostentaba la propiedad en común y proindiviso del inmueble identificado con matrícula 50S-637196, (ii) que no es procedente la división material del predio, en consecuencia, se decrete la venta en pública subasta.

2. Mediante auto de 20 de febrero de 2018 [folio 3, PDF 05CuadernoPrincipalFolio115a294, 01CuadernoPrincipal], se admitió la demanda y se ordenó la inscripción de la demanda en el certificado de tradición y libertad del bien raíz objeto de *litis*.

3. Con decisión de 26 de febrero de 2021 se ordenó la división y embargo del bien; así mismo, se tuvo en cuenta el precio fijado de común acuerdo por las partes y se negaron las peticiones de mejoras, frutos y gastos elevadas por los demandados. Igualmente, se impuso

“condena en abstracto a cargo de los integrantes de la parte demandada, por los eventuales perjuicios que con la oposición se hayan generado a la demandante” [folios 1 a 4, PDF 11CuadernoPrincipalFolio312a323 *ibidem*].

4. La convocante presentó incidente de liquidación de perjuicios en contra de Andrés, Carlos Ernesto, David, Jorge Alberto y Silvia Janeth Cortés Gómez [folios 41 a 45, PDF 01CuadernoIncidenteFolio1a52, 02CuadernoIncidentePerjuicios]. Con ello, pretende que se les condene al pago de \$10.000.000 por daño moral y una suma igual por daño a la vida de relación.

La causa *petendi* allí expuesta admite la siguiente síntesis:

4.1. La actora es propietaria en común y proindiviso, junto con los demandados, de un inmueble ubicado en la calle 22 A sur #12H-28. Por las diferencias presentadas, especialmente en cuanto a la administración de los frutos, el 15 de diciembre de 2017 dio inicio al proceso divisorio.

4.2. El 22 de octubre de 2018 el extremo pasivo contestó la demanda y solicitó, entre otras, el pago de \$14.170.000 por concepto de cánones de arriendo con ocasión de la ocupación del inmueble por parte de la madre de la demandante, la señora Wenceslada Niño, así como las sumas que en lo sucesivo se causen.

4.3. El 26 de febrero de 2021, por confesión de la demandada quedó probado que ni las señoras Nury Yasmin ni Wenceslada son arrendatarias del inmueble y que la ocupación del bien obedeció a una conciliación entre la última y Andrés Cortés Pérez (causante de los comuneros).

4.4. Los convocados ejercieron su derecho a la defensa de forma dolosa al exponer situaciones contrarias a la realidad, lo que los hace responsables en los términos del artículo 80 de la Ley 1564 de 2012.

4.5. Las manifestaciones de su contraparte aumentaron sus cuadros de depresión y ansiedad, ya que le produjeron sentimientos de preocupación, estrés, congoja, impotencia, tristeza, irritabilidad, fracaso, pérdida de apetito y sueño y falta de interés por desarrollar cualquier otra actividad; por todo ello recibe tratamiento psicológico y psiquiátrico.

5. El extremo pasivo propuso como excepciones las de (i) inexistencia y demostración del daño moral y a la vida en relación, (ii) ausencia de prueba en la determinación de la suma para resarcir el daño moral y el daño a la vida en relación y (iii) abuso del derecho.

6. Con auto de 24 de septiembre de 2021 [folios 61 y 62 *ibidem*] se convocó a audiencia para los fines del artículo 129 de la Ley 1564 de 2012 y se decretaron las pruebas solicitadas por las partes.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 17 de mayo de 2022 se negaron las peticiones de la incidentante [folios 9 a 15, PDF 03CuadernoIncidenteFolio54a71, 02CuadernoIncidentePerjuicios]. Como sustento de su decisión el *a quo* expuso que de las pruebas recaudadas se pudo establecer que los padecimientos sufridos por la señora Cortés Niño se derivaron de su estado de salud, la infidelidad de su pareja y el estado de sus negocios. Recalcó que no es posible tener como prueba del daño la consulta médica de 23 de marzo de 2021 porque para esa fecha ya había sido resuelta a su favor la demanda. Agregó que las medidas cautelares decretadas y la subasta del predio no son consecuencia de la oposición infundada de su contraparte sino de la demanda presentada.

LA APELACIÓN

1. Inconforme la solicitante presentó recurso de apelación, cuyos argumentos se puede resumir en que la actuación dolosa de los enjuiciados al señalar que la señora Nury Cortés padeció de un estado de incertidumbre y zozobra cuando *“conoció por la correspondiente notificación por estado de la contestación presentada por los demandados, reflejada en un incremento en la afectación en su salud mental, aumentando la gravedad de los cuadros de ansiedad y depresión que ya presentaba debido a la enfermedad renal crónica, pielonefritis crónica, espondilitis anquilosante, cirrosis biliar primaria, trombocitopenia, a que actualmente padece, diagnosticada como una enfermedad autoinmune.”*

Añadió que conforme al historial médico, se puede deducir que el estado de la demandante se incrementó por las afirmaciones dolosas de los demandados, pues el análisis del médico Nicolás Rodríguez en cita del 25 de octubre de 2019 informa: *“Relata que desde hace un año ha presentado animo triste la mayor parte del tiempo, pérdida del interés por las cosas, llanto fácil, irritabilidad, ansiedad, pérdida de apetito, retracción social, aislamiento e insomnio mixto asociado a idea de preocupación y minusvalía por su estado de salud y por unos estresores externos.”*; cita que coincide con la contestación de la demanda del 22 de octubre de 2018, siendo los *“depresores externos”* a la actividad temeraria de los demandados al afirmar que la señora Nury era arrendataria del inmueble y debía pagar unos cánones, anidando allí la relación causal *“entre la (sic) el daño moral y a la vida de relación propuesta en el escrito del incidente y el ejercicio temerario y de mala fe acreditado en el proceso”*.

Enfatiza que con las pruebas recaudadas es suficiente para que se establezca la relación causal entre la conducta de los demandados y el empeoramiento de la condición médica de la incidentante. Dice que existe un error fáctico y de lógica porque lo que se planteó como

causante del daño no fue el embargo del bien sino la conducta de mala fe y temeraria de los demandados.

2. Al descorrer el traslado se dijo que no se probó la ocurrencia del supuesto de hecho que pretende sea declarado. Ello, por cuanto no se aportó ninguna prueba que demuestre que al haber dicho que la demandada debía arriendos se le agravaron sus males, enfermedades y dolencias con lo que se le causaron los perjuicios que pide se le indemnicen.

CONSIDERACIONES

1. Con la presencia de los llamados presupuestos procesales de la acción y sin que se advierta la incursión en causal que pueda viciar de nulidad lo actuado, están dadas las condiciones para que esta Corporación decida de fondo la instancia.

2. Preliminarmente se advierte que la Sala de Decisión se circunscribirá a analizar única y exclusivamente los reparos señalados por el apelante en la primera instancia, sustentados ante esta Sede, atendiendo la pretensión impugnativa que rige el recurso de apelación, de conformidad con lo regulado en los artículos 320, 327 y 328 de la Ley 564 de 2012.

3. Para definir la alzada, recuérdese que la censura se enfila contra la decisión que negó la imposición de condena en concreto en favor de la demandante, por los perjuicios que dijo se le ocasionaron con el actuar temerario y de mala fe de los convocados al oponerse a la división del inmueble objeto de litigio.

3.1. Para resolver, es preciso traer a colación lo dicho por el artículo 80 de la Ley 1564 de 2012 que señala:

«Cada una de las partes responderá por los perjuicios que con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe cause a la otra o a terceros intervinientes. Cuando en el proceso o incidente aparezca la prueba de tal conducta, el juez, sin perjuicio de las costas a que haya lugar, impondrá la correspondiente condena en la sentencia o en el auto que los decida. Si no le fuere posible fijar allí su monto, ordenará que se liquide por incidente.»

A la misma responsabilidad y consiguiente condena están sujetos los terceros intervinientes en el proceso o incidente.

Siendo varios los litigantes responsables de los perjuicios, se les condenará en proporción a su interés en el proceso o incidente.»

Por su parte, el numeral 1° del artículo 79 *ibídem* establece que la temeridad y la mala fe se presumen “[c]uando sea manifiesta la carencia

de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad”.

Finalmente, el inciso 3° del artículo 283 *ejusdem*, dice:

«En los casos en que este código autoriza la condena en abstracto se liquidará por incidente que deberá promover el interesado mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, estimada bajo juramento, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la providencia respectiva o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior. Dicho incidente se resolverá mediante sentencia. Vencido el término señalado sin promoverse el incidente se extinguirá el derecho».

3.2. Ahora bien, es menester recordar que el incidente resuelto en la decisión que se censura, tuvo origen en la providencia adoptada por el juez del proceso el 26 de febrero de 2021, quien al adicionar su proveído resolvió condenar “(...) *en abstracto a cargo de los integrantes de la parte demandada, por los eventuales perjuicios que con la oposición se hayan generado a la demandante*” [folio 3, PDF 11CuadernoPrincipalFolio312a323, 01PrimeraInstancia, PrimeraInstancia].

Según quedó dicho en el escrito incidental presentado, los perjuicios sufridos por la señora Nury Yasmín Cortés Niño provienen de la aseveración infundada de su contraparte al manifestar que se les adeudaban cánones de arriendo toda vez que la progenitora de aquella habitaba la casa de la cual son copropietarios; empero, en el proceso quedó plenamente probado que no existía ninguna obligación de ese tipo, por no mediar contrato de arriendo entre las partes. Por el contrario, se constató que la madre de la convocante residía en el lugar con ocasión de una conciliación a la que llegó con el causante de los involucrados en el proceso.

4. Entonces, teniendo en cuenta que la condena fue fijada en abstracto y que fue condicionada a “*los eventuales perjuicios*”, ello implica que en el incidente debía demostrarse su concepto, su causación y el nexo con el actuar de los demandados, así como presentar la liquidación motivada y específica de su cuantía.

Así las cosas, aunque la condena se impuso por el actuar temerario y de mala fe de la parte demandada al oponerse infundadamente a la división con argumentos que en el proceso se demostraron que no correspondían con la realidad, ello no implica *per se*, que se hayan causado perjuicios que deban ser liquidados en favor de quien promueve el incidente, puesto que está supeditado a que se acrediten probatoriamente.

Y es que, la definición de los perjuicios no fue finiquitada en el auto que impuso la condena en abstracto ya que se hace necesario

proceder con su acreditación porque si no se hace no hay claridad ni en el perjuicio a liquidar, ni en su cuantía.

5. Revisado el expediente, se tiene que en audiencia de 3 de mayo de 2022 se recibió el testimonio de Viviana Camelo Villamil, psicóloga que atendió en varias oportunidades a la señora Nury Cortés, al preguntarsele si alguna vez refirió que deber cánones de arrendamiento era el motivo de su consulta respondió *“literalmente no, solo me indica no me quieren solucionar el tema de los arriendos”* [minuto 11:25], a lo que el juez precisa que se refiere a arriendos que se le deben pagar a ella y no que ella adeuda, siendo confirmado de esa manera por la testigo. De ello da cuenta la nota clínica de 23 de marzo de 2021 en que se lee *“Paciente refiere todas mis esperanzas para mi nuevo negocio se fue para el piso porque se perdió, la casa quedo embargada, eso se fue a subasta, no me quieren solucionar el tema de los arriendos, ahí se fue todo al piso,”* [Folio 28 del PDF 01CuadernoIncidenteFolio1a52].

Y en cuanto al reporte, al que alude el apelante, del Psiquiatra Nicolás Rodríguez Bohorquéz, quien atendió a la señora Cortés el 25 de octubre de 2019, debe decirse que de una lectura completa y contextualizada del mismo no se desprende la interpretación que hace el recurrente; en la nota médica se lee: *“Paciente de 48 años con múltiples patologías médicas crónicas (...) relata que desde hace un año ha presentado siento que ya no puedo manejar los síntomas ya me siento cansada de tomar droga, todos los días tengo un síntoma diferente complicado todos los días me enfermo yo tuve un problema con él y eso me acabó de descompensar él estaba con una amante y me di cuenta de la situación nuestra vida sexual se deterioró me enteré ahora el 30 de mayo he sentido rabia, dolor, descontrol, no tengo motivación para nada, no quiero cocinar, no quiero salir, no me quiero levantar, el año pasado tuve 6 cirugías de varices esofágicas estoy durmiendo muy mal, supermal, me despierto muchas veces, ya casi no como Comenta que ha presentado ánimo triste la mayor parte del tiempo, pérdida del interés por las cosas, llanto fácil, irritabilidad, ansiedad, pérdida de apetito, retracción social, aislamiento e insomnio mixto asociado a ideas de preocupación y minusvalía por su estado de salud y unos estresores externos. Estos síntomas aparecen en el contexto del deterioro de su estado de salud por múltiples patologías médicas y se acentúan en mayo 2019 posterior a enterarse de infidelidad por parte de su pareja. No había sido valorado por psiquiatría previamente.”* [Folios 12-13 en archivo 01CuadernoIncidenteFolio1a52].

En la consulta del 16/04/2021, se lee: *“Análisis: Paciente de 50 años con idx de trastorno de adaptación con múltiples comorbilidades, quien manifiesta que tiene cambios afectivos importantes de acuerdo a los síntomas físicos por condiciones base, tiene momentos de marcada tristeza, se presenta a diario, con episodios de ansiedad ocasionales, síntomas físicos sensación de dificultad para respirar, temblor “me da como una desesperación”, con disminución del apetito, con irregularidad en el sueño en relación a parcial control del dolor, ... preocupada por su situación económica, con deseo de cambio de lugar de vivienda.”* [folio 39 en archivo 01CuadernoIncidenteFolio1a52].

Claramente se aprecia que el estado anímico de la señora Cortés se vio afectado por el deterioro de su estado físico dadas las “*múltiples patologías médicas*” que la aquejan y acentuadas por la infidelidad de su pareja; así mismo manifestó su preocupación por situación económica, y por el embargo de la casa que se dispuso rematar, hecho por demás destacado en el escrito incidental, así que pertinente y acertado fue el análisis que hiciera el *a quo* al respecto.

En ningún aparte del historial clínico se hizo siquiera alusión por la paciente a su relación con los aquí demandados, ni a la incidencia del desarrollo de este proceso y de la conducta de su contraparte, como fuente que agudizara sus patologías, o propiciara su afección emocional, le impidiese sus relaciones interpersonales, o la privara de disfrutar de alguna actividad que antes desarrollaba.

6. Así las cosas, aunque se haya demostrado que la señora Nury Yasmín Cortés, tuvo diversas afecciones en su salud tanto física como mental, es huérfano de prueba el nexo causal entre lo dicho por los convocados al contestar la demanda y sus padecimientos. Por el contrario, quedó evidenciado que la señora Cortés tiene serias complicaciones de salud por la evolución de diversas patologías de base, que han determinado también afectación de su estado anímico y psicológico.

Es decir, no se demostró que el proceder de los demandados haya sido la causa exclusiva y directa de las afecciones de salud de la demandante y que, en consecuencia, deban serle reparados por concepto de daño moral y daño a la vida en relación; de los que pertinente es indicar, se piden sin distinguir de manera concreta en que forma se verificó uno y otro, pues se trata de daños diversos.

6.1. En efecto acerca del daño moral, de tiempo atrás, ha sentado la jurisprudencia:

“El daño moral, en sentido lato, está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, “que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo” (cas.civ. sentencia 13 de mayo de 2008, SC-035-2008, exp. 11001-3103-006-1997-09327-01), de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, perturbación anímica, desolación, impotencia u otros signos expresivos, concretándose en el menoscabo “de los sentimientos, de los afectos de la víctima, y por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso” (Renato Scognamiglio, voz Danno morale, en Novissimo Digesto italiano, vol. V, Turín, Utet, 1960, p. 147; ID., Il danno morale, Milano, 1966; El daño moral- Contribución a la teoría del daño extracontractual, trad. esp. Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Antares, Bogotá, 1962, pp.14 ss.), o sea, son daños pertenecientes al ámbito de los padecimientos del ánimo,

las sensaciones, sentimientos, sensibilidad, aptitud de sufrimiento de la persona y por completo distintos de las otras especies de daño.6.2. Por su parte, el daño a la vida de relación”¹.

6.2. Por su parte, el daño a la vida de relación:

“(…) a diferencia del daño moral, que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo, el daño a la vida de relación constituye una afectación a la esfera exterior de la persona, que puede verse alterada, en mayor o menor grado, a causa de una lesión infligida a los bienes de la personalidad o a otro tipo de intereses jurídicos, en desmedro de lo que la Corte en su momento denominó “actividad social no patrimonial”

Dicho con otras palabras, esta especie de perjuicio puede evidenciarse en la disminución o deterioro de la calidad de vida de la víctima, en la pérdida o dificultad de establecer contacto o relacionarse con las personas y cosas, en orden a disfrutar de una existencia corriente, como también en la privación que padece el afectado para desplegar las más elementales conductas que en forma cotidiana o habitual marcan su realidad. Podría decirse que quien sufre un daño a la vida de relación se ve forzado a llevar una existencia en condiciones más complicadas o exigentes que los demás, como quiera que debe enfrentar circunstancias y barreras anormales, a causa de las cuales hasta lo más simple se puede tornar difícil. Por lo mismo, recalca la Corte, la calidad de vida se ve reducida, al paso que las posibilidades, opciones, proyectos y aspiraciones desaparecen definitivamente o su nivel de dificultad aumenta considerablemente. Es así como de un momento a otro la víctima encontrará injustificadamente en su camino obstáculos, preocupaciones y vicisitudes que antes no tenía, lo que cierra o entorpece su acceso a la cultura, al placer, a la comunicación, al entretenimiento, a la ciencia, al desarrollo y, en fin, a todo lo que supone una existencia normal, con las correlativas insatisfacciones, frustraciones y profundo malestar”².

8

6.3. Del material probatorio acopiado en el incidente, ciertamente no surge acreditado con contundencia ninguno de los daños para los que sin distinción se pide reparación, como tampoco de su intensidad, menos aún de la relación de causalidad con la conducta temeraria imputada a los demandados.

7. Como se consignó en precedencia, no basta con alegar un daño o perjuicio, sino que es indefectible demostrarlo y que se establezca con total certeza que la causa directa de la aflicción se deriva del actuar reprochable de aquel a quien se le atribuye.

Así las cosas, como lo concluyó el *a quo* no hay lugar a conceder la indemnización por perjuicios que se reclama en el incidente; razón

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 18 de septiembre de 2009, expediente 20001-3103-005-2005-00406-01, MP. William Namén Vargas.

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 13 de mayo de 2008, expediente 11001-3103-006-1997-09327-01, MP. César Julio Valencia Copete.

por la cual se confirmará la decisión fustigada y, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 365 de la Ley 1564 de 2012, se condenará en costas a la apelante vencida.

DECISIÓN

Habida cuenta de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., en Sala de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida el 17 de mayo de 2022 por el Juzgado 17 Civil del Circuito de Bogotá

SEGUNDO: CONDENAR en costas al apelante vencido.

Notifíquese y cúmplase,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Magistrada

110013103017201700582 01

9

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Magistrada

110013103017201700582 01

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

Magistrado

110013103017201700582 01

-2-

Firmado Por:

Ruth Elena Galvis Vergara

Magistrada

Sala Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jorge Eduardo Ferreira Vargas
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Maria Patricia Cruz Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **df833394ef62c7ed29733f27354411b2760e75e238a37ca12d69d90f81d7e953**

Documento generado en 17/11/2022 12:33:52 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL**

Magistrada Ponente

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

**ASUNTO: ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE
ADMINISTRADOR PROMOVIDO POR LA SEÑORA LIGIA SUSANA
SÁNCHEZ Y OTRO CONTRA EL SEÑOR OMAR ANDRÉS CHAUSTRE Y
OTROS. Rad. 021 2017 00433 01**

Sentencia escrita conforme al artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, cuyo proyecto se discutió y aprobó en sala de decisión del 5 de octubre de 2022, según acta No. 39

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia que profirió el Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá el 29 de julio de 2022, dentro de este asunto, para cuyos efectos se evocan los siguientes

I. ANTECEDENTES

1. La señora Ligia Susana Sánchez de Rojas y el señor Ricardo Rojas Suárez promovieron demanda de responsabilidad de accionistas y administradores contra el señor Andrés Omar Chaustre Hernández, la señora María Teresa Bolívar Echevarría y la sociedad Temporal S.A.S., para que se acojan las siguientes pretensiones:

“DECLARATIVAS

PRIMERA: Que se declare que la señora MARÍA TERESA BOLÍVAR, en su calidad de Representante Legal de TEMPORAL SAS, incumplió sus deberes legales y estatutarios al permitir la realización de una serie de gastos a cargo de la sociedad TEMPORAL SAS no relacionados con su objeto social, destinados a favorecer y enriquecer sin justa causa al

accionista ANDRÉS OMAR CHAUSTRE, disminuyendo así la rentabilidad de la sociedad y, en consecuencia, la utilidad a favor de los demás accionistas.

SEGUNDA. Que se declare que el señor ANDRÉS OMAR CHAUSTRE abusó de sus derechos como accionista de la sociedad TEMPORAL SAS, utilizando su calidad de accionista y administrador para que la sociedad generara ingresos extraordinarios a su favor sin ningún tipo de sustento legal, enriqueciéndolo sin justa causa y disminuyendo la rentabilidad de la sociedad y, en consecuencia, de la utilidad a favor de los demás accionistas.

TERCERA. Que se declare que en virtud de los ingresos y beneficios no justificados recibidos por el señor ANDRÉS OMAR CHAUSTRE y avalados por la conducta o misiva de la Representante Legal, la señora MARÍA TERESA BOLÍVAR de la sociedad TEMPORAL SAS, se causó un perjuicio a los demandados, al recibir un menor valor por concepto de dividendos de la sociedad TEMPORAL SAS, al disminuir la rentabilidad de la empresa y, por tanto, distorsionar su utilidad real.

CONDENATORIAS

Teniendo en cuenta el artículo 206 del Código General del Proceso, estimo bajo gravedad de juramento que los perjuicios causados a mi poderdante corresponden a los siguientes conceptos y montos:

PRIMERA. Que se condene a ANDRÉS OMAR CHAUSTRE al pago de DOSCIENTOS VEINTISIETE MILOONES CUATROCIENTOS TRECE MIL SETECIENTOS SESENTA Y TRES PESOS M/L (\$227.413.663), a favor de LIGIA SUSANA SÁNCHEZ DE ROJAS correspondientes a su porción de las utilidades dejadas de recibir en virtud de la menor rentabilidad generada por los ingresos extraordinarios e injustificados recibidos por el señor ANDRÉS OMAR CHAUSTRE durante los periodos 2002 a 2015.

SEGUNDA. Que se condene a ANDRÉS OMAR CHAUSTRE al pago de QUINIENTOS DOCE MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS M/L (\$512.689.974) a favor de RICARDO ROJAS SUÁREZ correspondientes a su porción de las utilidades dejadas de recibir en virtud de la menor rentabilidad generada por los ingresos extraordinarios e injustificados recibidos por el señor ANDRÉS OMAR CHAUSTRE durante los periodos 2002 a 2015.

TERCERA. Que se condene de manera solidaria a MARÍA TERESA BOLÍVAR al pago de la suma de dinero indicada en los numerales PRIMERO y SEGUNDO anteriores a favor de LIGIA SUSANA SÁNCHEZ DE ROJAS y RICARDO ROJAS SUÁREZ en virtud de su responsabilidad como administradora de TEMPORAL SAS por la violación a sus obligaciones legales y estatutarias, que implicaron una menor rentabilidad para la sociedad.

CUARTA. Que las sumas por las cuales sean condenados los demandados, sean indexadas desde la fecha en que se generó el detrimento patrimonial, hasta la fecha efectiva de pago de la condena.

QUINTA. Que se condene a los demandados a pagar a la parte demandante las sumas por las cuáles sean condenados, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la firmeza de la sentencia, vencidos los cuales deberán cancelar los respectivos intereses moratorios a la tasa máxima fijada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

SEXTA. Que la parte demandada sea condenada al pago de las costas y agencias en derecho que genere el desarrollo del presente proceso”.

2. Como sustento de lo pretendido adujeron que la sociedad Temporal SAS (antes Temporal Ltda.) fue constituida mediante escritura pública No. 3782 de la Notaría 4ª de Bogotá el 5 de agosto de 1971, con domicilio en Bogotá; en el mes de marzo de 1973 se creó una nueva sociedad Temporal Ltda. para la ciudad de Cali; y en el mes de septiembre de 1975 una tercera sociedad con domicilio en la ciudad de Medellín.

2.1. Que dentro de los acuerdos internos a los que llegaron los socios, específicamente los señores Andrés Omar Chaustre y Ricardo Rojas Suárez, se convino que cuando cumplieran 60 años se retirarían de sus funciones administrativas de la compañía, de ahí que Rojas Suárez cumplió ese pacto en el mes de octubre de 1997, pero el señor Chaustre pese a que satisfizo ese requisito en el año 2000, decidió continuar con sus funciones administrativas.

2.2. Que el 7 de noviembre de 2001 el señor Ricardo Rojas Suárez dejó el cargo de suplente del gerente y se designó al señor Andrés Omar Chaustre; que mediante escritura pública No. 9197 de la Notaría 47 de Bogotá de 29 de octubre de 2010 se fusionaron las sociedades, siendo la absorbente Temporal Ltda., con domicilio en Bogotá y en ese mismo acto se transformó a sociedad por acciones simplificada, continuando el señor Chaustre en su cargo; y que, por su parte, la señora María Teresa Bolívar ha ejercido funciones administrativas desde 1992, inició como representante legal con domicilio en Medellín y luego de la fusión y hasta el año 2012 se encargó de la dirección de las oficinas de Medellín, sin ejercer representación legal.

2.3. Que el 26 de marzo de 2012 mediante acta No. 004 de Junta Directiva la señora María Teresa Bolívar fue designada como representante legal principal en reemplazo del señor Juan Pablo

Chaustre; que desde el 07 de noviembre de 2001 éste es el único socio que ejerce funciones administrativas y la relación jurídica entre la sociedad y el accionista ha sido de diferente naturaleza, ya que siempre han implicado el pago a su favor de cuantiosas sumas de dinero que representan un alto porcentaje de los costos administrativos de la sociedad; y que tras reunión del 1° de marzo de 2011 el señor Ricardo Rojas Suárez manifestó su preocupación por los gastos ejecutados por la sociedad en favor del señor Andrés Chaustre durante el año 2010 y, adicionalmente, propuso su retiro como administrador.

2.4. Que en reuniones ordinarias de asamblea de accionistas de los años 2012, 2013 y 2014, la señora María Teresa Bolívar presentó informes de gestión que no cumplieran con los requisitos del artículo 446 del Código de Comercio y el canon 47 de la Ley 222 de 1995; que el 1° de enero de 2014 el señor Andrés Omar Chaustre fue vinculado mediante contrato de trabajo a la sociedad Temporal SAS, bajo el encargo de Presidente y con una asignación salarial de \$16.800.000 mensuales, pese a que según los artículos 28 y 29 de los estatutos sociales, la determinación del monto del salario de un administrador debía ser fijada por la Junta Directiva.

2.5. Que la asignación salarial del señor Andrés Omar Chaustre correspondía aproximadamente al 30% de la totalidad de los gastos de la planta administrativa de la sociedad, su salario era cuatro veces el salario promedio de los demás directivos; que en ese mismo año (2014), la señora María Teresa Bolívar citó en repetidas ocasiones a los accionistas con el fin de solicitarles préstamos, avales y garantías para la obtención de recursos adicionales para la sociedad, todo esto destinado a pagar los costos de nómina y prestacionales de la empresa, porque los recursos de la sociedad no alcanzaban.

2.6. Que tras un proceso de revisión de la información contable, el señor Ricardo Rojas Suárez contrató los servicios de un contador público con el fin de analizar la información entregada por la sociedad y presentar un informe, en el que identificó que: la empresa no estaba cumpliendo con un adecuado cierre mensual documental en las cuatro ciudades que generan los comprobantes de ingresos; falta de claridad en

los terceros y conceptos de gastos que se debían cargar a la sociedad; falta de supervisión y control en el proceso de diligenciamiento y de documentación y archivo de comprobantes de egreso y de soportes; falencias en el proceso de capacitación y direccionamiento en la elaboración y contabilización de los comprobantes de egreso por parte del personal encargado; falencias en la revisión de los consecutivos de los comprobantes de egreso y falta de orden e instrucción sobre soportes y/o legalización de gastos.

2.7. Que, de acuerdo con la información contable, los ingresos que recibió el señor Andrés Omar Chaustre como contraprestación directa por sus servicios, fueron por \$440.602.751 entre los años 2006 a 2009; \$500.149.812 entre 2009 y 2013; y \$336.000.000 por el año 2014. Además, se identificó que recibía ingresos adicionales como beneficiario de otros pagos que fueron contabilizados como gastos de la empresa, pero que realmente correspondían a gastos personales del señor Andrés Omar Chaustre y que no tenían relación alguna con la operación del negocio.

2.8. Que el 25 de marzo de 2015, se desarrolló la asamblea de accionistas correspondiente al ejercicio de 2014, reunión en la que la señora María Teresa Bolívar, en su calidad de representante legal, nuevamente presentó un informe de gestión incompleto, teniendo en cuenta la falta de detalle que presentaba la información financiera y contable con respecto a las relaciones económicas de la sociedad con el accionista Andrés Omar Chaustre, por ello tomaron la decisión de no aprobar los estados financieros; y que mediante informe del contador público externo de la sociedad el 24 de marzo de ese mismo año (2015), en su calidad de accionistas **se dieron cuenta del abuso y del conflicto de intereses en que habían incurrido los demandados en calidad de administradores de la sociedad Temporal SAS desde el año 2000 al 2015**, disminuyendo la rentabilidad de la empresa y, por tanto, distorsionando su utilidad real, causándoles un perjuicio al patrimonio, al recibir un menor valor por concepto de dividendos de la sociedad.

3. Notificados del auto admisorio de la demanda, los demandados contestaron la demanda¹, donde se opusieron a las

¹ Cfr. archivo 47AnexoAAB ConestaciónDemanda2021-01-084845.PDF *ibidem*

pretensiones por vía de las excepciones de mérito que denominaron: **i)** “Falta de legitimación en la causa por pasiva”; **ii)** “Prescripción extintiva de la acción”; **iii)** “Conocimiento y aprobación tácita por parte de los demandantes del cargo desempeñado por el señor Andrés Omar Chaustre en la sociedad Temporal S.A.S. (antes Temporal Ltda.) y las erogaciones percibidas por él en virtud de dicho cargo”; **iv)** “Inexistencia del hecho generador del daño”; **v)** “Inexistencia del daño”; **vi)** “Falta de existencia de nexo causal”; **vii)** “Excepción genérica”.

4. Agotado el trámite de la instancia, la Juez de primer grado declaró probada de oficio la falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva; denegó las pretensiones; y condenó en costas a la parte demandante.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Comenzó por examinar si existe o no la legitimación en la causa por activa y por pasiva, punto en que refirió que atendidos los hechos de la demanda, límite para proferir la sentencia, de su texto se extracta que se acudió a la responsabilidad de que trata el artículo 25 de la Ley 222 de 1995; y que de los alegatos de conclusión se evidencia que existe ambigüedad en la normatividad a aplicar, empero, para el Despacho no existe duda que es la citada ley y artículo, pese a que no hay claridad en torno al señor Andrés Omar Chaustre, de quien se reclaman actos que desplegó como presidente de la compañía.

Seguido, tras reseñar la definición y aspectos que conciernen a la legitimación en la causa, insistió en que la acción no solo ostenta un carácter social, sino también puede ser individual; que según la doctrina la acción de carácter indemnizatorio busca reintegrar al patrimonio social por daños y perjuicios y el canon 25 de la citada ley también regula la acción de carácter individual, que es la que se ejerce en la demanda, porque formularon pretensiones para proteger su patrimonio personal.

Insistió, que en la demanda sus promotores afirman que el actuar violatorio de los demandados en los años 2002 a 2015, en contravía de las normas mercantiles, fue lo que redujo la rentabilidad de la sociedad y

de los accionistas y afectó su patrimonio, su participación porcentual, por ende, solicitan se les condene por las utilidades dejadas de percibir, lo que en principio denota que se trata de una acción individual porque reclaman un perjuicio como consecuencia de no haber recibido las utilidades, lo que conlleva una acción por responsabilidad de administrador en la que la sociedad no tiene legitimación por pasiva porque no desempeña la calidad de administrador; y que las demás personas naturales sí pueden ser llamadas por actos de administración; empero, los convocantes no tienen legitimación para este tipo de pretensiones, toda vez que a la radicación de la demanda no tenían la calidad de socios visto que según el Libro IV dejaron de tener la calidad de accionistas el 27 de enero de 2016 al vender sus acciones a la sociedad Macro Servicios Integrales SAS, luego carecen de legitimación porque se está ante una acción de responsabilidad contra el administrador.

Reseñó, que no es posible darles aplicación a los artículos 830 y 831 del C. Co., en concordancia con el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, en razón a que la figura allí prevista, abuso del derecho, es exclusiva para los accionistas, calidad que no tenían los demandantes; que cualquier acción derivada de la calidad de socios cesó desde la venta de sus acciones; y al no tener la calidad de accionistas, no tienen la legitimación por activa.

Precisó que frente a la acción de carácter individual, se ejerce para reclamar daños de modo directo, pero los demandantes lo hacen frente a perjuicios de carácter indirecto porque invocan que la conducta de los demandados redujo la rentabilidad de la sociedad y a su vez de los socios, a más que según la doctrina si el acto golpeó al accionista, solo tiene acción social, debiendo ejercer la acción la persona jurídica por medio de sus representantes o mandatarios, en razón a que los accionistas no tienen la capacidad para representar a la sociedad; y como en la demanda se invocó el detrimento del ganancial de la sociedad y la que obtendrían los accionistas, conlleva al fracaso de las pretensiones.

Destacó que los actos reprochados al señor Chaustre devienen de los desplegados en administración y a consecuencia de la calidad de administrador de la sociedad; que si bien se presentó un juramento

estimatorio, no se impondrá sanción como consecuencia del fracaso de las pretensiones, porque no se advierte actuar negligente o temerario de la parte actora por delimitar la acción de manera tan restrictiva. Insistió, que tampoco encuentran viabilidad las aspiraciones bajo el marco del artículo 43 porque los convocantes no tienen la calidad de accionistas; y no se abre paso el estudio de los hechos bajo otra óptica por razón del principio de congruencia previsto en el artículo 281 del Código General del Proceso.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, el apoderado de los demandantes apeló la sentencia en audiencia con fundamento en los siguientes reparos concretos:

i) El análisis de la falta de legitimación en la causa no es acorde con lo definido en la ley, en especial el Código de Comercio y demás normas aplicables por cuanto el objeto de la demanda quedó circunscrito por el abuso del derecho, conforme a los artículos 830 y 831 de dicho compendio normativo, concordantes con el artículo 47 de la Ley 1256 de 2008, al tratarse de decisiones de accionistas en asambleas, institución que se da de manera general.

ii) La calidad de accionistas la tenían a la radicación de la demanda, luego la venta registrada con posterioridad no los deslegitima, en tanto acuden como terceros que sí sufrieron un perjuicio por las sumas de dinero que dejaron de percibir como utilidades, siendo ese perjuicio directo por los actos del señor Chaustre, quien se enriqueció en forma ilícita, avalado por la señora María Teresa Bolívar.

Mediante escrito que presentó dentro de la oportunidad prevista en la citada norma, adicionó el siguiente:

iii) *Indebida aplicación de la normatividad procesal y sustancial vigente* por el error en que incurrió al determinar que la legislación aplicable es la Ley 222 de 1995, ya que está promoviendo una acción civil de responsabilidad por abuso del derecho en el que incurrió el señor Andrés Omar Chaustre durante su etapa de accionista en la empresa

Temporal S.A.S., en el período comprendido entre 2006 a 2015, según lo dispuesto en los artículos 830 y 831 del Código de Comercio, reglas que aplican para cualquier actuación que desarrolle cualquier persona; y no se trata, como se indicó en la sentencia, del abuso del derecho previsto en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, cuyos presupuestos hacen referencia al abuso del derecho del voto y en determinaciones tomadas en asambleas de accionistas, en tanto que el abuso de dicho demandado se debió a actos individuales, encaminados a sacar ventajas personales sin consultar el interés social.

En lo que se refiere a la señora María Teresa Bolívar, es evidente que contribuyó a que el señor Andrés Chaustre abusara de sus derechos en contravía de sus intereses, por ello se endilga su responsabilidad solidaria por incumplimiento de sus deberes legales y estatutarios como representante legal, lo cual debe ser evaluado conforme a las reglas de la Ley 222 de 1995 y el Código de Comercio al tratarse de una acción de responsabilidad extracontractual; y bajo la premisa de una acción individual de responsabilidad, tampoco tiene cabida lo indicado por el despacho sobre la legitimación de los demandantes por el hecho de que no tenían la calidad de accionistas al momento de presentar la demanda, ya que el artículo 25 de dicha ley no restringe o impide la acción exclusivamente por quien ostente la calidad de accionista.

Por auto adiado 8 de septiembre de 2022 se ordenó correr el traslado previsto en el inciso 3º del artículo 12 de la Ley 22013 de 2022.

A través de escritos enviados por correo electrónico a la Secretaría de este Tribunal el apoderado de la parte apelante sustentó en debida forma su recurso de alzada, respecto del cual se pronunció en oportunidad su contraparte.

IV. CONSIDERACIONES

1. Atendiendo los reparos formulados, corresponde a la Sala determinar si la juzgadora de primera instancia incurrió en algún yerro en la decisión de fondo en cuanto a la declaratoria oficiosa de la falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva, toda vez que, en caso

afirmativo, correspondería adentrarse la Sala en el examen de los elementos de la acción incoada.

2. Para resolver, comienza la Sala por recordar que la legitimación en la causa consiste en la facultad que tiene una determinada persona para demandar de otra el derecho o la cosa controvertida, por ser justamente quien debe responderle, esto, puede ser mejor expresado por aquel famoso concepto de Chiovenda, según el cual, la legitimación en causa es *“la identidad de la persona del actor con la persona a la cual se concede la acción (legitimación activa) y la identificación de la persona del demandado contra la persona frente a la cual es concedida la acción (legitimación pasiva)”*.²

Además, porque es condición necesaria para la viabilidad de la pretensión formulada, pues en términos de la Corte Suprema de Justicia *“la legitimación en la causa es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, en cuanto concierne con una de las condiciones de prosperidad de la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste, motivo por el cual su ausencia desemboca irremediablemente en sentencia desestimatoria debido a que quien reclama el derecho no es su titular o porque lo exige ante quien no es el llamado a contradecirlo”*³.

La Corporación en comento, en pronunciamiento posterior al citado reiteró: *“la legitimación en la causa, bien por activa o por pasiva, no es una excepción sino que es uno de los requisitos necesarios e imprescindibles para que se pueda dictar providencia de mérito, ora favorable al actor o bien desechando sus pedimentos, porque entendida ésta ‘como la designación legal de los sujetos del proceso para disputar el derecho debatido ante la jurisdicción, constituye uno de los presupuestos requeridos para dictar sentencia de fondo, sea estimatoria o desestimatoria. Y en caso de no advertirla el juez en la parte activa, en la pasiva o en ambas, deviene ineluctablemente, sin necesidad de mediar ningún otro análisis, la expedición de un fallo absolutorio; de allí que se imponga examinar de*

² CHIOVENDA GIUSEPPE. Principios del Derecho Procesal Civil, trad. De Jose Casais y Santolo, Madrid, Reus, 1997, T II, pag. 16

³ CSJ SC de 14 de marzo de 2002, Rad. 6139; se subraya.

entrada la legitimación que le asiste a la parte demandante para formular la pretensión' (sentencia de casación N° 051 de 23 de abril de 2003, expediente 76519)" (CSJ SC de 23 de abril de 2007, Rad. 1999-00125-01; se subraya).

Y en lo que interesa al presente asunto, también resulta pertinente tener en cuenta que la Corte ha sostenido que: "Conviene desde luego advertir, para no caer en el error en que incurrió el Tribunal que cuando el tratadista italiano y la Corte hablan de "acción" no están empleando ese vocablo en el sentido técnico procesal, esto es como el derecho subjetivo público que asiste a toda persona para obtener la aplicación justa de la ley a un caso concreto, y que tiene como sujeto pasivo al Estado, sino como sinónimo de "pretensión", que se ejercita frente al demandado. Para que esa pretensión sea acogida en la sentencia es menester, entre otros requisitos, que se haga valer por la persona en cuyo favor establece la ley sustancial el derecho que se reclama en la demanda, y frente a la persona respecto de la cual ese derecho puede ser reclamado. De donde se sigue que lo concerniente a la legitimación en la causa es cuestión propia del derecho sustancial y no del derecho procesal, razón por la cual su ausencia no constituye impedimento para desatar en el fondo el litigio sino motivo para decidirlo en forma adversa al actor. Si el demandante no es titular del derecho que reclama o el demandado no es persona obligada, el fallo ha de ser adverso a la pretensión de aquel, como acontece cuando reivindica quien no es el dueño o cuando este demanda a quien no es poseedor.

Por cuanto una de las finalidades de la función jurisdiccional es la de componer definitivamente los conflictos de interés que surgen entre los miembros de la colectividad, a efecto de mantener la armonía social, es deber del juez decidir en el fondo las controversias de que conoce, a menos que le sea imposible hacerlo por existir impedimentos procesales, como ocurre cuando faltan los presupuestos de capacidad para ser parte o demanda en forma. La falta de legitimación en la causa de una de las partes no impide al juez desatar el litigio en el fondo, pues es obvio que si se reclama un derecho por quien no es su titular o frente a quien no es el llamado a responder, debe negarse la pretensión del demandante en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada material, a fin de terminar definitivamente ese litigio, en lugar de dejar las puertas abiertas, mediante un fallo inhibitorio para que quien no es titular del derecho insista en reclamarlo

indefinidamente, o para que siéndolo lo reclame nuevamente de quien no es persona obligada, haciéndose en esa forma nugatoria la función jurisdicción cuya característica más destacada es la de ser definitiva (CXXXVIII, 364/65).

3. Al confrontar los anteriores planteamientos de orden jurisprudencial con las razones expuestas por la juzgadora de primer grado, se tiene que acertó en cuanto a declarar probada de oficio la falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva, puesto que, al interpretar la demanda, una vez verificados sus hechos y pretensiones, al igual que los fundamentos jurídicos que le sirven de soporte, se tiene que la acción ejercida, en verdad, se ajusta a la responsabilidad que se deriva del artículo 25 de la Ley 222 de 1995⁴.

En efecto, nótese que en las aspiraciones del libelo introductorio se propende porque se declare que la demandada, señora María Teresa Bolívar, en su calidad de Representante Legal de la sociedad Temporal S.A.S., incumplió sus deberes legales y estatutarios *“al permitir la realización de una serie de gastos no relacionados con su objeto social, destinados a favorecer y enriquecer sin justa causa”* al otrora demandado Andrés Omar Chaustre *“disminuyendo así la rentabilidad de la sociedad y, en consecuencia, la utilidad a favor de los demás accionistas”* (Se destaca).

⁴ *“La acción social de responsabilidad contra los administradores corresponde a la compañía, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios, que podrá ser adoptada aunque no conste en el orden del día. En este caso, la convocatoria podrá realizarse por un número de socios que represente por lo menos el veinte por ciento de las acciones, cuotas o partes de interés en que se halle dividido el capital social.*

La decisión se tomará por la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión e implicará la remoción del administrador.

Sin embargo, cuando adoptada la decisión por la asamblea o junta de socios, no se inicie la acción social de responsabilidad dentro de los tres meses siguientes, ésta podrá ser ejercida por cualquier administrador, el revisor fiscal o por cualquiera de los socios en interés de la sociedad. En este caso los acreedores que representen por lo menos el cincuenta por ciento del pasivo externo de la sociedad, podrán ejercer la acción social siempre y cuando el patrimonio de la sociedad no sea suficiente para satisfacer sus créditos.

Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de los derechos individuales que correspondan a los socios y a terceros”.

Aspiración de la que se desprende la ambigüedad retratada por la sentenciadora de primera instancia en la sentencia que apelada, no solo la endilgada al apoderado de los demandantes en fase de los alegatos de conclusión, sino la que deriva de la lectura de la pretensión misma, en la medida que se invoca que permitió la realización de actos que, a la postre, conllevaron a que el otro convocado se enriqueciera injustificadamente, dejando en evidencia que desde la génesis de la acción no se expuso con claridad la senda y persecución respecto de dicha llamada a juicio; no obstante, se aprecia que se alegó la disminución de la rentabilidad de los accionistas como consecuencias de los actos de la sociedad.

De igual modo, se pidió declaración en el sentido de que el señor Andrés Omar Chaustre abusó de sus derechos como accionista de la sociedad, bajo el uso de su calidad de accionista y administrador *“para que la sociedad generara ingresos extraordinarios a su favor sin ningún tipo de sustento legal, enriqueciéndolo sin justa causa y disminuyendo la rentabilidad de la sociedad y, en consecuencia, de la utilidad a favor de los demás accionistas”*, exposición de la que no se infiere si se ventila una eventual reclamación por abuso del derecho (como se pide en la alzada), por enriquecimiento sin justa causa, o por vía de la acción de responsabilidad del administrador, a la que se concluyó en el fallo que se acudió, según se desprende del contenido de los poderes, de la demanda y de la misma convocatoria a la conciliación prejudicial.

Además, nótese que en la tercera pretensión se ambiciona que *“en virtud de los ingresos y beneficios no justificados recibidos por el señor Andrés Omar Chaustre”*, avalados por la conducta omisiva de la otra convocada en su condición de representante legal, les generó un perjuicio a los actores, fundado en el hecho de haber percibido un menor valor de dividendos de la sociedad, reducida y distorsionada en su utilidad real, lo cual denota que la tesis o conclusión a la que arribó la funcionaria de primera instancia no luce antojadiza o alejada de lo que se desprende del cuerpo e interpretación de la demanda, examinada en su conjunto, por razón de la falta de precisión de la modalidad de acción a la que acudieron los convocantes.

Ahora bien, recuérdese que, en términos de la doctrina, por medio de la acción social de responsabilidad a la que se refiere el artículo 25 de la Ley 222 de 1995 “*se procura reconstituir el patrimonio de la sociedad, cuando a éste lo ha diezmado la acción u omisión de sus administradores*”⁵; y son sus rasgos principales los siguientes:

- a) *Corresponde a la sociedad, que es la persona principalmente legitimada para su ejercicio.*
- b) *Requiere determinación del máximo órgano social adoptada con el voto favorable de la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión.*
- c) *Puede adoptarse en cualquier reunión, ordinaria, extraordinaria o especial, aunque no conste en el orden del día.*
- d) *A falta de convocatoria por parte de las personas facultadas en general para ese efecto, el llamamiento a la reunión lo pueden realizar directamente uno o varios socios, siempre que representen por lo menos el veinte por ciento del capital social.*
- e) *La decisión adoptada por la asamblea o junta de socios implica automáticamente la remoción del administrador.*
- f) *Si adoptada la determinación no se presenta la demanda dentro de los tres meses siguientes, la acción podrá ejercerla cualquier administrador, el revisor fiscal o cualquiera de los socios en interés de la sociedad. En este caso, también los acreedores pueden ejercer la acción, siempre que las deudas que representen equivalgan por lo menos al 50 por ciento del pasivo externo de la sociedad y el patrimonio de la compañía no sea suficiente para satisfacer sus créditos.*
- g) *La acción social de responsabilidad no les impide a los socios o acreedores que la presenten, el ejercicio de acciones individuales*⁶.

Y ello es así, porque en términos de la Corte Suprema de justicia, en la providencia citada por la falladora de instancia, *mutatis mutandis*, frente a las dos acciones judiciales que pueden promoverse cuando los encargados del gobierno de una sociedad obran a pesar de la constatación de un conflicto de interés o de competencia con el ente moral, sin contar con la autorización informada de la Asamblea General de Accionistas o de la Junta de Socios, “*El objeto de la reclamación dirigida a evidenciar la responsabilidad de los administradores, cuando se incurre en conflicto de interés o competencia con la sociedad, es el de recomponer el capital social perdido o mermado por la incorrección de los administradores, razón por la cual es el ente moral, como guardián de su patrimonio, el sujeto habilitado, en principio, para impetrar la queja, pues la lesión no afecta al asociado de manera directa, sino en forma mediata, es decir, en razón del daño*”

⁵ REYES VILLAMIZAR, Francisco, *Derecho Societario*, Tercera Edición, Tomo I, Ed. Temis, T I, 3ª edición, 2019, pág. 724.

⁶ Ob. Cit. págs. 726 a 728.

ocasionado a la persona jurídica, que conserva el derecho prevalente de la acción social aun durante el período de liquidación, a través del liquidador designado⁷.

En esa providencia, la Corporación destacó que “La regla 25 de la Ley 222 de 1995 establece que la “acción social de responsabilidad” corresponde a la compañía, previa decisión de la asamblea general de accionistas o de la junta de socios, pero si no es ejercida dentro de los tres (3) meses siguientes a la adopción de la determinación por el órgano social respectivo, podrá ser promovida por “cualquier administrador, el revisor fiscal o por cualquiera de los socios en interés de la sociedad”, y también por los acreedores que representen al menos el 50% del pasivo externo, “siempre y cuando el patrimonio de la sociedad no sea suficiente para satisfacer sus créditos”, todo lo cual, debe entenderse, no es limitante de los derechos particulares “que correspondan a los socios y a terceros”, quienes tienen a su alcance la denominada “acción individual”, tendiente a procurar la indemnización de los perjuicios propios, no de la compañía, que les ocasione el administrador, es decir, aquellos **causados de modo directo** y no reflejó como derivación de la lesión infligida al patrimonio societario” (Subrayado y negrillas del Tribunal).

De modo que, en verdad, el ejercicio de la acción social de responsabilidad no estaba permitido a los promotores de la acción, en tanto dicho reclamo se ventiló bajo la orientación de que se propendía la recuperación del patrimonio o porcentajes a que tienen derecho los convocantes como consecuencia del de la persona jurídica, sin tener su representación, de lo que surge con claridad que ellos no podían ejercer la acción bajo esa modalidad.

Y si bien puede decirse que lo hicieron, bajo la nominada “individual”, lo cierto es que, como lo concluyó la sentenciadora de instancia, el perjuicio que reclaman, no es de la connotación de directo, sino indirecto, a saber, derivado de los rendimientos o utilidades que dejó de percibir la sociedad, tanto así que en las pretensiones se ambicionó que se causó un perjuicio a los demandados “*al recibir un menor valor por concepto de dividendos de la sociedad TEMPORAL SAS, al disminuir la*

⁷ CSJ SCC, Sentencia SC5509-2021 del 15 de diciembre de 2021, MP. Hilda González Neira

rentabilidad de la empresa y, por tanto, distorsionar su utilidad real”, lo cual refuerza la conclusión vertida en el fallo de priemr grado.

Entonces, no se observa que la juzgadora haya incurrido en yerro al citar las dos modalidades de la acción de responsabilidad, ya que la enunciada (acción social de responsabilidad), encaminada a recomponer el patrimonio de la sociedad, corresponde en su ejercicio a ésta, bajo las condiciones anotadas; y en lo que a la otra respecta, se tiene que es *“la acción individual de responsabilidad que puede ejercer cualquier persona que haya sufrido un perjuicio derivado de las actuaciones de los administradores. Esta acción requiere, en todos, los casos, comprobar un interés jurídico directo por parte del demandante. Precisamente, del perjuicio sufrido por el actor, de la violación del deber de conducta por parte del administrador y del nexo causal entre los elementos anteriores, se obtiene la necesaria legitimación para actuar”*⁸.

En esa medida, no se observa que el análisis de la falta de legitimación en la causa luzca desacertado, atendido que está soportado en los hechos, pretensiones y fundamento de derechos en que se basó la demanda, los cuales se ajustan a la interpretación y alcance otorgado en la decisión que se revisa, lo cual descarta la procedencia del primero de los reproches formulados.

Igual acontece con el segundo reparo, en tanto que , ahora, el apoderado de los convocantes insiste en una reclamación de perjuicios de índole directa, cuando de la exposición de los hechos de la demanda y su interpretación integral, se colige que el reclamo en tal sentido deriva o proviene de modo indirecto de las utilidades que dejó de percibir la empresa en el lapso en que los llamados a juicio ejercieron los cargos de dirección y administración, a más que no luce desacertado el análisis de la eventual procedencia de la acción, bajo la circunstancia de que los actores ostentaban la condición de accionistas a la presentación de la demanda, visto que se desprendieron de su condición de accionistas el 27 de enero de 2016, con antelación a la presentación de la demanda, lo cual impide abordar el análisis del abuso del derecho bajo la aplicación

⁸ *Ibídem* págs. 724-725

del artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, ausente como se encuentra esa calidad en los demandantes.

Todo lo expuesto, converge igualmente en desechar la prosperidad de la última inconformidad, referente a la indebida aplicación de la normatividad procesal y sustancial, en tanto la decisión atendió los hechos, pretensiones y fundamentos jurídicos contenidos en la demanda, al igual que las excepciones oportunamente presentadas por la pasiva, solo que, con la salvedad de declarar no la viabilidad de la falta de legitimación en la causa, en la forma y términos alegada por el apoderado de los llamados a juicio, sino la de ambos extremos conforme al alcance restrictivo planteado en el libelo introductorio.

En ese orden de ideas, se tiene que no fue claro el ejercicio de la acción bajo la orientación de *“una acción de responsabilidad civil extracontractual por abuso del derecho”*, como se insiste en la alzada, sino el ejercicio de una acción social de responsabilidad con las deficiencias detectadas y aludidas por la funcionaria de instancia, razones todas por las cuales decae igualmente el sustento del último argumento de desconcierto, máxime cuando en esta sede e instancia se pretende hacer la claridad que no se hizo en la demanda en torno a la acción que se pretendía instaurar.

4. Aunado a lo anterior, no se pierda de vista que de acceder al *petitum* en la forma y términos ya mencionados, desconociendo el sustento que lo soporta, conllevaría a desconocer el principio de congruencia de la sentencia, referido por la Juez *a quo*, de acuerdo con el cual *“deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que éste código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”*.

Por ello es que la Corte Suprema de Justicia sostiene que: *«en razón del postulado “da mihi factum et dabo tibi ius” los jueces no quedan sujetos a las alegaciones o fundamentos jurídicos expresados por el actor, porque lo que delimita la acción y constituye la causa petendi no es la fundamentación jurídica señalada en la demanda –la cual puede ser muy sucinta y no tiene*

que coincidir con lo que el funcionario judicial considere que es el derecho aplicable al caso–, sino la cuestión de hecho que se somete a la consideración del órgano judicial». (CSJ SC13630-2015, 7 Oct. 2015, Rad. 2009-00042-01)

Así las cosas, advertido que en los demandantes no confluye la facultad para reclamar para sí lo pretendido en la demanda, ni en los demandados se puede predicar que están llamados a responder por el ejercicio de la acción incoada, se itera, en la forma y términos reseñados, mal se puede colegir que en el asunto se supera el examen del presupuesto que la juzgadora de primer grado estimó ausente en ambas partes.

5. En consecuencia, en atención a la inviabilidad del recurso de apelación, se confirmará la providencia apelada, determinación que conlleva la imposición de condena en costas a cargo de la parte apelante, propósito para el que la Magistrada Sustanciadora fija como agencias en derecho el equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes S.M.L.M.V., atendiendo lo previsto por el Art. 5º, numeral 1º, del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia que profirió el Juzgado Veintidós Civil del Circuito de esta ciudad el 29 de julio de 2022, conforme lo decantado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte apelante. Por Secretaría practíquese su liquidación e inclúyase a título de agencias en derecho de esta instancia la suma de \$2'000.000 M/cte.

NOTIFÍQUESE,

Los Magistrados,

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Firmado Por:

Maria Patricia Cruz Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jorge Eduardo Ferreira Vargas
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Ruth Elena Galvis Vergara
Magistrada
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **071345264c320e4465b3220c413a910d708b8cb41e20633f16e7f4638df2a994**

Documento generado en 17/11/2022 10:35:36 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL**

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Bogotá, D.C., diecisiete de noviembre de dos mil veintidós.

Ponencia presentada y aprobada en Sala Civil de Decisión, según acta de 26 de octubre de 2022

Proceso: Verbal -Expropiación-.
Demandante: Agencia Nacional de Infraestructura ANI.
Demandada: María Ernestina Carmona de Carmona y otra.
Radicación: 110013103029202100198 01.
Procedencia: Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá.
Asunto: Apelación de sentencia
SC-039/22.

1

Procede la Sala a emitir la decisión de fondo que resuelva el recurso de apelación formulado por el apoderado del extremo demandante en contra de la sentencia proferida el 23 de marzo de 2022 -numeral 4º- por el Juzgado 29 Civil del Circuito de la ciudad.

ANTECEDENTES

1. La Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- demandó a María Ernestina Carmona de Carmona y la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas -UAEGRTD- para que se declare “*por motivos de utilidad pública e interés social*” la expropiación de una zona de terreno de 355,44 m² que se segrega de un predio de mayor extensión denominado “*FINCA SANTA LUCIA LOTE 1, ubicado en la vereda Vedo, municipio de Mutatá, departamento de Antioquia, identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 007-47873 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Dabeiba, y con la cédula catastral No. 4802001000000100021000000000 y se encuentra debidamente delimitada dentro de las abscisas Inicial K41+400,69 y Final K41+417,30, de la margen Izquierda - Derecha, comprendida dentro de los siguientes linderos especiales: POR EL NORTE, en una longitud de 14,82 mts, con LA NACION (AGENCIA NACIONAL DE TIERRAS) (P1 al P2); POR EL ORIENTE, en una longitud de 49,35 mts, con ZONA DE*”

CARRETERAS NACIONALES (P2 al P7); POR EL SUR, en una longitud de 0,00 mts, con ZONA DE CARRETERAS NACIONALES (P7); y POR EL OCCIDENTE, en una longitud de 50,36 mts, con MARIA ERNESTINA CARMONA DE CARMONA (MISMO PREDIO) (P7 al P1)”¹, en cuyas dependencias se encuentran construcciones principales y anexas, así como cultivos de guanábano, plantas ornamentales, palma de coco, limón, aguacate, papayo, entre otras; en consecuencia, se ordene la cancelación de cualquier gravamen hipotecario, embargos o inscripciones que recaigan sobre la extensión de terreno requerida, se disponga su entrega y se proceda al registro de la sentencia en la Oficina de Registro de Instrumentos respectiva en torno a la porción expropiada.

Así mismo, que se tenga como indemnización definitiva la suma de \$4'271.257,00 que corresponde al excedente² del valor fijado por la Lonja Inmobiliaria de Bogotá al realizar el avalúo de la extensión de terreno a expropiar.

2. Como sustento de sus pretensiones sostuvo que mediante la Ley 388 de 1997 se autorizó la adquisición de inmuebles por motivos de utilidad pública e interés social, a través de enajenación voluntaria o de expropiación; la porción de terreno referida en el escrito inicial se encuentra dentro de los necesarios para el desarrollo del proyecto vial “autopista al Mar2”, el cual conlleva la satisfacción de necesidades nacionales en materia vial.

2

Aseguró que el área informada cumple con los presupuestos establecidos en las normas constitucionales y legales vigentes para ser declarado de utilidad pública e interés social, por lo que la demandante emitió la Resolución N° 380 del 10 de febrero de 2015, modificada por la resolución 1213 del 9 de julio de 2018. Posteriormente y ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo para la enajenación voluntaria, procedió a emitir la Resolución 20206060015075 del 21 de octubre de 2020³ a través del cual declaró esa zona requerida como un terreno apto para el citado proyecto.

3. Admitida la demanda se dispuso enterar a los convocados a juicio.

3.1. María Ernestina Carmona de Carmona interpuso recurso de reposición contra esa providencia, el cual fue resuelto de forma desfavorable en proveído de 20 de septiembre de 2021, ordenándose allí mismo la contabilización del término para contestar el requerimiento, sin embargo, solamente hasta el 27 de septiembre de esa anualidad la demandada controvertió el escrito inicial, razón por la cual se consideró extemporánea la réplica.

¹ Folios 1 a 19 manuscrito o Folios 1 a 19 digital “01EscritoDemanda”.

² Si bien el valor del área de terreno a afectar se cuantificó en \$28'835.127,00, la demandada reconoció a terceros como propietarios de las mejoras y construcciones, lo que motivó a que se desembolsaran en favor de aquellos la suma de \$24'563.870,00.

³ Folio 425 manuscrito o 353 digital “03Anexos2”.

3.2. Por su parte, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas -UAEGRTD- aun cuando ejerció su derecho de defensa, no propuso excepción alguna o controvirtió el avalúo realizado.

4. El *a quo* acogió las pretensiones de la demanda al encontrar acreditados los motivos de utilidad pública, el agotamiento del trámite administrativo y las exigencias propias de este tipo de asuntos. Por lo que fijó en \$4'418.940,00 la indemnización a favor de la demandada con su respectiva indexación suma obtenida del avalúo total que se realizó, \$28'835.127,00, y el descuento de los valores que se pagaron a terceros⁴. En todo caso, por encontrarse pendiente decisión de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas -UAEGRTD-, ordenó poner a disposición del proceso los dineros antes mencionados. De igual forma, dispuso la inscripción de la sentencia en el folio de matrícula inmobiliaria del bien y la cancelación de gravámenes sobre el mismo.

EL RECURSO DE APELACIÓN

En desacuerdo con el numeral 4º de la sentencia de primer grado, el demandante apeló esa precisa determinación, disenso que soportó en que la indemnización debe ser calculada al momento en que se presentó la oferta formal de compra, máxime cuando no existió oposición a ese rubro, razón por la cual la corrección monetaria no resulta procedente. En esas condiciones, solicitó que el pago de \$147.683,00, dinero correspondiente a la indexación de los \$4'418.940,00, no sea admisible.

La sociedad demandante circunscribió su censura al monto de la indemnización reconocida, para lo cual desarrolló su inconformidad en un solo supuesto.

Asegura que conforme a otras decisiones judiciales, la tendencia adoptada ha sido que ante la ausencia de oposición al avalúo realizado por la demandante, no se reconoce un mayor valor que el indicado en la oferta formal de compra. Establecerlo de otra manera, como en el caso en particular, en el cual al valor del excedente se le aplicó la corrección monetaria, contraviene las disposiciones contenidas en el artículo 37 de la Ley 1682 de 2013, modificada por el precepto 6º de la Ley 1742 de 2014.

Bajo ese lineamiento, solicitó se revoque la decisión fustigada y se *“decrete como valor total de la indemnización la suma de (...) (\$28'835.127,00)”*, descontando los valores que previamente se reconocieron a 3.1. terceros.

⁴ Titulares de mejoras realizadas en el predio.

CONSIDERACIONES

1. La relación procesal se ha constituido en legal forma y no se observa vicio en la actuación, por tanto, no existe impedimento procesal para fallar de fondo.

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

3. Precisado lo anterior, emprende la Sala el análisis de la censura.

3.1. El proceso de expropiación tiene su fundamento legal en el artículo 58 de la Constitución Política, cuya finalidad implica el ejercicio de una potestad en cabeza del estado, que le permite sustraer del dominio particular una propiedad, siempre que se cumplan los requisitos constitucionales, en aras del beneficio del interés colectivo; es así como la propiedad ha sido considerada como un derecho relativo y no absoluto, en tanto se encuentra sujeto al provecho general.

No obstante, tal prerrogativa no puede resultar arbitraria, ni caprichosa, así como tampoco lesionar las garantías patrimoniales de sus asociados, por cuanto actuar de esa manera, vulneraría los derechos de las personas y de contera, daría al traste con la normativa sustancial, razón por la cual se le exige a la administración desagraviar el suceso a través de una medida compensatoria.

Bajo ese contexto, la figura de la expropiación le asiste una característica reparadora, en la medida que obliga a la entidad que hace uso de esa limitante al dominio privado, sin distinción alguna, a indemnizar al titular de la propiedad expropiada por medio de una remuneración dineraria.

Al respecto, en examen de constitucionalidad de la normativa dispuesta para el antiguo régimen procesal, el supremo guardián de la carta magna aseveró en sentencia C-153 de 1994 que:

“[I]a indemnización es pues una consecuencia de la facultad expropiatoria del Estado. Ella se explica por el deber de reparación que surge a raíz del ejercicio de dicha facultad: la producción de un daño generado por una actividad legítima de la acción administrativa. La actividad es legítima porque la expropiación sólo opera por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, prevaleciendo así el interés general para cumplir los fines esenciales del Estado, de que trata el artículo 2° superior: promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. La indemnización no es compensatoria, esto es, ella no es un

presupuesto o una condición de la indemnización que genera una compensación a cargo del Estado y a favor del expropiado, por el enriquecimiento patrimonial del primero. Si así fuera, la indemnización se fijaría con base en el valor objetivo del bien y no, como ordena la Constitución, "consultando los intereses de la comunidad y del afectado". De aceptarse la tesis del carácter compensatorio de la indemnización se tendría que concluir que la expropiación es una simple conversión de valores: los bienes expropiados se reemplazan por su equivalente en dinero y no comprendería por tanto los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la expropiación. La indemnización en tal caso no sería entonces justa, como lo ordena el artículo 21 numeral segundo del Pacto de San José. **Es evidente que la indemnización prevista por el artículo 58 de la Constitución es reparatoria y debe ser plena, ya que ella debe comprender el daño emergente y el lucro cesante que hayan sido causados al propietario cuyo bien ha sido expropiado. Y en caso de que no haya forma de comprobar el lucro cesante, se puede indemnizar con base en el valor del bien y el interés causado entre la fecha de entrega del mismo y la entrega de la indemnización".** (Destacado a propósito).

Tal consideración no resulta novedosa y tampoco desproporcional a los intereses colectivos que la administración judicial ha profesado, pues ya la Corte Suprema de Justicia ha indicado que ese pago representa la "definición y reconocimiento del derecho del propietario, con anterioridad a la expropiación, de modo que no haya, por una parte, expropiaciones arbitrarias, y por otra, que el dueño pueda contar desde entonces con bienes o valores comerciales, enajenables y ciertos, equivalentes al perjuicio causado"⁵, estimación entonces que se puede traducir en que esa indemnización será la medida con la que se equilibra el sacrificio de los derechos del afectado derivado del ejercicio de la potestad expropiatoria del Estado, y de la misma forma, para evidenciar el actuar legítimo de la administración al resarcir los daños causados al abolir la voluntad negocial del usuario.

5

3.2. En torno a ello, el artículo 399 de la Ley 1564 de 2012 estableció el trámite especial que rige los procesos de expropiación, contemplando frente al tema indemnizatorio que:

"6. Cuando el demandado esté en desacuerdo con el avalúo o considere que hay lugar a indemnización por conceptos no incluidos en él o por un mayor valor, deberá aportar un dictamen pericial elaborado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) o por una lonja de propiedad raíz, del cual se le correrá traslado al demandante por tres (3) días. Si no se presenta el avalúo, se rechazará de plano la objeción formulada. (...)

7. Vencido el traslado de la demanda al demandado o del avalúo al demandante, según el caso, el juez convocará a audiencia en la que interrogará a los peritos que hayan elaborado los avalúos y dictará la sentencia. En la sentencia se resolverá sobre la expropiación, y si la decreta ordenará cancelar los gravámenes, embargos e inscripciones

⁵ Sentencia de Sala Plena de diciembre 11 de 1964

que recaigan sobre el bien, y determinará el valor de la indemnización que corresponda”.

Así mismo, la disposición especial contenida en la Ley 1682 de 2013, por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias, estableció en su artículo 37 que “[e]l precio de adquisición en la etapa de **enajenación voluntaria** será igual al **valor comercial**” determinado por el profesional especializado para ese fin, sin embargo, en caso de no llegarse a acuerdo en esa tratativa, el pago será cancelado de “forma previa teniendo en cuenta el **avalúo catastral** y la indemnización calculada al momento de la oferta de compra, en la **etapa de expropiación judicial o administrativa**” (negrilla fuera de texto).

Bajo ese supuesto son dos eventos y dos avalúos los que determinan la indemnización a cancelar, uno el comercial y el otro catastral. No obstante, en razón a que aquí no se propuso oposición alguna en cuanto al calculado por la entidad demandante, no resulta plausible proceder a ese análisis.

4. Ahora, no cabe duda que el total del valor calculado para el momento de la oferta voluntaria de compra ascendió a \$28'835.127,00⁶, mismo que corresponde al referido en la demanda y a la resolución No. 20206060015075 proferida por la Agencia Nacional de Infraestructura. Ese monto es el resultado de la integración de varios conceptos, entre ellos, el terreno, las construcciones principales, las construcciones anexas y la afectación a los cultivos y especies que se encontraban en la franja de terreno a expropiar.

De esa cifra, a Víctor Manuel Yepes López, Fanny María García Avendaño, y a los herederos determinados de Carlos Alberto García Echeverry⁷, se les reconoció la totalidad de \$24'563.870,00 en razón a las mejoras que plantaron en la porción de terreno en dónde ellos se encontraban, sintetizadas en las construcciones principales y anexas, así como parte de algunos cultivos⁸.

De ese panorama, se desprende que el excedente por el cual se constituyó depósito judicial, es decir \$4'418.940, equivale no solo al valor de la porción del predio⁹, sino a la proporción de cultivos y especies de la cual era titular la señora María Ernestina Carmona de Carmona, como de ello dan cuenta los contratos de mejoras obrantes de folios 309 a 345 del archivo denominado “03Anexos2”.

4.1. En ese entendido, la afectación en el patrimonio de la demandada no solamente recaía sobre el predio a expropiar y por el

⁶ Folio 364 manuscrito o 292 digital archivo “03Anexos2”.

⁷ Folio 430 manuscrito o 358 digital archivo “03Anexos2”.

⁸ Hecho 19, 20, 21 y 22 de la demanda en concordancia con lo descrito en el avalúo visible a folio 292 digital archivo “03Anexos2” y 358 ibídem.

⁹ \$218.123, 00 folio 345 manuscrito o folio 273 digital archivo “03Anexos2”.

contrario se extendió a otros elementos que de forma directa o indirecta le ocasionaban perjuicios en sus intereses, los cuales, por Ley, le correspondían a la administración resarcir, por lo que la tesis expuesta por el apelante frente a la inviabilidad de la indexación iría en contravía de la naturaleza resarcitoria del trámite de expropiación.

En efecto, nótese que la pérdida del valor adquisitivo de la moneda representa un perjuicio colateral que afecta el peculio de la expropiada, mucho más cuando la enajenación voluntaria no pudo materializarse por efectos externos a la convocada, como en el presente caso, en el cual se constata que en el registro inmobiliario del predio se encuentra con informe por parte de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas que para salvaguardar los derechos de las víctimas, informó de la problemática con ese predio y las condiciones sociales actuales.

La anterior conclusión, no va en contra del procedimiento de expropiación que se efectuó en el caso concreto, ni las resoluciones N° 380 del 10 de febrero de 2015 y 1213 del 9 de julio de 2018, que declaró de utilidad pública el bien, así como tampoco con la Resolución 20206060015075 del 21 de octubre de 2020 que decidió dar inicio al juicio de expropiación, pues los mencionados actos administrativos no determinan que los valores allí establecidos sean inmodificables en sede judicial, pues de ser así no tendría razón de ser el proceso declarativo especial de expropiación, donde la labor del juez es tasar un resarcimiento ponderando los derechos e intereses en conflicto, las circunstancias del caso y la aplicación del principio de proporcionalidad así como de razonabilidad¹⁰, para lo cual entre otros factores, procede a tener en cuenta el paso del tiempo para efectos de indexar el avalúo efectuado.

Frente a ese ítem, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado refiriendo que *“el ordenamiento jurídico colombiano ha establecido la figura de la corrección monetaria, precisamente por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, a fin de preservar los principios de justicia y equidad, y aludiendo a que en la emisión de un pronunciamiento condenatorio, el director del proceso se halla facultado, inclusive de manera oficiosa para tener en cuenta los principios de reparación integral y equidad», al igual que los criterios técnicos actuariales”, como lo impone el precepto 16 de la ley 446 de 1998 y los fallos C-114-99 y C-487-00*¹¹.

4.2. En esa línea interpretativa, resulta ajustado a derecho la corrección monetaria realizada sobre la indemnización que le corresponde a la demandada María Ernestina Carmona de Carmona sobre el valor que eventualmente le podría pertenecer y que hoy por hoy, deben ser consignados al despacho judicial en atención a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 1682 de 2013.

¹⁰ Sentencia C-750 de 2015.

¹¹ Sentencia SC6185 de 2014, 16 de mayo de 2014, MP. Ruth Marina Díaz Rueda.

Incluso, si bien el extracto del inciso 5° del artículo 37 ibidem generado por el apelante en la censura cuya transcripción se realiza: *“En caso de no llegarse a acuerdo en la etapa de enajenación voluntaria, el pago del predio será cancelado de forma previa teniendo en cuenta el avalúo catastral y la indemnización calculada al momento de la oferta de compra, en la etapa de expropiación judicial o administrativa”,* tal regulación fue declarada exequible de forma condicionada por la sentencia C-750 de 2015, en el entendido que *“cuando se cuantifique la indemnización en la etapa de expropiación, el cálculo del resarcimiento debe tener en cuenta los daños generados y probados con posterioridad a la oferta de compra del bien”,* situación de la cual se desprende la necesidad de resarcir de manera íntegra los perjuicios causados por la administración, sin que sea una limitante la oferta de compra.

5. Al margen de la anterior discusión, no debe perderse de vista que el avalúo comercial mediante el cual se haga la oferta de compra, tiene vigencia de un año de conformidad con lo reglado en el parágrafo del canon 24 de la Ley 1682 de 2013, razón por la cual en caso de tenerse como falencia el periodo comprendido entre el cual se materializa la información de oferta al propietario y aquel en que efectivamente se decide la expropiación, resulta apropiado, con fundamento en los principios de reparación integral y equidad, ajustar los valores con fundamento en los cálculos actuariales.

6. Con cimiento en lo en precedencia consignado, se impone confirmar la providencia impugnada.

8

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en Sala de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida el 23 de marzo de 2022 -numeral 4°- por el Juzgado 29 Civil del Circuito de la ciudad.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas conforme al numeral 8 del artículo 365 del estatuto procesal vigente, por cuanto no hay mérito para las mismas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Magistrada

110013103029202100198 01

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada
110013103029202100198 01

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
Magistrada
110013103029202100198 01

Firmado Por:

Ruth Elena Galvis Vergara
Magistrada
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jorge Eduardo Ferreira Vargas
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Maria Patricia Cruz Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **1b501b64f2b83d6ab027ad62d9c836b4bd0d402f73f92cb57ee8e5ddca9cc886**

Documento generado en 17/11/2022 12:32:55 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL**

Bogotá, D.C., diecisiete de noviembre de dos mil veintidós.

Proceso: Verbal
Demandante: Martha Elena Espinosa Cáceres.
Demandado: BBVA Seguros de Vida Colombia S.A.
Radicación: 110013103030201800339 02
Procedencia: Juzgado 30 Civil del Circuito de Bogotá
Asunto: Apelación de sentencia

Se fija la suma de \$2'000.000,00 como agencias en derecho de esta instancia.

Notifíquese,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

-2-

Firmado Por:
Ruth Elena Galvis Vergara
Magistrada
Sala Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 022d169f501a325638eed3beded78a0dfdf88b25420b8ee04b79972a39d88abd

Documento generado en 17/11/2022 12:38:48 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C. SALA CIVIL

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Bogotá, D.C., diecisiete de noviembre de dos mil veintidós

Ponencia presentada y aprobadas en Sala Civil de Decisión de 9 de noviembre de 2022.

Proceso: Verbal
Demandante: Martha Elena Espinosa Cáceres.
Demandado: BBVA Seguros de Vida Colombia S.A.
Radicación: 110013103030201800339 02
Procedencia: Juzgado 30 Civil del Circuito de Bogotá
Asunto: Apelación de sentencia
SC-042/22

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación provocado por la parte demandada contra la providencia emitida el 11 de febrero de 2021 por el Juzgado 30 Civil del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. Martha Elena Espinosa Cáceres, Jonathan Alexander, Néstor Oswaldo y Ronald Xavier Bautista Espinosa presentaron demanda contra BBVA Seguros de Vida Colombia S.A., en la que plantearon como pretensiones:

“3.1. Pretensiones principales:

3.1.1. Solicito señor Juez, se declare que se realizó el riesgo asegurado en los términos del artículo 1072 del Código de Comercio (...) en afectación de la póliza de seguros de vida No. VGDB 0110043-41 y/o cualquier otra póliza de seguro de vida expedida por la aseguradora BBVA Seguros de Vida Colombia S.A.

3.1.2. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la aseguradora BBVA Seguros de Vida Colombia S.A. a pagar (...) (\$107.418.583,71) correspondiente al saldo insoluto de la deuda del crédito No. 158009606589485 para la fecha en que falleció el señor Néstor Bautista Ochoa –q.e.d.p.–, según lo certificó el mismo banco BBVA, así:

3.1.2.1. Para la señora Martha Elena Espinosa Cáceres, la suma de (...) (\$53.709.291,86) que corresponde a la mitad del valor asegurado.

3.1.2.2. Para el señor Jonathan Alexander Bautista Espinosa, la suma de (...) (\$17.903.097,29) –que corresponde a la mitad del valor asegurado, dividido en tres herederos-

3.1.2.3. Para el señor Néstor Oswaldo Bautista Espina, la suma de (...) (\$17.903.097,29) –que corresponde a la mitad del valor asegurado, dividido en tres herederos-

3.1.2.4. Para el señor Ronald Xavier Bautista Espinosa, la suma de (...) (\$17.903.097,29) –que corresponde a la mitad del valor asegurado, dividido en tres herederos.

(...)

3.1.3. Se condene a la aseguradora BBVA Seguros de Vida Colombia S.A. a pagar a favor de mis poderdantes por concepto de intereses de mora sobre las sumas de dinero deprecadas en el acápite 3.1.2. de la presente (...)

3.1.4. Que también como consecuencia de la realización del riesgo asegurado, se condene a la aseguradora BBVA Seguros de Vida Colombia S.A. a pagar a favor de mis poderdantes la suma (...) (\$47.937.207) correspondiente al saldo insoluto de la deuda del crédito No. 158009606612352 para la fecha en que falleció el señor Néstor Bautista Ochoa –q.e.p.d.-, según lo certificó el mismo banco BBVA, así:

3.1.4.1. Para la señora Martha Elena Espinosa Cáceres (...) (\$23.968.603,50) que corresponde a la mitad del valor asegurado-.

3.1.4.2. Para el señor Jonathan Alexander Bautista Espinosa, la suma de (...) (\$7.989.534,50) que corresponde a la mitad del valor asegurado, dividido en tres herederos.

3.1.4.3. Para el señor Néstor Oswaldo Bautista Espinosa, la suma de (...) (\$7.989.534,50) que corresponde a la mitad del valor asegurado, dividido en tres herederos.

3.1.4.4. Para el señor Ronald Xavier Bautista Espinosa, la suma (...) (\$7.898.534.,50) que corresponde a la mitad del valor asegurado, dividido en tres herederos.

(...)

3.1.5. Se condene a la aseguradora BBVA Seguros de Vida Colombia S.A. a pagar a favor de mis poderdantes por concepto de intereses de mora sobre las sumas de dinero deprecadas en el acápite 3.1.4. de la presente, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia financiera de Colombia aumentado a la mitad, según los prevé el artículo 1080 del Código d Comercio

(...) desde el día 30 de septiembre de 2016 y hasta que se verifique el pago de la obligación.

(...)

3.2. Pretensiones subsidiarias: (...)

3.2.1. Se declare que se realizó el riesgo asegurado en los términos del artículo 1072 del Código de Comercio (...) en afectación de la póliza de seguro de Vida grupo No. VGDB 0110043-41 y/o cualquier otra póliza de seguro de vida expedida por la aseguradora BBVA Seguros de Vida Colombia S.A.

3.2.2. Que como consecuencia de lo anterior se condene a la aseguradora BBVA Seguros de Vida Colombia S.A. a pagar a favor de mis poderdantes la suma de (\$30.382.555) suma ésta que corresponde al valor transado y pagado por la señora Martha Elena Espinosa Cáceres al banco BBVA, atinente al crédito No. 158009606589485, según copia del pago realizado (...)

3.2.3. Se condene a la aseguradora BBVA Seguros de Vida Colombia S.A. a pagar a favor de mis poderdantes por concepto de intereses de mora sobre las sumas de dinero deprecadas en el acápite 3.2.2. de la presente (...) desde el 30 de abril de 2018 hasta que se verifique el pago de la obligación.

3.2.4. Que también como consecuencia de la realización del riesgo asegurado, se condene a la aseguradora BBVA Seguros de Vida Colombia S.A. a pagar a favor de mis poderdantes la suma de (...) (\$14.264.983), suma ésta que corresponde al valor transado y pagado por la señora Martha Elena Espinosa Cáceres al banco BBVA, atinente al crédito No. 158009606612353, según copia del pago realizado (...)

3.2.5. Se condene a la aseguradora BBVA Seguros de Vida de Colombia S.A. pagar a favor de mis por concepto de intereses de mora sobre las sumas de dinero deprecadas en el capítulo 3.2.4. (...) desde el 30 de abril de 2018 y hasta que se verifique el pago de la obligación (...)"

2. La causa petendi narrada, admite la siguiente síntesis:

2.1. Martha Elena Espinosa Cáceres contrajo matrimonio con Néstor Bautista Ochoa el 29 de agosto de 2003 y, tuvieron tres hijos: Jonathan Alexander, Néstor Oswaldo y Ronald Xavier Bautista Espinosa.

2.2. Néstor Bautista Ochoa en calidad de cliente del Banco BBVA fue visitado por asesor comercial el 25 de octubre de 2015 y, se realizó el papeleo correspondiente.

2.3. El funcionario diligenció totalmente el formulario "solicitud de vinculación y contratación de producto", "instrucciones para diligenciar pagaré", "pagaré" y "solicitud / certificado individual seguro de vida grupo

de deudores póliza”. Aquél funcionario le pidió al señor Bautista Ochoa los firmara e imprimiera su dactilograma, simplemente “Firme y ponga la huella”, tanto para el formato con sticker M026300110215801589606612352, como para el marcado con el M026300110215801589606589485.

Lo anterior, es soportado con estudio técnico grafológico preliminar.

2.4. BBVA Seguros de Vida Colombia S.A. expidió la póliza de Seguros de Vida de Grupo No. VGDB-0110043-41 la cual amparó los siguientes créditos:

- Crédito No. 158009606589485, tenía certificado individual Seguro Grupo Vida deudores No. M0226300110215801589606589485, valor asegurado a 15 de julio de 2016 de \$107.418.583.

- Crédito No. 158009606612352, tenía certificado individual seguro de grupo de vida deudores No. M026300110215801589606612352, valor asegurado para el 3 de agosto de 2016 de \$47.937.207.

2.5. Néstor Bautista Ochoa falleció el 17 de julio de 2016.

2.6. Martha Elena Espinosa Cáceres el 30 de agosto de 2016 presentó reclamación directa y, el 29 de noviembre del mismo año solicitó respuesta.

2.7. El 22 de diciembre de 2016 la citada ciudadana recibió respuesta de objeción extemporánea por parte de aseguradora BBVA Seguros de Vida S.A.S. en la que adujo *“reticencia o el dolo negativo producido por omisión de información”*.

2.8. El 1° de junio de 2017, Martha Elena Espinosa Cáceres, recibe ratificación de la objeción por parte de la aseguradora, en la cual se dice que el asegurado obró contrario a los presupuestos de buena fe.

2.9. El 14 de julio de 2017 la actora referida presentó petición a fin de obtener los números de las pólizas, copia de las condiciones generales y particulares de la póliza, y copia de la declaración de asegurabilidad. Obtuvo respuesta el 21 de julio de 2017. Posteriormente, presentó dos peticiones adicionales a fin de obtener copia otros documentos.

2.10 El 30 de abril de 2018, Martha Elena Cáceres realizó transacción con el Banco BBVA así:

- Crédito No. 158009606589485 transado por \$30.382.555.
- Crédito 158009606612352 transado por \$14.264.983.

2.11. BBVA Seguros de Vida Colombia S.A. engañó al cliente, solo le pidió que firmara la declaración de asegurabilidad la cual fue diligenciada por el asesor, y que de por sí, ni siquiera fue explicada y no se le entregaron las condiciones generales de la póliza.

3. La demanda fue admitida el 15 de junio de 2018¹ contra BBVA Seguros de Vida Colombia S.A.

3.1. La demandada contestó la demanda, se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones *“Reticencia y Nulidad del Contrato de Seguros; Inexistencia de la obligación; límite de la indemnización; La Genérica.”*

3.2. Adelantado todo el trámite que en derecho correspondía, el a quo emitió sentencia en la que accedió parcialmente a las pretensiones.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

De las pruebas documentales concluyó que el 25 de octubre de 2015 el señor Néstor Bautista Ochoa suscribió solicitud de vinculación y contratación de productos financieros con Banco BBVA y, en esa misma data suscribió el certificado individual de seguro de vida de grupo deudores. También halló acreditado que el 17 de julio de 2016 falleció el citado ciudadano.

La reclamación presentada por la cónyuge supérstite fue objetada, bajo el argumento de reticencia, por cuanto Néstor Bautista Ochoa parecía hipertensión arterial y diabetes mellitus tipo II, dolencias que sufría desde 2009.

Anotó, que la actora allegó dictamen de grafólogo forense que analizó la firma impuesta por el deudor en los formularios de solicitud certificado individual seguros de vida grupo deudores, que amparaba los créditos 158009606589485 y 158009606612352 que concluyó que proceden caligráficamente, pero que los manuscritos y dígitos del diligenciamiento de los formularios son gestos gráficos diferentes en características extrínsecas y morfológicas. Sobre dicha conclusión no hubo oposición por parte de la aseguradora y, para el a quo ese trabajo pericial es claro, preciso, exhaustivo y detallado.

En tal virtud, el asegurado no pudo defraudar a la aseguradora respecto del diagnóstico previo de diabetes e hipertensión; además, en las solicitudes de asegurabilidad se consagra que la aseguradora podría consultar la información médica y, como lo manifestó la demandada en el interrogatorio de parte, es política de la entidad que dichas averiguaciones no se realizan sino solo en los precisos eventos por él relacionados, es decir, cuando se declara una enfermedad o preexistencia o cuando los créditos amparados superan los 1750 salarios mínimos legales mensuales vigentes, asumiendo la aseguradora el riesgo como profesional.

En estricto sentido no se probó el nexo de causalidad entre las enfermedades diagnosticadas y la causa de muerte porque, los

¹ Folio 200 digital o folio 142 manuscrito del archivo PDF denominado “01DemandaFiscayAnexos”

demandantes refieren que el deceso de Néstor Bautista Ochoa se debió a cáncer de pulmón y síndrome de vena cava superior, lo que no guarda relación con las enfermedades no informadas.

Así, declaró no probadas las excepciones de reticencia y nulidad del contrato de seguros e inexistencia de la obligación, alegadas por la aseguradora.

La indemnización tiene límite, conforme al anexo de la póliza de deudores que es el saldo insoluto de la deuda, que es el capital no pagado más los intereses corrientes calculados hasta la fecha de fallecimiento del deudor. Banco BBVA el 8 de septiembre de 2017 certificó que los saldos de los créditos amparados; saldo crédito 1589606612352 \$48.242.287 y \$47.937.207 y, respecto del crédito 1589606589485 \$107.418.583; sin embargo, aquellos fueron objeto de transacción con el Banco, desembolsados por la parte actora: crédito 158009606589485 la suma de \$30.382.555 y, respecto al crédito 158009606612352 la suma de \$14.264.983.

Así las cosas, el a quo resolvió:

“Primero: Declarar no probadas las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada, conforme a las consideraciones que preceden.

Segundo: Negar las pretensiones principales de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

Tercero: Declarar que se configuró el riesgo asegurado de la póliza 0110043-41 del contrato de seguros llevado a cabo entre Néstor Bautista Ochoa (q.e.p.d) y BBVA Seguros de Vida Colombia S.A.

Cuarto: Declara que BBVA Seguros de Vida de Colombia S.A. con ocasión del contrato de seguros de vida grupo deudores realizado por el señor Néstor Bautista Ocho, está obligado a pagar a los demandantes la suma de \$44.647.538, junto con los intereses en la forma señalada en la parte considerativa de esta sentencia.

Quinto: Condenar a BBVA Seguros de Vida Colombia S.A. a pagar a favor de Martha Elena Espinosa Cáceres la suma de \$22.323.769, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, junto con los intereses de plazo a la tasa máxima permitida, desde el 30 de abril de 2018 hasta el término concedido para pago, vencido el cual se pagarán el máximo interés de mora sobre la suma ordenada, y a pagar la suma de \$7.441.256 a cada uno de los demandantes Jonathan Alexander Bautista Espinosa, Néstor Oswaldo Bautista Espinosa y Ronald Xavier Bautista Espinosa, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, junto con los intereses de plazo a la tasa máxima permitida, desde el 30 de abril de 2018 hasta el término concedido para pago, vencido el cual se pagará el máximo interés de mora sobre las sumas ordenadas.”

LA APELACIÓN

1. El apoderado de la parte demandada apeló la decisión y argumentó ante esta instancia:

i) Con relación al contrato de seguro de vida deudores: En la sentencia apelada no se analizan de manera separada y detallada las cargas y obligaciones que recaen en la persona que –como futuro deudor– solicita su vinculación al grupo de personas aseguradas, las que recaen en la entidad tomadora del seguro y las que están a cargo del asegurador, específicamente para un seguro como el seguro de vida grupo deudores, a pesar que se hace referencia a la profesionalidad o al “carácter profesional” del asegurador sin desarrollar ni aplicar este concepto al caso concreto con base en los hechos probados en el trámite judicial.

Agregó que se desconoce la naturaleza jurídica y finalidad del seguro de vida grupo deudores el cual recae sobre la vida y la integridad física del deudor.

Consideró que los apartes de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia utilizados por la juez de primer grado, desnaturalizan dicho tipo de seguro, toda vez que no es una garantía adicional de carácter personal, es una seguridad adicional, pero no es una garantía. Además, que en todo caso, la carga de brindar la información del estado de salud es exclusivamente del solicitante del crédito.

ii) Con relación a la reticencia en la declaración del estado del riesgo:

No se tuvo en cuenta la sentencia C232 de 1997 que analiza la exequibilidad del artículo 1058 del Código de Comercio.

El referido artículo hace referencia a la prestación del consentimiento del asegurador libre de vicios y, por el contrario, la sentencia apelada se hace referencia a que la buena fe está en cabeza de la compañía de seguros y, que debía hacer uso de sus facultades para obtener la historia clínica del cliente. Por tanto, lo que debe probarse por el asegurador es que la información que le fue transmitida al solicitarse la inclusión al seguro de vida grupo deudores no era la que verdaderamente establecía el estado del riesgo: el estado de salud de la persona asegurada y el riesgo de incurrir en una invalidez o de fallecer según, precisamente, su estado de salud. Ello quedó debidamente probado, y expresamente aceptado el hecho por el juez de primera instancia, además de haberse indicado con la documentación aportada y las pruebas recaudadas el efecto que hubiera tenido el conocer el verdadero estado de salud: una suscripción distinta, con sobreprima, o una negativa a ser asegurada la persona solicitante del seguro.

Con relación al “nexo causal entre la preexistencia evidenciada y la condición médica que dio origen a la configuración del riesgo asegurado”, sin justificación se desatendió la sentencia C-232/97.

iii) La aplicación de la jurisprudencia constitucional.

Reiteró que se desconoció la sentencia C-232/97. Se observa claramente que no existe la obligación precontractual del asegurador de inspeccionar todos los riesgos que se le proponen, pues nadie está obligado a lo imposible. No hay obligación de la aseguradora en practicar exámenes médicos previos.

iv) Con relación al análisis probatorio.

Lo relativo al diligenciamiento de los formularios de solicitud de seguro que al parecer solo fueron suscritos por el deudor asegurado, pero, el contenido no fue diligenciado por él sino por algún funcionario del banco tomador de seguro junto con los demás documentos relativos al otorgamiento del crédito que se tramitaba, advirtió que la aseguradora no tiene contacto con los empleados del Banco, por ello, reprocha enfáticamente la afirmación del a quo en cuanto a que la demandada engañó al cliente. Además, en todo caso, el asegurado firmó la solicitud.

La reticencia está tan probada, que en el mismo fallo se acepta la existencia de las enfermedades de diabetes e hipertensión arterial, no se llevó acabo el análisis que correspondía.

2. Por otro lado, el apoderado de la parte actora recorrió la sustentación de la contraparte, en el sentido de indicar que la apelación fue extemporánea.

CONSIDERACIONES

1. Con la presencia de los llamados presupuestos procesales de la acción y sin que se advierta la incursión en causal que pueda viciar de nulidad lo actuado, están dadas las condiciones para que esta Corporación decida de fondo la instancia.

Aquí debe descartarse la extemporaneidad de la sustentación del recurso, si se tiene en cuenta que en auto del 2 de agosto de 2022 fue admitido y a partir de su ejecutoria se contabilizaba el término para satisfacer tal carga; el mencionado proveído fue notificado por estado electrónico E-136 al día siguiente, en firme tal decisión conforme lo indicaba el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, reproducido en el artículo 12 de la Ley 2213, corrió el plazo legal del 9 al 16 del mismo mes y año y, en esta última data se pronunció el recurrente.

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

3. Como primera medida ha de recordarse que el contrato de seguro, según el artículo 1036 del Estatuto Mercantil, “es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva.”, cuya característica “...es la transmisión de un riesgo mediante el pago de una prima y por el hecho de recibir ese precio el asegurador asume sobre su propio patrimonio el riesgo que gravitaba en el patrimonio del asegurado”², su esencia es indemnizatoria, pues con él se busca restablecer la situación económica afectada por un siniestro, sin que pueda constituirse para el asegurado en una fuente de enriquecimiento.

3.1. De conformidad con el artículo 1058 ídem, es obligación del tomador del seguro informar con claridad y sinceridad los hechos determinantes del estado del riesgo:

“ARTÍCULO 1058. <DECLARACIÓN DEL ESTADO DEL RIESGO Y SANCIONES POR INEXACTITUD O RETICENCIA>. El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro.

Si la declaración no se hace con sujeción a un cuestionario determinado, la reticencia o la inexactitud producen igual efecto si el tomador ha encubierto por culpa, hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo.

Si la inexactitud o la reticencia provienen de error inculpable del tomador, el contrato no será nulo, pero el asegurador sólo estará obligado, en caso de siniestro, a pagar un porcentaje de la prestación asegurada equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del riesgo, excepto lo previsto en el artículo 1160.

Las sanciones consagradas en este artículo no se aplican si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración, o si, ya celebrado el contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente.”

Esta declaración establece aspecto de vital importancia en el contrato de seguro, pues es el mecanismo que permite al asegurador conocer las peculiaridades propias del hecho futuro e incierto cuya cobertura va a asumir, siendo esto determinante en su decisión de negociarlo o

² Garrigues Joaquín Curso de Derecho Mercantil Tomo IV pág., 260

no, teniendo en cuenta la conveniencia de dicha contratación. Sobre dicho precepto la Corte Constitucional explicó:

“Con base en la redacción de la norma y en las actas números 12, 13, 14, 17, 18, 52, 73, 74, 90 y 91 del Subcomité de Seguros del Comité Asesor para la Revisión del Código de Comercio (publicadas en 1983 por la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros "Acoldense", Bogotá, Unión Gráfica Ltda., páginas 91 a 99), que al decir del profesor J. Efrén Ossa G. (q.e.p.d.), "constituyen útil material informativo para el exégeta que desee aproximarse a la raíz de las normas legales que, conforme al Título V del Libro Cuarto del Código de Comercio, gobiernan el Contrato de Seguro", es posible afirmar que del artículo 1058 del Código de Comercio, surge un régimen estructurado sobre las siguientes bases:

a) El tomador del seguro tiene la carga precontractual de declarar sinceramente los hechos o circunstancias significativos que determinan el estado del riesgo;

b) La declaración puede hacerse con o sin cuestionario preparado por el asegurador;

c) La carga de declarar correctamente el estado del riesgo se incumple por inexactitud o reticencia, es decir, por incurrir en falta de la debida puntualidad o fidelidad en las respuestas o el relato, o por callar, total o parcialmente, lo que debiera decirse;

d) Como protección del asegurador contra el error y el dolo y, por ende, en defensa de la mutualidad de los asegurados, las inexactitudes o reticencias frente al cuestionario, están sancionadas con la nulidad relativa del contrato, siempre y cuando recaigan sobre hechos o circunstancias relevantes o influyentes respecto del riesgo, o sea, de aquéllos que, de haber sido conocidos por el asegurador, lo habrían retraído de contratar u obligado a exigir condiciones más onerosas;

e) Como la norma, en tratándose de la absolución del cuestionario, no contempla distinciones sobre el particular, la nulidad relativa se origina en las inexactitudes o reticencias que graviten tanto sobre el riesgo moral o subjetivo (referente a cualidades personales del tomador o asegurado), como sobre el riesgo físico u objetivo del bien asegurado (relativo a las particularidades físicas o materiales del objeto del seguro);

f) Cuando media un cuestionario, la nulidad tiene lugar por el solo acaecimiento de la inexactitud o reticencia, ya sea fruto de dolo o culpa del tomador;

g) Si la declaración es libre o espontánea, esto es, no sujeta a cuestionario alguno, las reticencias o inexactitudes dolosas o culposas conducen también a la nulidad relativa, pero, por manifestación expresa de la ley, sólo en lo que atañe al riesgo objetivo o físico del bien asegurado;

h) No habrá nulidad si las inexactitudes o reticencias relevantes provienen de error inculpable del tomador. Pero el siniestro que en tales casos se produzca, sólo obliga al asegurador a pagar una parte de la prestación asegurada, directamente proporcional a lo que la tarifa o prima pactada represente en relación con la tarifa o prima correspondiente al verdadero estado del riesgo, con la excepción, claro está, del principio de incontestabilidad que, en materia de seguros de vida, consagra el artículo 1160 del Código de Comercio;

- i) La nulidad relativa y la disminución de la prestación asegurada no tienen aplicación si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración, o si, celebrado el contrato de seguro, los subsana o acepta expresa o tácitamente;*
- j) Como se deduce del acta número 73, para que la nulidad relativa pueda declararse "(...) no hay necesidad de establecer relación ninguna de causalidad entre el error o la reticencia y el siniestro".*

Se destacó allí que se consagró un régimen especial:

"Pues bien, de conformidad con la interpretación del artículo 1058 del Código de Comercio, es claro que en el contrato de seguro, salvo lo dispuesto para los errores inculpables, el legislador, en lo que se refiere a la anulabilidad del negocio, consagró un tratamiento especial, más severo, de los vicios del consentimiento del asegurador, causados por las reticencias o inexactitudes culposas o dolosas del tomador en la declaración del estado del riesgo.

En efecto, el hecho de que, salvo el caso de omisiones o imprecisiones inculpables, las reticencias o inexactitudes sobre el estado del riesgo, dolosas o culposas, conducen, por regla general, a la nulidad relativa del seguro, no sólo cuando, de haberlas conocido, el asegurador habría podido abstenerse de contratar, sino también cuando habría contratado en condiciones más onerosas, demuestra que en materia de seguros, la ley comercial se separó de la reglamentación común sobre nulidad relativa por error accidental en la calidad del objeto, contemplada en el inciso segundo del artículo 1511 del Código Civil."

Consideró la Corte que *"la razón de ser del régimen rescisorio del contrato de seguro, según se prevé en los dos primeros incisos del artículo 1058 del Código de Comercio, se funda en la naturaleza misma de la actividad aseguradora, que exige la presencia de una buena fe calificada o uberrimae bona fidei,..."* y que:

"B.- La infidelidad a la uberrima buena fe.

Habiéndose establecido que la práctica aseguradora responsable, supone la multiplicidad de contratos como condición sine qua non para que, en los diferentes ramos, la siniestralidad real se aproxime a la esperada, es lógico que ese cúmulo de responsabilidades implique la consecuencia de que al asegurador no se le pueda exigir el examen detallado de los elementos constitutivos de todos los riesgos que está por asegurar. En este orden de ideas, el Código de Comercio, a pesar de no prohibirla, se abstuvo de consagrar la inspección del riesgo como una obligación a cargo del asegurador, puesto que a éste no se lo puede obligar a cumplir tareas físicamente imposibles, respetando el criterio de que no es propio del derecho el ir en contra de la realidad o hacer exigencias desproporcionadas en relación con los fines.

(...)

En consecuencia, como al asegurador no se le puede exigir que inspeccione toda la masa de riesgos que contractualmente asume,

debe reconocerse que él contrae sus obligaciones, en la mayoría de los casos, solamente con base en el dicho del tomador. Esta particular situación, consistente en quedar a la merced de la declaración de la contraparte y contratar, generalmente, en virtud de su sola palabra, es especial y distinta de la que se da en otros tipos contractuales, y origina una de las características clásicas del seguro: la de ser un contrato de ubérrima buena fe.

Aseverar que el contrato de seguro es *uberrimae bona fidei contractus*, significa, ni más ni menos, sostener que en él no bastan simplemente la diligencia, el decoro y la honestidad comúnmente requeridos en todos los contratos, sino que exige que estas conductas se manifiesten con la máxima calidad, esto es, llevadas al extremo.

(...)

Naturalmente, la necesidad de que el contrato de seguro se celebre con esta buena fe calificada, vincula por igual al tomador y al asegurador. Sin embargo, la Corporación centra su interés en la carga de información precontractual que corresponde al tomador, pues es en relación con ésta que pueden surgir las nulidades relativas contempladas en el artículo 1058 del Código de Comercio.

Para la Corte Constitucional, es claro que el régimen rescisorio especial para las reticencias e inexactitudes relevantes, surge de bases objetivas, determinadas por la naturaleza de las cosas: la ineludible necesidad de contratar en masa, que constriñe a la empresa aseguradora, y la correlativa imposibilidad física de inspeccionar todos y cada uno de los riesgos contratados, que explica por qué el asegurador queda supeditado a la honradez del tomador, y por qué éste debe asumir, en todo momento, una conducta de máxima buena fe.

Finalmente, la justicia conmutativa hace fácil entender que si el asegurador, como se ha visto, está normalmente obligado a proceder con base en una extrema confianza respecto de la persona y las declaraciones del tomador, es equitativo y razonable que la traición de esa inusual confianza se castigue con sanciones que excedan los niveles ordinarios.”³

3.2. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia respecto a esta carga ha puntualizado que:

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

“4.2. No importan, por tanto, los motivos que hayan movido al adquirente para comportarse sin fidelidad a la verdad, incurriendo con

³ Corte Constitucional, sentencia C-232 de 1997. MP. Jorge Arango Mejía, declaró exequible el artículo 1058 del Estatuto Mercantil.

ello en grave deslealtad que a su vez propicia el desequilibrio económico en relación con la prestación que se pretende de la aseguradora, cuando se le ha inquirido para que dé informaciones objetivas y de suficiente entidad que le permitan a ésta medir el verdadero estado del riesgo; sea cual haya sido la razón de su proceder, con intención o con culpa; lo cierto es que la consecuencia de su actuar afecta la formación del contrato de seguro, por lo que la ley impone la posibilidad de invalidarlo desde su misma raíz

4.3. Es palmario que el legislador quiso arropar la falta de sinceridad del contratante y su obrar contrario a la buena fe, bajo la sanción de la nulidad relativa, con lo cual, en ejercicio de una actividad que le es propia y para la cual se halla facultado, construyó un régimen particular que inclusive alcanza a superar en sus efectos el ordenamiento común de los vicios del consentimiento, frente al que, tal como fue instituido en el citado artículo 1058, no puede el intérprete hacer distingos, observándose que el vicio se genera independientemente de que el siniestro finalmente no se produzca como consecuencia de los hechos significativos, negados u ocultados por quien tomó el seguro.”⁴.

3.3. En este sentido, el tratadista Hernán Fabio López Blanco dijo:

“Resulta frecuente en la práctica aseguradora que sea el agente o corredor, en suma el intermediario que participa en la promoción del contrato, quien diligencie las solicitudes de seguro desde un aspecto puramente mecánico o sea leyendo las preguntas y anotando las respuestas o datos que suministre el tomador, proceder que en nada cambia la responsabilidad que en caso de incumplimiento el deber que se analiza se desprende, pues es lo cierto que quien firma la solicitud es el tomador, de donde se asume que está en todo de acuerdo con lo consignado en ella.

En otras palabras, la colaboración del intermediario es solo de ayuda pero la responsabilidad de las respuestas contenidas corre a cargo del tomador, quien no puede escudarse en que no diligenció la solicitud si, se reitera, esta fue suscrita por él en señal de conformidad con lo consignado.

Diverso será el caso si quien firma la solicitud es el mismo intermediario, evento en el cual no puede predicarse la reticencia respecto del tomador y solo se analizaría tomado el supuesto de que el tomador llegase a aceptar que dio esas respuestas y autorizó al intermediario a firmar, lo que no pasa de ser una mera especulación académica.”

Se trata entonces, de una carga u obligación que se fundamenta en la buena fe, puesto que, de haber sido conocidas en el momento oportuno por la aseguradora, esto es, con anterioridad a las inclusiones del contrato de seguro, la hubieran sustraído de celebrar las mismas, o por lo menos, la hubiere inducido a pactar condiciones

4 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 1 de junio de 2007. Proceso 6600131030042004-00179-01. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda. Reiterada el 1° de septiembre de 2010, expediente 05001-3103-001-2003-00400-01, MP. Edgardo Villamil Portilla

mucho más onerosas en ellas. Esta situación reviste importancia en virtud de la libertad contractual y la igualdad, en este sentido dijo la Corte *“un contratante no puede quebrar la igualdad, ni tomar ventaja de la ignorancia del otro, especialmente si la ausencia de información de uno de ellos está originada en el silencio del otro que oculta información disponible, información que por ser esencial debe brindarse oportuna y cumplidamente. En la etapa importantísima de formación del contrato de seguro, cuando el asegurador se apresta a brindar la protección, está a merced del asegurado, pues normalmente para estimar el estado de riesgo, aquel requiere de información de ordinario reservada, puesto que la salud personal viene a estar asociada a la intimidad del asegurado”*⁵.

Así, en los seguros de vida, cuando el tomador asegurado omite el deber de informar sinceramente su estado de salud y antecedentes médicos, incurre en la reticencia o inexactitud de la declaración del estado del riesgo, las cuales afectan el contrato.

3.4. En el *sub lite*, como lo declaró la demandada en su contestación *“si mi cliente hubiese sido enterada que la mencionada persona asegurada padecía de hipertensión arterial y diabetes mellitus, hubiese podido abstenerse de asegurarla o asegurarla bajo otras condiciones, por ejemplo mediante el pago de una sobre prima”*⁶, haciendo énfasis en la relación de patologías que padecía el señor Bautista Ochoa, las cuales evaluadas en conjunto hubieran podido determinar la necesidad de exámenes médicos y el porcentaje de extraprima aplicable.

El *a quo* aludió a dos aspectos cuestionados inicialmente: i) de una parte, que la declaración de asegurabilidad no fue diligenciada por el tomador, incluso, que era deber de la aseguradora verificar el estado de salud de aquél; ii) por otra parte, manifestó que el nexo causal entre el motivo de muerte de Néstor Bautista Ochoa y, las enfermedades señaladas como reticentes se rompió.

3.4.1. Conforme al registro de defunción, se tiene que el asegurado señor Néstor Bautista Ochoa, falleció el 17 de julio de 2016⁷; en tanto que la *“solicitud de vinculación y contrato de productos”* data de octubre de 2015⁸.

3.4.2. De igual forma, se agregaron dos documentos de *“solicitud / certificado individual seguro vida de grupo deudores póliza”*: identificados con el sticker M0263001102362015896065894859 y la número M026300110236201589606612352¹⁰.

Dentro de la declaración de asegurabilidad de cuestionario dirigido, teniendo en cuenta que se trató de preguntas pre-elaboradas por el asegurador, se le cuestionó al señor Bautista sobre el riesgo físico e

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de diciembre de 2006. Expediente 1997-5665-01

⁶ Folio 227 digital o folio 168 manuscrito del cuaderno denominado *“01Demandafisicayanexos.PDF”*

⁷ Folio 24 digital o folio 11 manuscrito ibídem.

⁸ Folio 28 digital o folio 13 manuscrito ibídem.

⁹ Folio 283 digital o folio 226 manuscrito ibídem.

¹⁰ Folio 284 digital o folio 227 manuscrito ibídem.

incluso mental, específicamente se preguntó “¿HA SUFRIDO O SUFRE DE ALGUNA ENFERMEDAD O PROBLEMA DE SALUD DE LOS SIGUIENTES APARATOS, SISTEMAS U ÓRGANOS?”, entre otros: “BOCIO, DIABETES O ENFERMEDADES DEL SISTEMA ENDOCRINO (...) DOLOR EN EL PECHO, TENSIÓN ARTERIAL ALTA, INFARTO O CUALQUIER ENFERMEDAD DEL CORAZÓN (...) ASMA, TOS CRÓNICA, TUBERCULOSIS O CUALQUIER ENFERMEDAD DE LOS PULMONES O DEL SISTEMA RESPIRATORIO (...) CÁNCER O TUMORES DE CUALQUIER CLASE”, a todas y cada una se contestó negativamente marcando una “X” en la casilla NO.

Enseguida en el mismo formato se lee “SI CONTESTÓ AFIRMATIVAMENTE CUALQUIERA DE LAS ANTERIORES PREGUNTAS DETALLE LA ENFERMEDAD Y FECHA DE OCURRENCIA”, pero ese espacio se dejó vacío. Así mismo se dejó constancia: “EXPRESAMENTE DECLARO QUE TODAS LAS RESPUESTAS AQUÍ SON EXACTAS, COMPLETAS, VERÍDICAS Y ACEPTO QUE CUALQUIER OMISIÓN, INEXACTITUD O RETICENCIA DE LAS MISMAS, SEAN TRATADAS DE ACUERDO CON EL ARTÍCULO 1058 DEL CÓDIGO DE COMERCIO”¹¹. En la misma forma se diligenció y firmó la Solicitud/Certificado individual Seguro de Vida Grupo Deudores M0263001102336201589606589485¹².

3.4.3. Se evidencia también que con la demanda se allegó un trabajo pericial elaborado por Carlos Alberto Castañeda Arcila, Grafólogo Forense¹³ en el cual se concluyó, en suma, que “Las firmas originales e indubitadas aportadas como de NESTOR BAUTISTA OCHOA (q.e.p.d.), cotejadas con las halladas en fotocopia como del señor NÉSTOR BAUTISTA OCHOA, presentes en los formularios Solicitud Certificado Individual Grupo Deudores BBVA No. M026300110236201589606589485 y M026300110236201589606612352 UNIPROCEDEN caligráficamente en aspectos morfoestructurales, es decir, que corresponden a un mismo gesto gráfico, en aspectos extrínsecos.”

Así mismo, concluyó “En cuanto a los manuscritos y dígitos del diligenciamiento de los mismos formularios mencionados en párrafos anteriores, cotejados con la grafía y guarismos del señor NÉSTOR BAUTISTA OCHOA (q.e.p.d.), NO UNIPROCEDEN, son gestos gráficos diferentes en características extrínsecas y morfológicas, es decir, no fueron producidos por el señor BAUTISTA OCHO (sic)”¹⁴.

De esa experticia no se surtió contradicción en audiencia, pues la parte demandada no lo solicitó (artículo 228 de la Ley 1564 de 2012), ni tampoco en el término concedido en audiencia del 23 de noviembre de 2019¹⁵ en la que se manifestó “(...) lo demás ya se ha realizado y correrá el término respectivo para efectos de contradicción de las pruebas, incluido el dictamen pericial que se decretó”.

¹¹ Folio 51 manuscrito, 74 digital

¹² Folio 52 manuscrito, 75 digital

¹³ Folio 44 a 63 digital ibídem.

¹⁴ Folio 56 digital o folio 37 manuscrito ibídem.

¹⁵ Audiencia “05CdFolio219AudienciaArticulo372” a partir de hora 01:03:05

3.4.4. A su turno, la demandada aportó copia de la historia clínica de Néstor Bautista Ochoa en las que se observa que desde el 29 de mayo de 2009 aquél padecía de dos patologías: “*Diabetes tipo II – Hipertensión arterial*”¹⁶, este diagnóstico fue reiterado según consta en la epicrisis del 21 de marzo de 2012 en el acápite de antecedentes se expone “*Hipertensión arterial, dislipidemia, diabetes mellitus tipo 2, anemia megaloblastica, gastritis crónica, hígado graso*”¹⁷.

3.5. Analizado el haz probatorio, a la luz de las nociones *ut supra* plasmadas, claro resulta que Néstor Bautista Ochoa si ocultó su verdadero estado de salud, porque independientemente de que se haya probado que él directamente no diligenció la preforma del cuestionario del estado de asegurabilidad, no es menos cierto que la confrontación de la verdadera situación del riesgo con lo manifestado en el formulario era de su conocimiento personal. Que un tercero le haya diligenciado la petición de asegurabilidad de forma maquinal, no inhibió su responsabilidad, ni le relevó de su deber de suministrar información veraz y completa, pues le incumbía responder y declarar con sinceridad cada pregunta que se le formuló, porque sin duda con la imposición de la firma en la solicitud aprobó lo que allí se manifestó.

El hecho de que las respuestas literalmente no hayan sido impuestas por mano del asegurado en el formulario, no significa que no fueron contestadas por aquél, porque en todo caso, se itera, Néstor Bautista Ochoa sí suscribió el formulario como bien lo dijo el grafólogo en el dictamen que aportó la actora. Los interrogantes propuestos en el formulario preestablecido, aparecen planteados de manera clara, puntual, ordenados de forma secuencial, a los que debía contestar de forma sincera, veraz, objetiva, diligente y de buena fe exenta de culpa como lo pregonan el artículo 863 del Código de Comercio, manifestando afirmativa o negativamente si padecía de alguna de las patologías allí detalladas.

No puede perderse de vista que, son buenas prácticas de protección propia que corresponde asumir al consumidor financiero, conforme al artículo 6 de la ley 1328 de 2009, “*b) Informarse sobre los productos o servicios que piensa adquirir o emplear, indagando sobre las condiciones generales de la operación; es decir, los derechos, obligaciones, costos, exclusiones y restricciones aplicables al producto o servicio, exigiendo las explicaciones verbales y escritas necesarias, precisas y suficientes que le posibiliten la toma de decisiones informadas*” e, igualmente debe “*d) Revisar los términos y condiciones del respectivo contrato y sus anexos, así como conservar las copias que se le suministren de dichos documentos*”; así pues una carga mínima de prudencia que debía asumir el señor Bautista consistía en dar lectura integral al documento de asegurabilidad antes de firmarlo, y cuando procedió a suscribirlo respaldó su contenido, negó distintas patologías clínicas que sufría y le habían sido diagnosticadas; esto es, al momento de hacer la declaración de asegurabilidad teniendo conocimiento de las diversas

¹⁶ Folio 205 digital o folio 147 manuscrito ibídem.

¹⁷ Folio 207 digital o folio 70 manuscrito ibídem.

dolencias que le aquejaban, contestó negativamente desconociendo así padecerlas, respuesta que resulta inexcusable y no se justifica simplemente porque otra persona lo diligenció, pues, se itera, el señor Bautista lo aprobó cuando estampó su firma.

Irrelevante resulta si el formulario lo diligencia un intermediario que participa en la promoción del contrato, lo trascendental es que el tomador suscriba la declaración, porque con ella exterioriza estar de acuerdo con lo allí diligenciado, para este caso, negar la existencia de enfermedades preexistentes al momento de tomar el seguro.

4. No pierde de vista la Sala que el solo hecho de callar información, de suministrarla de forma incompleta o distorsionada, entre otros, no genera la nulidad relativa, puesto que no toda reticencia tiene poder de viciarlo; sin embargo, realizando un estudio detallado de las pruebas allegadas al plenario, se constata que para cuando se pidieron los productos financieros y se suscribieron por el señor Bautista Ochoa las declaraciones de asegurabilidad para ser incluido en el contrato de seguro de vida grupo deudores, se le formularon varias preguntas claras, con redacción sencilla, de fácil comprensión a las que respondió negando padecer enfermedades como hipertensión arterial, diabetes y cáncer.

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

En todo caso, no existe explicación alguna para que hubiese suscrito las declaraciones de asegurabilidad referidas, distorsionando la realidad de su conocido estado de salud personal y para el que venía siendo tratado.

Valga aclarar que la declaración de asegurabilidad *“puede ser dirigida o espontánea. La primera se traduce en un cuestionario concreto sobre lo que es relevante para el asegurador en relación con la situación de riesgo. La espontánea se expresa en una solicitud genérica de información que el asegurador plantea al tomador sobre hechos y circunstancias del riesgo que a juicio del solicitante resulten significativas para el asegurador. En ambos casos el deber de información existe, pero en el segundo, o sea el de la declaración espontánea, necesaria y lógicamente se morigera su severidad, y por ende se reduce el nivel de exigencia para la configuración de la reticencia o la inexactitud como causales de nulidad relativa del contrato...”*¹⁸. Lo que se traduce en que debe ser aún más estricto el análisis de la actitud del señor Néstor Bautista al ocultar información sobre su estado de salud que le fue preguntada específicamente y de la cual tenía plena conciencia de su padecimiento.

Así las cosas, la obligación del tomador de *“declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado de riesgo, según el*

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, 19 de mayo de 1999, M.P.: José Fernando Ramírez Gómez. Expediente No. 4923

cuestionario que le sea propuesto por el asegurador”¹⁹, no aparece cumplida. Sobre el tema, advirtió la Corte:

“(…) La información suministrada en los cuestionarios que se responden en el umbral de la relación aseguraticia, permite que la aseguradora conozca “la extensión de riesgos que va a asumir en virtud del contrato, [los cuales] tienen importancia jurídica porque determinan o precisan el límite de las obligaciones recíprocas de los contratantes. Cuando el asegurador, en esos cuestionarios, hace una pregunta, ésta tiene el sentido de que el hecho a que se refiere es considerado por él como esencial para determinar su consentimiento en el contrato, en cambio, otros hechos que el asegurador pasa en silencio deben considerarse como que no tiene importancia para él, según experiencia en la materia de los riesgos sobre que versa el seguro” (LXXVII, pág. 17, reiterado en G.J. CLII, pág. 265, también en Sent. Cas. Civ. de 30 de noviembre de 2000, Exp. No. 5743 y 19 de julio de 2005, Exp. No. 5665-01).”²⁰.

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

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

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

(…)

“Como ya se ha expresado, la razón de ser de este régimen estriba en la necesidad de compensar con medidas de distinto orden la posición de inferioridad con que consumidores y usuarios, por lo general dispersos y dotados de escasos conocimientos y potencialidades, enfrentan a las fuerzas de la producción y comercialización de bienes

¹⁹ Código de Comercio, artículo 1058

²⁰ Citada en sentencia de la Corte Suprema de Justicia, sala de cas. civil, de fecha 1º de septiembre de 2010. M.P. Edgardo Villamil Portilla.

y servicios, necesarios en orden a la satisfacción de sus necesidades materiales. Cuando la Constitución encomienda al legislador el desarrollo de un cierto régimen de protección, no está simplemente habilitando una competencia específica para dictar cualquier tipo de normas. Lo que el Constituyente se propone que la finalidad de la protección efectivamente se intente actualizar y se imponga en la realidad política y social - por lo menos en un grado razonable y en la medida de las posibilidades y recursos existentes -, articulando de la manera más armoniosa y eficaz dentro de las políticas públicas las justas demandas de los sujetos merecedores de dicha protección especial”²¹.

5.1. Siguiendo las nociones que acaban de referirse, al margen de si al cliente se le ofreció toda la información necesaria y comprensible, aún en una interpretación benévola del contrato para el demandante lo cierto es que no existe elemento de juicio que justifique que el señor Bautista haya faltado a la verdad al declarar sobre su estado de salud. El principio pro consumidor no eximía de demostrar los supuestos fácticos en que erige sus aspiraciones procesales; y mucho menos resulta ser herramienta que le permita escudarse en su propio dolo, culpa, error, negligencia o descuido para reportar de ello provecho, “*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, de allí que el juez no puede conceder protección a quien ha procedido de tal manera.

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

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

7. Por último, ha de estudiarse el argumento de la juez de primera instancia, relativo a que el deceso del asegurado obedeció a cáncer de pulmón con síndrome de vena cava superior, lo cual en su criterio rompió el nexo causal de la reticencia alegada; sin embargo de ello no hay prueba, únicamente obra lo dicho por la cónyuge supérstite y el demandante Néstor Oswaldo Bautista Espinosa; por el contrario, Jonathan Alexander Bautista Espinosa, y Ronald Xavier Bautista Espinosa dijeron que había muerto por un paro cardiorrespiratorio.

No puede perderse de vista que no se tiene certeza de la causa del deceso, no hay necropsia, o la última historia clínica de Néstor

²¹ C-1141 de 30 de agosto de 2000 MP Eduardo Cifuentes Muñoz

Bautista Ochoa para aseverar que tenía cáncer del pulmón o síndrome de vena cana superior, por lo que la conclusión del juzgador de primer grado en ese sentido carece de soporte.

8. Dentro del contexto previamente analizado, emerge exitoso el recurso propuesto, por ello se revocará la sentencia de primer grado y en su lugar se declarará fundada la excepción titulada “*Reticencia y Nulidad del Contrato de Seguros*”, y como quiera que ésta tiene la virtualidad de enervar todas las pretensiones de la demanda, se negaran estas, con la consiguiente condena en costas a la parte actora; por lo mismo, inane es examinar las restantes medios defensivos, así como los demás reproches formulados, artículo 282 de la Ley 1564 de 2012.

DECISIÓN

Corolario de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en Sala de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

REVOCAR la sentencia emitida el 11 de febrero de 2021 por el Juzgado 30 Civil del Circuito de Bogotá, en su lugar se DISPONE:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de mérito denominada “*Reticencia y Nulidad del Contrato de Seguros*”.

SEGUNDO: DENEGAR la totalidad de lass pretensiones de la demanda.

TERCERO: CONDENAR en costas de ambas instancias a la parte demandante.

NOTIFÍQUESE,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Magistrada

110013103030201800339 02

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Magistrada

110013103030201800339 02

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

Magistrado

110013103030201800339 02

Firmado Por:

Ruth Elena Galvis Vergara
Magistrada
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jorge Eduardo Ferreira Vargas
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Maria Patricia Cruz Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **1e1c0d97ca055ccec2be909e10ef2e635906cef0ae1305d11c600b9535f70cb6**

Documento generado en 17/11/2022 12:38:03 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEXTA CIVIL DE DECISIÓN

Bogotá, D. C., diecisiete de noviembre de dos mil veintidós

11001 3103 031 2012 00553 02

Ref. acción popular de la Asociación de Propietarios de Taxis Aeropuerto
Internacional El Dorado –Astaxdorado- frente a la Concesionaria Operadora
Aeroportuaria Internacional S.A. -OPAIN S.A.-

El suscrito Magistrado no acogerá el recurso de reposición que impetró la parte demandante contra el auto de 21 de octubre de 2022, mediante el cual se declaró desierta la apelación que dicha litigante formuló contra la sentencia que, en primera instancia dictó el 22 de mayo de 2019 el Juzgado 32 Civil del Circuito de Bogotá en el asunto de la referencia.

FUNDAMENTOS DE LA REPOSICION.

La recurrente admitió, en primer lugar, que ella dirigió su sustentación contra una sentencia de fecha y procedencia distinta de la que aquí interesa, la emitida el 31 de enero de 2019 por el Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá, que resultó afectada con la declaración de nulidad, pérdida de competencia, por vencimiento del término que consagra el artículo 101 del C. G. del P. (situación que explica el proferimiento del otro fallo de primera instancia, proferido por el Juzgado 32 Civil del Circuito de Bogotá en una fecha posterior).

La inconforme manifestó que su labor de sustentación del recurso vertical la cumplió, de forma escrita, ante el juez *a quo* dentro de la oportunidad prevista en el artículo 322 del C. G. del P. y que “aun cuando se reconoce la falta de cuidado al momento de sustentar la apelación, es de anotar que de no aceptarse los reparos que son idénticos en uno y otro recurso se estaría incurriendo en un desconocimiento del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades”.

También aseveró la recurrente que “es cierto que el régimen original del Código General del Proceso era claro en indicar que los reparos concretos no constituían la sustentación, también lo es que este ya no se encuentra vigente, razón por la cual, la jurisprudencia¹ empezó a variar su orientación estableciendo un criterio más acertado y acorde a la realidad actual, en el cual señaló que, si al estudiar el caso en particular se encuentra que con la formulación de los reparos concretos ante el juez de primera instancia están dados todos los elementos para saber cuáles son las razones de la impugnación, resulta entonces innecesario que

en el traslado que se surte en segunda instancia se vuelva a sustentar el recurso, y memoró apartes de fallo de tutela que al respecto profirió la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia (R. 11001-02-03-000-2022-00589-00 M. P. Octavio Augusto Tejeiro Duque).

Para decidir, se **considera**:

1. No es factible revocar la decisión objeto de recurso por el hecho de que la sustentación de la apelación que efectuó el apelante respecto de una sentencia nula (la proferida por el Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá el 31 de enero de 2019), hubiera versado sobre unos reparos “idénticos” a los que presentó frente al fallo que profirió el Juzgado 32 Civil del Circuito de Bogotá el 22 de mayo de 2019.

Aquí, el apelante no sustentó su recurso de alzada contra la sentencia que profirió el Juzgado 32 Civil del Circuito de Bogotá, dentro de la oportunidad que contempla el ordenamiento jurídico, carga que no cabe tener por satisfecha a partir del hecho de que se hubieran sustentado unos reparos “idénticos”: se trata de dos providencias totalmente distintas, tanto por sus fechas de emisión, como por sus contenidos, motivaciones e incluso procedencia.

Además, en ese escenario, aceptar la tesis de la recurrente en reposición involucraría que la sustentación de la alzada se surtió **antes** de que se profiriera la sentencia cuya apelación ofrece relevancia en la hora de ahora (vale decir, la que dictó el Juzgado 32 Civil del Circuito de Bogotá), lo cual, amén de no muy coherente riñe con el principio de preclusión.

Se sabe, ello es medular, “las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento” (art. 13, C. G. del P.), y que **“los términos señalados en este código (C. G. del P.) para la realización de los actos procesales de las partes y los auxiliares de la justicia, son perentorios e improrrogables, salvo disposición en contrario”** (*ib*, art. 117).

Lo anterior sin dejar de lado que “el concepto de la preclusión lo ha entendido generalmente la doctrina moderna y la jurisprudencia como ‘la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal, y resulta ordinariamente, de tres situaciones procesales: **a) por no haberse acatado el orden u oportunidad preestablecido por la Ley para la ejecución de un acto**; b) por haberse realizado una actividad incompatible con el ejercicio de otra; c) por haberse ejercido ya, anterior y válidamente esa facultad” (MORALES MOLINA, Hernando, Curso de Derecho Procesal Civil – Parte General, Bogotá, Editorial ABC, 8a edición, 1983, págs. 194 y 195).

2. No sobra agregar que la carga de sustentación del recurso de apelación de sentencias -ante el juez de segunda instancia, se exige-, trátase del escenario del Código General del Proceso (audiencia de sustentación y fallo), o de forma escrita, como lo establecía el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, o según hoy lo regula la Ley 2213 de 2022, cuyo artículo 12 contempla, en su penúltimo inciso, que **el apelante “deberá sustentar el recurso** a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes” y que **“si no se sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto”**.

Ya en vigencia del Decreto Legislativo 806 de 2020 (cuyo artículo 14 reprodujo el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022), la jurisprudencia se ha inclinado por emitir pronunciamientos acordes con la tesis expuesta por el suscrito Magistrado en el auto de 21 de octubre de 2022.

En efecto, al dirimir un asunto de tutela frente a la declaración de deserción de un recurso de apelación, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostuvo que, “en el caso particular que se revisa, debe indicarse que esta Sala al realizar un nuevo estudio del artículo 322 del Código General del Proceso, considera que en efecto **la consecuencia de la no sustentación del recurso de apelación en segunda instancia, al margen de que los reparos concretos se hubieren presentado en la audiencia y la sustentación se haya hecho por escrito ante el juez singular, es la declaratoria de desierto de la alzada**” (sentencia STL 2791-2021 de 10 de marzo de 2021, R. 92191, M.P. Jorge Luis Quiroz Alemán, criterio reiterado en sentencia STL11496-2021 de 25 de agosto de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz, sentencia STL 4467 2022, de 6 de abril de 2022, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, y **sentencia STL11649-2022 de 31 de agosto de 2022, M.P. Fernando Castillo Cadena, fallo último que revocó amparo que, ante una situación similar había concedido la Sala de Casación Civil**).

3. Es más, para responder a la alusión que el recurrente hizo frente a la orientación por la que al respecto se optó en fallo de tutela que dictó la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia (STC 325, de 2 de marzo de 2022, R. 11001-02-03-000-2022-00589-00, M. P. Octavio Augusto Tejeiro Duque), es bueno poner en relieve una percepción distinta en fallo de factura más reciente emanado de la misma Sala de Casación Civil.

En efecto, no hace mucho, la **Sala de Casación Civil** de la Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela, destacó que “con independencia de la extensión de los «reparos» – breves o extensos – no puede equipararse la expresión de las inconformidades – discrepancia o con qué no está de acuerdo - con los argumentos que las soportan – por qué discrepa o no está de acuerdo -. Aquellas se expresan

ante el *a quo* y éstos ante el *ad quem*” y que el ordenamiento jurídico actual “tampoco exoneró del deber de «sustentar» dentro del término allí previsto, esto es, a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del auto que admite la alzada, que de no atenderlo acarrea la declaratoria de deserción y, por ende, **por su propia omisión, la imposibilidad de acceder a la segunda instancia lo que aleja irreflexividad en la interpretación, o exceso manifiesto en el rito o, desproporcionalidad en la decisión**” (Sentencia STC12927 de **29 de septiembre de 2022**, M.P. **Hilda González Neira**, R. 11001-22-03-000-2022-01817-01).

4. No prospera, entonces, la reposición en estudio.

DECISIÓN. Por lo expuesto, el suscrito Magistrado NO REPONE el auto de 21 de octubre de 2022.

Devuélvase el expediente al juzgado de origen.

Notifíquese

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA
MAGISTRADO

Firmado Por:

Oscar Fernando Yaya Peña

Magistrado

Sala 011 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **2526f918f43c726ccf4dd8ccbf6de3ddf1d36b37d29d74fd51b314f46b45716c**

Documento generado en 17/11/2022 04:21:44 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

*Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintidós
(2022).*

*Ref: VERBAL de RESTITUCIÓN DE TENENCIA de
LINA MARÍA ZAMBRANO LUQUE contra MERY MERCEDES LUQUE
INFANTE. Exp. 031-2020-00040-01.*

*MAGISTRADO PONENTE: JORGE EDUARDO
FERREIRA VARGAS.*

*Discutido y aprobado en Salas de Decisión del 28 de
septiembre y 16 de noviembre de 2022.*

*Decide el Tribunal el recurso de apelación
interpuesto por el extremo demandante contra la sentencia dictada el 31 de
agosto de dos mil veintidós (2022), en el Juzgado 31 Civil del Circuito de la
ciudad.*

I. ANTECEDENTES

*1.- Lina María Zambrano Luque entabló demanda de
restitución de tenencia diferente a arrendamiento en contra de Mery Mercedes
Luque, para que se declare la terminación del contrato de comodato celebrado
y se le ordene a la demandada la restitución del inmueble ubicado en la Avenida
Calle 55A Sur #64-02 Interior 64, urbanización Villa del Río de Bogotá,
identificado con matrícula No. 50S- 400514480 (pág. 4-5. Archivo 01).*

2.- Las súplicas se edifican en los siguientes hechos que en seguida se compendian (pág. 2 a 4,ib):

2.1.- La demandante en el año 2003, siendo aún menor de edad y representada legalmente por sus progenitores, Mery Mercedes Luque y Hernando Zambrano García, adquirió mediante escritura pública 4349 de la Notaria 23 de Bogotá, el inmueble ubicado en la Avenida Calle 55A Sur #64-02 Interior 64, urbanización Villa del Río de Bogotá, identificado con matrícula No. 50S- 400514480.

2.2.- La actora dejó el inmueble en comodato a la demandada hasta el mes de junio del 2017, no obstante, pese a múltiples requerimientos para la entrega del bien, con el objeto de ser ocupado por su dueña aquella se ha negado a su devolución.

3.- La demandada se notificó personalmente del auto admisorio del libelo introductor (pág., 66, ej) y, oportunamente, se opuso a lo pretendido, para lo cual, formuló las excepciones de mérito que denominó: “...inexistencia e ineficacia del contrato de comodato”; “inexistencia del contrato de comodato como consecuencia de la simulación de los contratos de compraventa en que se funda”; “...vicios en el consentimiento al momento de la presunta celebración del comodato”; “inexistencia del comodato por ausencia del consentimiento como elemento del contrato” (págs., 72 a 76, ejusdem).

4.-. Luego de surtidas todas las etapas de rigor, se citó a audiencia de alegatos y fallo, emitiéndose la sentencia que desestimó todas las pretensiones, decisión que no compartió el extremo actor por lo que interpuso la alzada que ahora se analiza.

EL FALLO CENSURADO

5.-. De entrada, el juez a-quo planteó el problema jurídico que debía resolverse, asegurando que consistía en determinar si se acreditó la existencia del contrato de comodato que se alega en la demanda y,

en caso afirmativo, si existe una causal de terminación legal que autorice la restitución del inmueble.

Enseguida, tras reseñar el marco normativo del contrato de comodato previsto en los artículos 2200 y siguientes del Código Civil y analizar la naturaleza de ese convenio, aseguró que en el caso concreto no se logró demostrar la celebración del negocio jurídico, pues incluso en el interrogatorio, la demandante dijo, de manera expresa y clara, que nunca hubo un acuerdo de voluntades entre ella y la demandada, aclarando que lo que si se presentó fue un pacto entre sus padres, en virtud del cual ellos tomaron la decisión de poner el inmueble a nombre de ella para que fuera administrado por la demandada, lo que no significa que ese acuerdo entre los padres pueda convertirse en un comodato.

Esa versión, continuó, fue igualmente corroborada por el testimonio de Hernando Zambrano quien atestiguó que no conoce de ningún contrato entre su hija y su ex pareja, reiterando que se convino que el predio se destinara a usufructuarlo para la manutención de la entonces menor edad. Además, de ello también dieron cuenta las pruebas documentales, como las conciliaciones celebradas ante comisarías de familia y una acción de tutela que cursó por hechos similares a los del presente litigio.

Por lo anterior, concluyó que, si bien se probó que la demandante es propietaria del bien, y no tiene la posesión, ni lo está usufructuando y que esos actos los ejerce la demandada, la acción encaminada no es la restitución de tenencia, sino otra más idónea para recuperar la posesión.

Finalmente, descartó aplicar las consecuencias de la inasistencia de la convocada a las audiencias de instrucción y juzgamiento, pues los demás elementos probatorios fueron contundentes en otra dirección.

EL RECURSO DE ALZADA

6.- Inconforme con la sentencia pronunciada por el Juez a quo, la convocante formuló el recurso de alzada, fundamentalmente,

porque consideró que se interpretó erróneamente los hechos, y lo que en verdad quiso decir la demandante en su declaración de parte.

En ese sentido, reiteró que sí se hizo un contrato de comodato verbal, acto que ocurrió cuando la demandante cumplió la mayoría de edad.

Finalmente, destacó que debe protegerse la propiedad privada, la cual está siendo vulnerada por la convocada quien se ha eludido los estrados judiciales con el fin de ocultar la verdad de lo convenido.

6.1.- Así mismo, por auto adiado 26 de septiembre de la presente anualidad se ordenó correr el traslado previsto en la Ley 2213 de 2022.

6.2. A través de escrito enviado por correo electrónico a la Secretaría de este Tribunal la parte demandante -apelante- sustentó en debida forma su recurso de alzada, en tanto que, el demandado se pronunció.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1.- Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico procesal, como son demanda en forma, capacidad para ser parte, capacidad para comparecer y competencia concurren en la litis, además como no se observa causal de invalidez que anule la actuación se impone una decisión de mérito.

2.- Con miras a desatar la apelación formulada por el extremo convocante, debe decirse que este recurso se endereza a que el Superior revise la actuación del juzgador de la primera instancia, pero inmerso siempre dentro del criterio dispositivo, por lo que es al apelante a quien le corresponde determinar el ámbito dentro del cual ha de moverse el ad-quem al momento de tomar la decisión.

3.- Desde esta perspectiva, el problema jurídico a resolver consiste en determinar si se acreditó la celebración del comodato y si se presentó una indebida valoración probatoria, pues a ese aspecto limitó su disenso el extremo actor.

4.- En el sub-lite, la demanda inicial solicitó que se ordene al demandado a restituir la tenencia del inmueble Avenida Calle 55A Sur #64-02 Interior 64, urbanización Villa del Río de Bogotá, asegurándose que la citada tenencia se derivó de un contrato de comodato celebrado entre las partes.

En este contexto, se tiene que conforme lo prevé el artículo 775 del Código Civil que: “Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene el derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada o cuyo usufructuario, uso de habitación les pertenece. Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno”.

De la restitución de tenencia

5.- Los procesos de restitución se caracterizan por la existencia de un negocio jurídico o de una disposición de orden legal por el que se accede a la tenencia de determinado bien, es así, que para efectos de promover la acción de restitución de esa tenencia, resulta imperativo para el demandante allegar con el libelo introductor la prueba del vínculo contractual o del título que justifica tal petición, verbi gracia, pueden consistir en un comodato, depósito, anticresis, mandato, prenda, etc., o ya un texto tipo legal – secuestro- o judicial -una sentencia-, o cualquier fuente formal de derecho, para que por esta vía y en presencia de una causal de terminación de esa relación, se ordene la entrega real y efectiva a favor del actor, quien por demás debe acreditar su derecho sobre el bien reclamado.

Adicionalmente, es posible que la relación material con el bien obedezca a un acto unilateral del detentador -no enmarcado en la posesión-, esto es, sin ánimo de señor y dueño y sin desconocimiento de los derechos del titular del dominio, en el que no preexiste una convención que revele esa relación tenencial -la cual puede tener como génesis un acto de

despojo o de perturbación-, situaciones en la que la ley ha puesto a disposición del afectado las acciones policivas y, en caso de que ellas hubieran prescrito, la vía judicial -otros procesos de restitución de tenencia-, como lo puntualizó desde época remota el H. Consejo de Estado.

“El procedimiento que se debe seguir para la recuperación de los bienes fiscales que se encuentran en poder de terceras personas es, inicialmente, el que corresponde a las acciones policivas de perturbación o de despojo, según el caso.”

*“Vencido el término de prescripción para el ejercicio de las acciones policivas, **el procedimiento es el correspondiente al proceso abreviado que dispone el Código de Procedimiento Civil para tramitar y decidir los asuntos de tenencia**, salvo que se trate de un bien agrario, caso en el cual se aplicará lo dispuesto en el Decreto - Ley 2303 de 1989.”¹.*

En conclusión, nada obsta para que una persona, carente de contrato o convención que lo reputa arrendatario, acreedor prendario, secuestre, usufructuario, usuario o habitante, aun así ostente la tenencia de un bien raíz por una causa distinta a las mencionadas, como lo sería un comodatario o simplemente aquel que por cualquier razón ingresó al inmueble para detentarlo no como dueño, sino a sabiendas y reconociendo que el predio no es suyo ya que pertenece a otro individuo.

*6.- Puntualizado lo anterior, ha de recordarse que la legitimación por activa en este tipo de acciones si la tenencia se deriva de un contrato la tiene quien entregó el bien o el respectivo cesionario a cualquier título y, si no proviene de convención alguna deberá acreditarse la propiedad del bien que reclama, conforme el artículo 385 del Código General del Proceso a cuyo tenor: “Lo dispuesto en el artículo precedente se aplicará a la restitución de bienes subarrendados, a la de muebles dados en arrendamiento y a la de cualquier clase de bienes **dados en tenencia** a título distinto de arrendamiento, lo mismo que a la solicitada por el adquirente que no esté obligado a respetar el arriendo...”.*

¹ Consejo de Estado. Consulta 745 del 29 de noviembre de 1995.

En este orden de ideas, se tiene que con los anexos de la demanda la convocante arrió el certificado de tradición y libertad del predio objeto de la litis identificado con el No. 50S- 400514480, en el cual a través de anotación No. 11, se inscribió a Lina María Zambrano Luque, como titular del derecho de dominio del mismo.

El comodato

7.- Se tiene que el artículo 2200 del Código Civil define el comodato así: **“El comodato o préstamo de uso es un contrato en que la una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso”.**

A su turno, en lo que interesa al presente asunto, el canon 2201 ibídem regula lo atinente a los derechos del comodante; el 2202 lo concerniente a las limitaciones al comodatario; el 2203 la responsabilidad de éste en el cuidado de la cosa; el 2205 la obligación del comodatario de restituir la cosa prestada en el tiempo u oportunidad convenido, en tanto que a falta de término estipulado, después del uso para que ha sido prestada, el 2216 la indemnización del comodatario por expensas; y los artículos 2219 y 2220 el comodato precario y otras situaciones de éste.

Ahora bien, en punto del préstamo o derecho de uso, enseñan Planiol y Ripert que: “...hay dos especies de préstamo. En uno, la cosa prestada debe devolverse en su individualidad; el deudor sólo está autorizado a servirse de la cosa prestada por el tiempo del préstamo, sin poder enajenarla o destruirla: es éste el préstamo de uso, el commodatum de los romanos. En el otro, el deudor está autorizado a disponer de las cosas que se le entregan y obligado a devolver otras semejantes en igual cantidad y de la misma calidad: es el préstamo de consumo, el mutuum de los romanos... Bajo estas dos formas, el préstamo es un contrato real en el sentido de que no existe, como tal, sino por la entrega de la cosa, según la fórmula romana se forma “re”. Pero en el préstamo de uso, esta entrega consiste en una simple entrega material de la cosa, de la que el deudor llega a ser detentador, en tanto que en el préstamo de consumo, adquiere la propiedad de la misma; por tanto, la entrega que se le

hace es verdaderamente traslaticia, como lo era la tradición en el ‘mutuum’ ”².

7.1.- En punto de este especial negocio jurídico, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha expresado que:

“Tal contrato, en esencia, se distingue por su carácter real, presupuesto que se ha reconocido desde el derecho romano, época en la cual se entendía que hasta tanto no se entregara la cosa, no había convención, pues no nacía ninguna obligación para el comodatario. De allí que se entendiera que el contrato se perfeccionaba en “re” (obligatio ‘re’ contracta), como quiera que a partir de ese momento surgía el vínculo jurídico entre las partes.

Aunque con no poca resistencia, también se ha destacado el carácter sinalagmático imperfecto de dicho acuerdo de voluntades, admitiendo la posibilidad de que a partir de su celebración, accidental y eventualmente (ex post) puedan nacer obligaciones para el comodante. De la mano de lo anterior, se ha resaltado **de vieja data que el comodato es gratuito, o sea, que por el uso del bien no hay ninguna contraprestación para el comodante, a quien se reconoce, más bien, un ánimo bienhechor que refleja su muestra de esplendor frente al comodatario. De no ser así, el contrato se tornaría en arrendamiento o, incluso, en un negocio innominado.”**

También es un contrato principal, en la medida que no requiere de algún otro para nacer a la vida jurídica, amén que por su enunciación y regulación legal, es nominado y típico.

(...)

1.10. Recuérdese, por otra parte, que el préstamo de uso termina 1) por la pérdida de la cosa; 2) por el vencimiento del plazo pactado o el cumplimiento de la condición convenida; 3) salvo pacto en contrario, por voluntad unilateral del comodatario en cualquier tiempo y 4) por voluntad unilateral del comodante en los siguientes casos: a) cuando no hay término de restitución previamente fijado; b) cuando el comodatario falleció o cae en incapacidad que le impida usar la cosa; c) cuando sobreviene al comodante una necesidad urgente; d) cuando el comodatario usa la cosa abusivamente o no

² Planiol, Marcel, Ripert, Georges, Tratado Elemental de Derecho Civil, Teoría General de los Contratos, Contratos Especiales, 1ª Edición, Cárdenas Editor y Distribución, México, 1945, págs. 439 y 440.

cumple con su obligación de cuidarla; y e) cuando muere el comodatario, siempre que el contrato haya sido intuitu personae.

1.11. Y en lo referente a su clasificación, resulta relevante aquella que distingue al comodato regular del comodato precario, para hacer ver que este último se presenta, a voces del artículo 2220, “cuando no se presta la cosa para un servicio particular, ni se fija tiempo para su restitución”.

1.12. Es de resaltar, para abundar en claridad, que a partir del perfeccionamiento de dicho acto negocial, surgen para el comodatario diferentes obligaciones, de hacer y no hacer, consistentes en: 1) vigilar por la guarda y conservación de la cosa, teniendo en cuenta la responsabilidad que le corresponde según el interés que subyace en el contrato; 2) limitarse al uso convenido -expresa o tácitamente- o aquél que se deriva de la naturaleza de la cosa; 3) pagar los gastos ordinarios para el uso y la conservación de la cosa prestada; 4) en presencia de un accidente, preservar la cosa prestada frente a las propias suyas, como quiera que “en la alternativa de salvar su propia cosa o la que le ha sido dada en comodato, debe como hombre agradecido no sacrificar la cosa ajena para salvar la suya propia”³; 5) restituir la cosa a la expiración del comodato (obligación de resultado), ya sea porque se cumplió el plazo o la condición convenida, o cuando termine su uso, o antes, en caso de que haya necesidad del comodante; y 6) pagar al comodante los daños y perjuicios que se causen si la cosa se emplea para un uso no convenido o perece por culpa del comodatario.

Acerca de la obligación de restituir, ha de destacarse que según el artículo 2206 del Código Civil, el reintegro de la cosa prestada debe hacerse a favor del comodante o de la persona que tenga derecho para recibirla en su nombre, siguiendo así las reglas generales de los artículos 1634 y s.s. ibídem. Además, debe acudirse a las previsiones de los artículos 1645, 1646 y 1647, para determinar el lugar donde debe hacerse la entrega.”⁴ (Énfasis por fuera del texto original).

³ Barros Errazuris Alfredo, Ob. Cit., pág. 346.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 4 de agosto de 2008, M.P. Edgardo Villamil Portilla. Exp. No. 68001-3103-009-2000-00710-01

8.- Entonces, a fin determinar si dentro de este asunto se encuentran presentes los elementos necesarios para tener por demostrado el contrato de comodato cuya celebración se insiste en la alzada, procede el Tribunal a analizar en conjunto las pruebas arrimadas.

8.1.- Desde esta perspectiva, se tiene que en el interrogatorio de parte que absolvió la demandante fue enfática en afirmar que nunca ha habido un contrato, y que su progenitora está administrando el bien porque cuando ésta adquirió la propiedad era menor de edad y la convocada fungía como su tutora; agregó que convivió con la demandada hasta el año 2017, época en la que decidió que lo producido por el inmueble sería para ella directamente como dueña, no obstante, intentó hablar con la señora Mery Mercedes sin ser posible que aquella le diera una respuesta, ni le retornara la posesión o le entregara lo que se recibe por arriendos (archivo 10, expediente digital).

También se recibió el testimonio de Hernando Zambrano García, progenitor de la demandante, relató que cuando decidieron separarse con Mery Mercedes Luque acordaron que la casa adquirida por la sociedad conyugal se pasaría a nombre de la demandante, con el fin de asegurarle un futuro y proveer para su manutención; que pese al convenio, la demandada nunca entregó dinero alguno para los gastos de la menor de edad que quedó en su custodia y que no conoce de ningún acuerdo celebrado entre Lina y Mery Mercedes. Agregó que una vez cumplió la mayoría de edad, la demandante abandonó la vivienda en la que convivía con su progenitora (demandada) por cuestiones de incomodidad y desde ese momento, la señora Mery Mercedes “desapareció de la vida” de ellos, al punto que no contesta el teléfono, les dio la orden a los inquilinos de no abrirles la puerta del inmueble e hizo una carta prohibiéndoles la entrada al conjunto residencial, además de continuar recibiendo los frutos que produce el predio objeto de restitución (archivo 10, ej.).

A su turno, Ruth Zambrano García, familiar de la demandante, recordó que una vez ocurrido el divorcio entre Mery Mercedes y Hernando estos decidieron dejarle un inmueble a Lina para asegurar su futuro, afirmación que sustentó en lo que le dijeron en esa época los citados ex consortes.

8.2.- Igualmente, obran documentos aportados por la demandada, que revelan los trámites realizados ante una Comisaria de Familia para acordar los relativo a alimentos, vestuario, vivienda, educación y demás conceptos de la entonces menor de edad, Lina Zambrano, quien además quedaría bajo la tenencia y custodia de la demandada Mery Mercedes Luque (págs., 79 a 82, Archivo 01).

Así mismo, declaración extrajuicio de Jaime Llanos Vargas en la que asegura haber realizado reparaciones locativas en el inmueble de “Villa del Río” contratadas por Mery Mercedes Luque Infante. Así como poderes otorgados por la convocada para la representación en asambleas de copropietarios del conjunto residencial en donde se encuentra el predio objeto de restitución y por último, declaración del año 2017 de Mauricio Espitia Moreno, Amanda Correa, Ismael Gil, Diana Yolima Figueroa Correa y Guillermo Figueroa en la que aseguran tener contrato de arrendamiento con la demandada (pág., 88 a 90 ib).

De otro lado, se observa, copia de trámite de acción de tutela surtido ante el Juzgado 13 Penal Municipal con Función de Garantías de Bogotá, donde fungió como accionante Lina María Zambrano Luque y accionada Mery Mercedes Luque Infante.

En la demanda constitucional se pidió la protección a los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la “propiedad privada”, asegurándose que Mery Mercedes Luque no permitía a la propietaria inscrita cobrar los arriendos de su inmueble. La acción fue fallada el 7 de noviembre del 2017, declarando la improcedencia de la misma (págs., 91 a 109, ib).

Obra igualmente, comunicación del 12 de febrero del 2018 dirigida a Jhon Fredy Casallas, administrador de la manzana 70 de la Urbanización Villa del Río, mediante la cual, la demandada anunciándose como “poseedora” prohíbe el ingreso al inmueble de Lina Zambrano Luque y Hernando Zambrano García, debido a “los actos perturbatorios que ellos han realizado (...) a los arrendatarios”. (pág., 111 ib.)

8.3.- En este contexto, es evidente que no obra prueba alguna de la celebración de un contrato de comodato, ni siquiera, en los términos que asegura la apelación, cuando la demandante cumplió su mayoría de edad, pues según se relató en la mencionada demanda de tutela, la actora alcanzó ese estado en el año 2014, época en la que ya se encontraba arrendado el predio de la urbanización Villa del Río, y hasta el año 2017, por problemas personales, convivió con su progenitora- aquí demandada-, año este último en el que entró a reclamar su titularidad.

Además, contrario a lo que asevera la censura, no queda duda que tanto el interrogatorio de parte de Lina María Zambrano Luque, como el testimonio de Hernando Zambrano García, fueron contestes en afirmar que no había ningún acuerdo para que la convocada permaneciera en el inmueble y que simplemente aquella fungió desde siempre como administradora, dado el acuerdo al que se arribó tras la separación de los progenitores.

9.- Así las cosas, en el asunto examinado quedó ampliamente acreditado que la demandada inicialmente ingresó al inmueble y continuó con su manejo, no por la existencia de un negocio jurídico de tenencia, sino por la disposición legal de ser la administradora de los bienes de la menor de edad hasta que se extinguiera la patria potestad (art. 298 y 299 C.C), es decir hasta que cumpliera la mayoría de edad, lapso en el que conforme el artículo 291 del Código Civil **gozaba del usufructo del bien**, derecho que además continúa por disposición legal hasta su emancipación, por así ordenarlo el artículo 292 ibídem.

Y es que según quedó demostrado, para la fecha en que se realizó la compraventa a favor de la aquí demandante -noviembre del 2003- aquella contaba con tan solo 7 años, razón suficiente para colegir que eran sus padres o alguno de ellos los encargados del inmueble, además con el derecho de usufructuarlo. Y si bien, se puede discutir en este asunto que tales prerrogativas a favor de la demandada se extinguieron por el cumplimiento de la mayoría de edad o bien, por la emancipación, en el año 2014 o 2017, como da cuenta la prueba documental, lo cierto es que para cuando se cumplieron esas condiciones e incluso para la fecha de formulación de este libelo la aquí convocada ya invocaba su calidad de poseedora, desconociendo su inicial tenencia.

Lo anterior, además, se soporta con lo expuesto en las declaraciones ya reseñadas que relataron que Mery Mercedes Luque Infante “desapareció de sus vidas”, se abstiene de recibir llamadas, no entrega los dineros que produce el bien a su titular y, además, prohibió a la administración de la copropiedad, el ingreso de Lina María Luque al mismo, lo que devela que su calidad no corresponde a la de alguien que se puede catalogar como un simple tenedor.

10.- En suma, se avizora que la demandante incumplió su deber de acreditar el vínculo contractual que alegó en el libelo se habría celebrado, de modo que queda claro que la acción invocada no podía prosperar por la ausencia de acreditación de la calidad de tenedora de Mery Mercedes Luque Infante, elemento fundamental para el buen desarrollo de este tipo de litigios. Lo expuesto, no significa avalar, como lo insinúa la censura, que se vulnere el derecho a la propiedad privada, pues para recuperar su posesión, la actora cuenta con otros mecanismos que sí resultan idóneos. Se insiste, el fracaso de la demanda se materializó por la ausencia de prueba de la tenencia, carga que le incumbía a la parte actora.

Recuérdese que conforme lo establece el artículo 167 del C.G.P., le correspondía a la parte demandante probar los supuestos fácticos en los cuales fundamenta sus pretensiones, en tanto que la sola afirmación de quien lo alega no es constitutiva de plena prueba del hecho o acto, ya que a nadie le es dado el privilegio de que su mero dicho sea prueba suficiente de lo que afirma, tal como lo ha precisado la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil:

“...es verdad que, con arreglo al principio universal de que **nadie puede hacerse su propia prueba, una decisión no puede fundarse exclusivamente en lo que una de las partes afirma a tono con sus aspiraciones.** Sería desmedido que alguien pretendiese que lo que afirma en un proceso se tenga por verdad, así y todo sea muy acrisolada la solvencia moral que se tenga. De ahí que la Corte Suprema de Justicia haya dicho en un importante número de veces... que ‘es principio general de derecho probatorio y de profundo contenido lógico, que la parte no puede crearse a su favor su propia prueba. Quien afirma un hecho en un proceso tiene la carga procesal de demostrarlo con alguno de los medios que enumera el artículo 175 del Código de

Procedimiento Civil, con cualesquiera formas que sirvan para formar el convencimiento del Juez. Esa carga... que se expresa con el aforismo onus probandi incumbit actori no existiría, si al demandante le bastara afirmar el supuesto de hecho de las normas y con eso no más quedar convencido el Juez”⁵.

11.- En síntesis, habrá de confirmarse la sentencia apelada, con la consecuente condena en costas a la convocante ante la improsperidad de su recurso de apelación, de acuerdo con lo establecido en el numeral 3° del artículo 365 del C.G.P.

V. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., en Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1.- CONFIRMAR el fallo proferido el 31 de agosto de dos mil veintidós (2022), en el Juzgado 31 Civil del Circuito de la ciudad, por las razones aquí expuestas.

2.- CONDENAR en costas de esta instancia a la parte recurrente. Tásense.

3.1.- De conformidad con lo previsto en el numeral 3° del artículo 366 del Código General del Proceso, en concordancia con el artículo 5° del AcuerdoPSAA16-10554 de 2016, en la liquidación de costas causadas en segunda instancia, inclúyase como Agencias en Derecho el monto correspondiente a un salario mínimo legal vigente para la anualidad que avanza. Para la elaboración de la misma síganse las reglas previstas en dicha norma.

⁵ Sent. de 12 de febrero de 1980 Cas. Civ. de 9 de noviembre de 1993. G.J. CCXXV, pag. 405

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
MAGISTRADA

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA
MAGISTRADAa

Firmado Por:

Jorge Eduardo Ferreira Vargas
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Maria Patricia Cruz Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Ruth Elena Galvis Vergara
Magistrada
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **f96bf80428d5fc116c56503b618fe90c28f3809ae6255f39791f66154a33eeba**

Documento generado en 17/11/2022 09:57:37 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA CIVIL

MAGISTRADO PONENTE:
LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Discutido y aprobado en sala de decisión civil del 16 de noviembre de 2022. Acta 40.

Bogotá D.C., diecisiete de noviembre de dos mil veintidós

Vigente la reanudación del contradictorio luego de la suspensión que operó entre el 18 de septiembre de 2020 y el 18 de septiembre de 2022, procede el Tribunal a decidir los recursos de apelación formulados por ambas partes contra la sentencia emitida el 28 de agosto de dos mil 2019 por el Juzgado Treinta y Dos Civil del Circuito de esta ciudad.

ANTECEDENTES

1. Suramericana solicitó que se declare que Fiducolombia se subrogó en el pago derivado de las “acciones de la Contraloría” contra las aquí demandadas y que a su vez tomó la posición que tenía Fiducolombia con apoyo en la póliza de seguro integral para entidades financieras. En consecuencia, reclamó que se condene a cada una de las accionadas al pago de \$9.625.522.600 más los intereses moratorios, o en subsidio la indexación.

En sustento de sus aspiraciones expuso que: (i) en su condición de garante, fue convocada al proceso de responsabilidad fiscal adelantado contra varios ex funcionarios de la UAESP, y las sociedades Fiducolombia, Lime, Aseo Capital, Atesa y Ciudad Limpia, contradictorio en el que a las entidades mencionadas se les impuso condena, de manera solidaria, por un total de \$47.425.968.533,79; (ii) dentro del trámite de cobro coactivo, Ciudad Limpia

pagó \$9.625.522.600 “con lo cual cubrió la prorrata que le correspondía” y Fiducolombia consignó otros \$4.595.277.686; (iii) la aseguradora ajustó el monto a indemnizar –luego de aplicado el deducible de \$500.000.000– para fijarlo en \$33.330.812.714 los cuales desembolsó, quedando satisfecho el débito cobrado ante esa jurisdicción.

2. Las demandadas formularon los siguientes medios de defensa:

2.1. Aseo Capital S.A.: i) La responsabilidad fiscal y la solidaridad se predicen de las conductas desplegadas por exfuncionarios de la UAESP, por lo tanto, tal reclamo debe realizarse a ellos. ii) Suspensión por prejudicialidad por acción de nulidad y restablecimiento del derecho que adelanta ante la justicia administrativa.

2.2. Atesa S.A.: (i) La subrogación solo opera de manera principal frente a las personas naturales que fueron declaradas fiscalmente responsables y para el caso de que ellas no “cancelen sus obligaciones”, por cuanto Suramericana es fiadora y no codeudora. (ii) En el proceso solamente obra prueba del desembolso de \$15.330.812.714, según “los desprendibles de pago hechos por esta aseguradora a la UAESP”. (iii) No es procedente hacer la división del valor de la condena solidaria entre el número de condenados, en tanto se debe determinar el grado de participación de cada una de ellos. (iv) No pueden reclamarse intereses moratorios, al contrariar el principio netamente indemnizatorio del contrato de seguro, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1088 del C. de Co. (v) Solicitó también la prejudicialidad por la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (fl. 1507), la cual se decretó y dio origen a la suspensión del proceso entre el 18 de septiembre de 2020 y el 18 de septiembre de 2022.

3. Para resolver el conflicto, el juzgador de primera instancia indicó que era necesario interpretar la demanda, precisando que –en su criterio– en la fijación del litigio se estableció que las pretensiones de subrogación se plantearon de manera principal y subsidiaria. En consecuencia, expresó que había lugar a la

subrogación civil derivada del pago de la condena emitida en el juicio de responsabilidad fiscal que el demandante efectuó como deudor solidario y como en ese fallo no se especificó la proporción en que cada uno participaba, lo dividió por las cinco personas jurídicas convocadas, más indexación, para un total de \$10.223.393.483,74 a cargo de cada una de ellas. Negó los réditos moratorios bajo la restricción reglada en el Código de Comercio sobre el valor asumido por la aseguradora porque solo procede el reembolso de lo pagado, lo que incluye únicamente la actualización del valor y reconoció “intereses moratorios civiles” a la tasa del 6% en caso de que la cifra no se cancele dentro de los 20 días siguiente a la ejecutoria de la sentencia.

Desde la perspectiva de la subrogación por el pago realizado como aseguradora, comentó que esa pretensión no se formuló como subsidiaria, “así que tiene el carácter de principal”, la que, en principio, no se excluye con la anteriormente estudiada, procediendo a precisar quién generó el siniestro, en cuyo desarrollo resaltó que existía un comité en el que participaban las sociedades demandadas y tomaban las decisiones del fideicomiso para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá. Pero, dado que no se adjuntó copia del contrato de fiducia, importante para establecer a quiénes les es imputable el riesgo asegurado y que en la decisión de la Contraloría no se ponderó la incidencia de cada uno, aunado a que se evaluó la conducta de varias personas naturales, epilogó que no era dable emitir la condena por esa vía.

3. Inconformes con lo decidido, las partes apelaron manifestando los motivos de disenso –desarrollados ante esta instancia– que a continuación se sintetizan:

3.1. La sociedad actora consignó que: (i) Las pretensiones eran, en realidad, consecuenciales. El pago realizado por Suramericana fue en su condición de aseguradora de Fiducolombia, así que se entiende realizado por este último en calidad de deudor solidario, posición que toma la aseguradora – que no es deudora solidaria sino tercera civilmente responsable–. (ii) Se

demonstraron los requisitos que el Código de Comercio exige para la subrogación, por cuanto se probó la existencia de la póliza, que la aseguradora pagó la parte de la condena que ahora repite, y que la fuente de la obligación son los fallos de responsabilidad fiscal y no el contrato de fiducia, subrogándose así en “las acciones que tenía la Contraloría contra los demandados”. (iii) Al declarar a la aseguradora tercero civilmente responsable, la Contraloría definió que la responsabilidad está amparada por la póliza. (iv) El acaecimiento del siniestro con la declaratoria de responsabilidad y el pago por la aseguradora, habilitan la subrogación en las acciones que la fiduciaria tenía contra los demandados. (v) Deben reconocerse los intereses moratorios porque de haber demandado directamente el deudor solidario, tendría derecho a esa erogación.

3.2. Aseo Capital S.A. censuró: (i) La condena es *extra petita* porque se pidieron nueve mil y se concedieron diez mil millones. El despacho condenó a pagar “intereses legales de mora, indexación sin que ellos fueran solicitados por el demandante”. (ii) Para establecer la cuota derivada de la participación de los responsables se debió incluir a todas las personas condenadas en el proceso de responsabilidad fiscal. Además, hay lugar a descontar la parte que le habría correspondido pagar a Fiducolombia, así como lo que esa entidad y Seguros del Estado desembolsaron en ese asunto. El demandado no podía elegir solo a algunos de los responsables fiscales como si se tratara de una nueva solidaridad. (iii) La acción de subrogación del C. de Co. debió ejercerse solo contra Fiducolombia porque los terceros no cometieron algún siniestro amparado en la póliza. (iv) La sentencia es incongruente porque al contrastar las consideraciones con la parte resolutive del fallo, se desprende que el juez “efectuó una serie de conjeturas argumentativas que fundamentarían la emisión de una sentencia en contra del demandante”.

3.3. Atesa S.A., manifestó: (i) Hay incongruencia en la decisión porque la única subrogación expresamente invocada a favor de la aseguradora fue la prevista en el C. de Co., mientras que la reglada en el Código Civil se pidió a favor de Fiducolombia. Se interpretó inadecuadamente la demanda. ii) Si se aceptara la aplicación de la subrogación prevista en el 1579 del Código Civil no

era procedente la acción porque la aseguradora no era deudora solidaria, que es a favor de quien se prevé ese beneficio de repetir, así que no acertó el juez al considerar que Suramericana era deudora solidaria, porque esa calidad no se le dio en el fallo de responsabilidad fiscal.

CONSIDERACIONES

1. De manera inicial aborda la Sala las críticas formuladas contra la intelección de la demanda realizada en la primera instancia, ejercicio hermenéutico que se efectúa con el objetivo de desentrañar –cuando ello sea necesario– el real sentido de los supuestos fácticos y de las pretensiones, para lo que se debe implementar una metodología que no desfigure el verdadero sentido y alcance señalado en ese documento, evitando cualquier menoscabo del derecho de defensa de la contraparte. Así lo ha puntualizado la jurisprudencia al relieves que “cuando el lenguaje de la demanda, sin ser indescifrable por completo, no se ajusta a la claridad y precisión indispensables en tan delicada materia, para no sacrificar el derecho material en aras de un culto vano al formalismo, el juzgador está obligado a interpretarla en busca de su sentido genuino sin alterarlo ni sustituirlo, consultando la prevalencia del derecho sustancial, el acceso a la administración de justicia y la solución real de los conflictos, a partir de un análisis serio, fundado y razonable de todos sus segmentos, mediante su interpretación racional, lógica, sistemática e integral”, con la precisión allí mismo sentada, de que esa labor no cumple su cometido si “tergiversa de modo evidente su texto, o lo hace decir lo que no expresa o, también, cuando cercena su real contenido”¹.

En armonía con lo anotado, la corporación citada ha relevado que “el juez, al momento de proferir sentencia, debe plegarse racionalmente a los términos del litigio, tal como le fue planteado por las partes en los distintos escritos que tienen alcance de postulación (demanda y su reforma, contestaciones, fijación del litigio, etc), los cuales, bien se sabe, dibujan las fronteras del

¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC-5170-2018.

pronunciamiento judicial, estereotipado -en el punto- por el principio dispositivo, de suerte que todo desbordamiento de tales límites se estima como vicio *in procedendo*, sea porque el juzgador concede más de lo pedido (*ultra petita*), o decide por fuera de lo demandado (*extra petita*), u omite resolver sobre alguna de las súplicas que las partes formularon (*citra petita*)”².

Por igual, no hay controversia en torno a que en los eventos en que exista fijación del litigio en firme, con esa perspectiva se debe analizar el debate, dado que en ese pronunciamiento quedan plasmadas “...las reglas de juego a seguir dentro del debate procesal, a partir de las cuales las partes y el juez deben encauzar su actuación, dentro del marco de los principios de congruencia, buena fe, lealtad procesal y debido proceso, entre otros, que guían la función judicial”³, de donde resulta que si el problema jurídico o el enfoque allá hincado es claro y preciso, a esos términos debe ajustarse el fallador.

2. Sentadas las anteriores premisas, advierte la Sala que, al fijar del litigio, el juzgador anunció que “se está ejercitando una acción de subrogación por la compañía de seguros frente o con base en un fallo de la Contraloría General que está incorporado, indicando que tiene derecho a recobrar sumas que pagó en desarrollo del contrato de seguro que había amparado la actuación de la fiduciaria” –decisión sobre la cual no hubo reproche alguno de las partes–⁴, concreción pretensional de la que se desgaja que en el contradictorio se están ejerciendo dos acciones: la subrogación propia del seguro –artículo 1096 C. de Co.– y la que resuelve las relaciones internas de la solidaridad –artículo 1579 C. Civil–, de las que obra expresa mención en las pretensiones primera y cuarta. A esta dualidad antecede el hecho 38, en el que se expresó que “en virtud del pago que hizo Suramericana S.A...en un todo de conformidad con el artículo 1096 del C. de Co. se subrogó en todas las acciones y derechos de la fiduciaria asegurada contra los responsables del siniestro, incluido el derecho al reembolso o subrogación de la parte proporcional frente a los deudores

² Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 18 de diciembre de 2006.

³ Consejo de Estado. Sentencia del 15 de octubre de 2015.

⁴ Audiencia de 29 de agosto de 2019. Minuto 37:40, aproximadamente

solidarios, conforme al pluricitado art. 1579 del C.C.”., orientación aplicada en la emisión del fallo de primer grado al darle respuesta a esos dos problemas jurídicos.

3. Ya en torno a la viabilidad de una y otra de las subrogaciones, es útil recordar que, de acuerdo con el artículo 1579 del Código Civil, cuando el deudor solidario paga la deuda o la extingue por medios equivalentes, queda subrogado en la acción del acreedor, limitada a lo que corresponda a cada codeudor, lo que gesta “una nueva obligación, pero sólo entre quienes conformaban el extremo pasivo, esta vez conjunta, es decir la que tiene por objeto una cosa divisible y existe a cargo de dos o más deudores o a favor de dos o más acreedores...Dicha novísima carga posee sus reglas propias, como que, por aplicación del inciso 2º del artículo 2325 idem, ‘si la deuda ha sido contraída por los comuneros colectivamente, sin expresión de cuotas, todos ellos, no habiendo estipulado solidaridad, son obligados al acreedor por partes iguales’. El ordenamiento jurídico, presume, entonces, que la obligación asumida por varias personas es de interés de todas ellas y, por consecuencia, cada una está obligada a su pago por partes iguales”, sin perjuicio de que se incorpore prueba en contrario.⁵

A su turno, en relación con la segunda la legislación comercial reconoce a favor del asegurador que ha pagado la indemnización correspondiente, la subrogación en los derechos del asegurado contra los responsables del siniestro hasta concurrencia del valor desembolsado, acaso en el que adquiere *ipso iure* los derechos frente al tercero responsable, entre ellos a recobrar lo pagado, ante la asunción de la posición jurídica –total o parcial– del afectado, lo que por igual lo somete a todo tipo de excepciones que podrían proponerse contra el transmisor de esa prerrogativa. La operancia de la figura en comento tiene plena justificación en tanto que de “no aceptarse tal subrogación se presentaría una de estas dos situaciones incompatibles ambas con elementales principios jurídicos: o que el asegurado, además de la indemnización a que el

⁵ Corte Suprema de Justicia. SC5107-2021.

contrato de seguro le da derecho, obtenga la que tiene su fuente en el acto dañoso del tercero responsable; o que éste, por la sola existencia del contrato de seguro, en el cual es tercero, quede exento de la sanción civil a que da origen el hecho ilícito”⁶.

4. En el caso puesto a conocimiento de la Sala, y en contexto con la orientación adoptada por el fallador de primera instancia, es preciso resaltar que la operatividad del recobro a los deudores solidarios del valor que a estos les corresponde dada su participación o interés en la obligación *in solidum*, parte de la asunción –por parte de Suramericana– de la posición que tenía la Fiduciaria Bancolombia ante el pago que realizó la demandante, contradictorio en el que, además, se le llamó como “tercero civilmente responsable”, precisamente por esa aseguranza. Expresado en otras palabras, el pedimento respaldado en el artículo 1096 del C. de Co., a más de ser una pretensión por sí misma, es también un presupuesto que sustenta o justifica su legitimación derivada de la transmisión de la condición que inicialmente tenía la fiduciaria como obligada solidaria en el procedimiento administrativo y que llevó a la materialización de la subrogación prevista en el artículo 1579 del Código Civil.

En este orden, aun cuando el juzgador concluyó que no prosperaba la subrogación en los términos del artículo 1096 comercial, con sustento en que no se había incorporado el contrato de fiducia, lo cierto es que al atestar que la aseguradora está habilitada para recobrar las sumas pagadas en cumplimiento del seguro con Fiduciaria Bancolombia –y de paso solucionar las relaciones internas de la solidaridad con los demás deudores– hubo un reconocimiento implícito de la prosperidad de aquella otra pretensión –subrogación por vía del seguro–, porque para adquirir la potestad de repetir contra los codeudores, era necesaria la realización del desembolso –se repite– en acatamiento de su compromiso patrimonial como aseguradora. Consecuentemente, el señor juez no tenía ninguna necesidad de acudir al contrato de fiducia, o evaluar los deberes emanados de él para establecer la viabilidad de la subrogación

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 4 de marzo de 1977.

amparada en el contrato de seguro, en la medida que el pago hecho por Suramericana tiene inequívoco soporte en el convenio con Fiduciaria Bancolombia y, como se explicó, fue con base en él que se realizó su llamado como tercero responsable en el juicio de responsabilidad fiscal.

En desarrollo de lo anterior, los requisitos para el perfeccionamiento de la subrogación con ocasión de la aseguranza se cumplen, en la medida que el contrato –cuya validez y eficacia no fue atacada en la impugnación–, se acreditó tanto con las copias que inicialmente se aportaron como con las reproducciones remitidas por la Contraloría General de la República, de las que, en esta instancia, se corrió traslado, sin que fueran objeto de réplica. Con todo, esa realidad del convenio y el cumplimiento de los presupuestos legales, ante la incontrovertida circunstancia de que la póliza 1301 es la que sirvió de apoyo a la Contraloría General de la República para vincular a la aseguradora en calidad de garante, según se señala en el artículo quinto de la decisión administrativa, igualmente evidencia la configuración del siniestro, “de acuerdo con las consideraciones” del fallo, en donde la autoridad resaltó que la póliza “en efecto cubre los riesgos y detrimentos que pueda sufrir la Fiduciaria dentro de su operación comercial y esto incluye claramente un fallo con responsabilidad fiscal en donde se le encuentre como responsable fiscal...”, a lo que se aúna que no hubo debate frente a la acreditación de los pagos efectuados por la aquí demandante, según lo indicó la Contraloría General de la República (folio 1641, cuaderno 4).

5. Resuelto el punto que antecede, procede la Sala a dirimir los cuestionamientos fundados en la incongruencia, de la que Aseo Capital censura que la subrogación reglada en el Código de Comercio solamente debió aceptarse contra Fiduciaria Bancolombia, porque los concesionarios “no cometieron ninguno de los siniestros amparados por la mencionada póliza” y que existieron varios argumentos en la parte resolutive de la decisión que “fundamentarían la emisión de una sentencia en contra del demandante”. A su turno, Atesa denuncia que la aplicación del artículo 1096 del estatuto mercantil se pidió a favor de la aseguradora y la implementación de la regla 1579 del

Código Civil para la fiduciaria, pero que –en su criterio– aun si se aceptara que este último se reclamó para beneficio de Suramericana, no debía prosperar la solicitud porque la demandante no era deudora solidaria.

Al respecto, basta señalar que esos cargos critican una aparente confusión entre los dos tipos de subrogación, el tipo de acción desplegada y la facultad de la parte para ejercerla, reproches que no medran, puesto que –como ya se explicó con amplitud– la posibilidad de reclamar por esta vía a los demandados tiene como causa el hecho –no cuestionado– de que Fiduciaria Bancolombia, Aseo Capital y Atesa, resultaron condenadas en el proceso de responsabilidad fiscal y que Suramericana pagó ese mandato solidario para aquellas. Por igual, está probado que ese desembolso tuvo origen en el contrato de seguro vigente entre la fiduciaria y la aseguradora, operando así en primer lugar la subrogación de que trata el artículo 1096 del C. de Co. contra los responsables del siniestro –fallo de responsabilidad fiscal–, y que tal actuación puso al demandante en la posición jurídica que detentaba Fiduciaria Bancolombia, esto es, como deudora solidaria –en conjunto con Aseo Capital, Atesa y otras sociedades– posibilitándola para exigir el reembolso de la proporción que corresponde a los codeudores, o sea la subrogación regulada en el artículo 1579 civil.

De lo anterior fluye que, en los aspectos previamente enunciados, no se configuró la inconsonancia denunciada.

6. Con respecto al reproche de Aseo Capital, referido a que en la fijación de la cuota que le corresponde a cada demandado se deben incluir todas las personas condenadas en el proceso de responsabilidad fiscal, adicionando que no es procedente que el demandante elija solo a algunos de los responsables fiscales como si se tratara de una nueva solidaridad, y que además debe descontarse la parte que le habría correspondido pagar a Fiducolombia, así como lo que esa entidad y Seguros del Estado desembolsaron en ese asunto, es preciso sentar las siguientes reflexiones:

6.1. La Contraloría General de la República, según se describe en el artículo cuarto del fallo de responsabilidad fiscal, condenó a los extremos de este litigio a pagar la suma de \$47.425.968.533,79 de manera solidaria, al considerar que la Fiduciaria y las empresas de aseo incurrieron en “conducta gravemente culposa...porque se infringieron los criterios legales del régimen tarifario y las instrucciones impartidas por la Comisión de Regulación de Aguas”. Pero también ordenó el pago de varias sumas de dinero a las personas naturales, exfuncionarios de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, describiendo sobre cada uno de ellos el monto en que se estimaba el detrimento patrimonial por el que debían responder.

En este orden de ideas, en la referida condena, de la que no existe prueba de su invalidez y sobre la cual pende una presunción de legalidad, a las personas naturales no se les hizo partícipes solidarios en la orden expedida contra –entre otros– Fiducolombia, Aseo Capital y Atesa, por lo que no es factible dividir entre todos los condenados el valor de \$47.425.968.533,79, entre otras razones porque ese guarismo no cobija a la totalidad de los investigados sino solo a las partes acá en conflicto –así como otras dos empresas–. Por lo tanto, es respecto de estos deudores *in solidum* que debe establecerse la proporción o cuota que a cada uno de ellos corresponde, de manera que la división por partes iguales realizada por el juzgado de primera instancia no fue equivocada, metodología que no fue objeto de embate por el censor –quien solamente cuestionó que en la distribución no se incluyera a los ex funcionarios de la UAESP, más no que esa operación se haya hecho atribuyendo a cada firma guarismos iguales– y que, en todo caso, obedece a la aplicación de la presunción atrás comentada, la cual no se desvirtuó.

6.2. Lo que sí es necesario precisar es si los valores solicitados en la demanda corresponden a lo que el demandante puede reclamar, propósito para el que –se repite– la condena solidaria finalmente ascendió en el recaudo compulsivo a \$48.127.612.999,77 (incluyendo intereses), cifra que al ser fraccionada entre 5 –que fue el número de empresas a las que se impuso este apremio– arroja como resultado \$9.625.522.600, o sea el valor señalado en las

pretensiones del escrito inicial respecto de cada convocada. Estos datos deben contrastarse con el informe rendido por la Contraloría, según el cual los pagos realizados para finalizar el proceso coactivo se discriminaron así: Suramericana de Seguros \$33.330.812.714, Fiduciaria Bancolombia S.A. \$4.595.277.786, Ciudad Limpia S.A. \$9.625.522.600 y Seguros del Estado \$576.000.000, siendo del caso puntualizar que a esta última también se le vinculó –igual que a Suramericana– en condición de garante.

Dado que la aseguradora se subrogó en la posición de Fiduciaria Bancolombia S.A. no le es posible recobrar la cifra que a este le corresponde, así como tampoco lo que ya había sido desembolsado por Ciudad Limpia S.A. (quien pagó su parte), al paso que, no obstante haberse demandado inicialmente tanto a Aseo Capital, Atesa y Limpieza Metropolitana S.A., desistió de los pedimentos frente a esta última, porque “tal demandada honró el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la condena...reembolsando...la suma proporcional respectiva” (folio 1406, cuaderno 4) de donde se deriva que tampoco pueda requerirse el monto atribuible a esa entidad, ya que, según lo informó el accionante, el débito se satisfizo en lo que correspondía a esa sociedad. Lo anterior daría lugar a concluir, en principio, que Suramericana tiene habilitación para cobrar de las empresas contra las cuales continuó la actuación, la cifra que se indicó en la demanda, pero tal y como lo alegó el censor y se constata con la misiva de la Contraloría General de la República, otra aseguradora también hizo una consignación a esa entidad, de donde se desprende que no es factible colegir que Suramericana pueda exorar en su totalidad la evocada cuota, puesto que la liberación de la deuda no se logró únicamente por su intermediación sino por la participación de Seguros del Estado.

En consecuencia, del valor total de \$19.251.045.200 –sumatoria de las cifras que individualmente atañen a los dos demandados– se debe descontar los \$576.000.000 del pago efectuado por Seguros del Estado, para un total de \$18.675.045.200, de donde surge que a Aseo Capital y Atesa les corresponde pagar, de manera individual, \$9.337.522.600, como proporción o participación en la condena solidaria en la que Suramericana está facultada para reclamar.

7. Queda en pie la discusión planteada por el demandante y el demandado Aseo Capital frente al reconocimiento de los intereses moratorios, sobre los cuales aquél alega que deben ser ordenados porque de haber demandado directamente el deudor solidario tendría derecho a esas utilidades, mientras que Aseo Capital señala puntualmente –y por ente a tal aspecto se limita la decisión del tribunal– que al haber condenado el juzgado al desembolso de intereses legales e indexación hubo sentencia *extra petita* porque esos conceptos no fueron solicitados.

7.1. En cuanto a la indexación de esas cifras, basta señalar que ese pedimento sí fue elevado, como claramente se indicó en las pretensiones de la demanda –como petición subsidiaria en caso de negarse el pago de intereses moratorios liquidados a la tasa máxima señalada en el Código de Comercio–, motivo por el cual no existió defecto en su reconocimiento y liquidación. De todas formas, es preciso destacar que desde el año 2005 –cuando se acogió esta doctrina⁷ y que ahora es pacífica tanto para la Corte Suprema de Justicia como para el Consejo de Estado– se tiene por sentado que la diferencia entre el valor nominal de la suma reclamada frente a los demandados y la fijada en el ordinal segundo del fallo de primera instancia, encuentra pleno respaldo legal, primordialmente porque “esa actualización no entraña alteración o mutación objetiva del quantum primigenio, pues la operación de indexar conduce, necesariamente, a una cifra que equivale cuantitativamente al monto que se indemniza, en cuando reconstruye o restaura la capacidad adquisitiva del dinero, la que se puede ver minada por el transcurso implacable del tiempo...”⁸.

7.2. Acerca de los “intereses moratorios”, se hace necesario poner de relieve las siguientes anotaciones:

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 18 de mayo de 2005. Exp. 0832-01

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 9 de diciembre de 2008.

7.2.1. Conforme se indicó en el escrito de la demanda, Suramericana exoró el pago de “intereses moratorios liquidados a la tasa máxima permitida por el Código de Comercio y la Superintendencia Financiera de Colombia”, los cuales se negaron en la sentencia y, en su lugar, se atestaron los “intereses moratorios civiles” que deben calcularse a partir de los 20 días siguientes a la determinación. Ahora bien, si se mira con rigor el ataque que plantea la demandante en torno a esas utilidades, la realidad es que lo único que manifiesta es que “la acción que se ejerce en subrogación tiene características especiales por ejercerse frente a deudores solidarios” y por ello reitera su “pedimento para que se reconozcan los intereses moratorios”, arremetida en la que no se observa completa claridad en torno a lo que pretende la censura, pues los réditos se reconocieron pero no a la tasa que solicitaba y después de transcurridos 20 días a la ejecutoria del fallo en caso de no realizarse el desembolso por los convocados, aspectos que no fueron cuestionados por este extremo y, en línea de principio, inhiben de su escrutinio al juez de la apelación, comoquiera que esta “queda restringida a los puntos de inconformidad del recurrente de quien se entiende, cuando, como aquí se ha de expresar en términos limitados, que consiente o acepta las demás determinaciones contenidas en la sentencia apelada”⁹, porque es al interesado a quien “corresponde dar fisionomía a su reclamo y no puede ser sustituido en esa tarea por el juez, en lo cual se manifiesta el principio dispositivo que campea en el proceso civil”¹⁰.

7.2.2. En todo caso, es adecuado relieves que, en lo que atañe al reconocimiento de algún tipo de rédito con puntual causación en el pago que este haga bajo las previsiones del artículo 1096 del C. de Co., dicho precepto impide su procedibilidad, ya que, como de forma previa se explicó, el éxito del reclamo que Suramericana eleva mediante esta acción para repetir contra los codeudores en la obligación solidaria derivada de la condena estriba en que esa compañía se subrogó en los derechos que tenía la original codeudora solidaria –Fiduciaria Bancolombia–, por virtud del contrato de seguro existente

⁹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de octubre de 2004.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 8 de septiembre de 2009.

entre esas dos sociedades, presupuesto de hecho que lo faculta para lograr el propósito perseguido en la demanda. Por lo tanto, muy con independencia del tipo de relación en la que reemplaza a su asegurado, únicamente puede exigir la restitución del importe desembolsado, más no los intereses que dicha cifra pudiera causar, lo que desconocería el tope legal señalado en la norma citada –es decir: la “conurrencia de su importe”–.

Esta es, por demás, la orientación que ha perdurado en la doctrina jurisprudencial, en la que se ha explicado que “al ser los mismos [intereses moratorios] consustanciales al daño, en manera alguna pueden ser integrados al ‘importe’ de la indemnización, pues cuando el asegurador paga esta, a raíz de ocurrir el siniestro, simplemente está cumpliendo la obligación derivada del contrato de seguro, cuestión que por sí descarta que haya padecido algún perjuicio. Y no lo puede ser, tiene explicado la Sala, porque en el ‘cobro de la prima’ encuentra la ‘contraprestación económica de sus compromisos, siendo allí, dentro de la relación asegurado-asegurador, donde se fija el equilibrio contractual, el cual por virtud de la aplicación de los principios del ‘cálculo de probabilidades’ y la ‘previsión de lo imprevisible’, no se resquebraja ni sufre mella alguna cuando el asegurador paga la indemnización, es decir, cuando cumple lo pactado...”¹¹.

7.2.2. A otra discusión llevaría la procedibilidad de ordenar que se le paguen los beneficios que le reportaría el dinero adeudado de no ser pagados en el término que define la sentencia, que es lo que hizo el *a quo*, ya que condicionó su operancia al vencimiento del plazo que otorgó para el cumplimiento de la condena. No obstante, ese debate no se abre paso –y, consecuentemente, ocasiona el triunfo de la alzada que sobre el particular elevó Aseo Capital– porque Suramericana no plasmó ninguna solicitud en ese sentido en el escrito inicial, de allí que su inclusión en el fallo materializa el defecto de la incongruencia, razón suficiente para revocar ese segmento de la determinación, sin perjuicio de que, en el caso de incumplimiento del

¹¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 9 de diciembre de 2008, citada. Reiterativa de sentencia del 13 de octubre de 1995. Exp. 3986.

desembolso en el término fijado y ante una eventual ejecución coactiva, se pueda discutir la viabilidad de que se causen réditos sobre la condena, en franca expresión de un hecho sobrevenido –inobservancia de la obligación– que justifique incluir ese componente indemnizatorio.

En síntesis, la sentencia de primera instancia no incurrió en error al reconocer la indexación –no solo hasta el momento de la decisión, sino hasta cuando se verifique la extinción del débito–. Sin embargo, como no es procedente que a esta se adicionen los “intereses moratorios civiles” por las sumas desembolsadas en cumplimiento del contrato de seguro, los que sí implicarían el favorecimiento al demandante con un valor en exceso al que pagó en cumplimiento del convenio asegurativo, se revocará el aparte del ordinal tercero de la sentencia impugnada, en que se plasmó el apremio de esas utilidades, con la salvedad sentada en el párrafo anterior.

9. Finalmente, dado que, según se indicó en el numeral 5 de estas consideraciones, el monto que deben reembolsar los codeudores se disminuye, respecto de cada uno, a \$9.337.522.600, es menester enmendar la actualización de ese guarismo, para lo cual se parte del hecho demostrado de que los desembolsos realizados por Suramericana en el juicio coactivo ocurrieron en noviembre de 2017, de donde se desgaja que las cifras se deban indexar con base en el IPC de ese mes, hasta la fecha en que se emite esta providencia, teniendo en cuenta el último IPC reportado por el DANE (octubre de 2022 y recopilado por el Banco de la República¹², bajo el siguiente procedimiento¹³:

$$VP = VH * \frac{IPC\ final}{IPC\ inicial}$$

Reemplazando:

$$VP = 9.337.522.600 * \frac{123,51}{96,55} = 11.944.872.256$$

¹² Sección de estadísticas de la página web www.banrep.gov.co

¹³ VP: valor indexado. VH: valor histórico, IPC final: el del mes anterior a la emisión de esta sentencia. IPC inicial: el de noviembre de 2017.

Corolario de lo anterior, se modificará el ordinal segundo de la decisión de primera instancia para reducir la condena contra cada uno de los demandados a la suma de \$11.944.872.256, indexada a la fecha en que se emite esta providencia, sin perjuicio de la actualización a que se refiere el ordinal tercero de la decisión de primera instancia.

Por mérito de lo expuesto, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el aparte del ordinal tercero de la sentencia impugnada en que se reconocieron “intereses moratorios civiles”, así como el ordinal cuarto de la sentencia impugnada.

SEGUNDO: DECLARAR que Seguros Generales Suramericana S.A. se subrogó en la acción que Fiducolombia tenía frente a los demandados Consorcio Aseo Capital S.A. E.S.P. y Aseo Técnico de la Sabana S.A. E.S.P.

TERCERO: MODIFICAR el ordinal segundo del mismo pronunciamiento en el sentido de precisar que las demandadas Consorcio Aseo Capital S.A. E.S.P. y Aseo Técnico de la Sabana S.A. E.S.P. deberán pagarle al accionante Seguros Generales Suramericana S.A. \$11.944.872.256, cantidad indexada desde noviembre de 2017 hasta la fecha de emisión de esta sentencia.

CUARTO: En lo restante, la providencia de primer grado se confirma.

QUINTO: Ante el triunfo parcial de los recursos de Aseo Capital S.A. y Seguros Generales Suramericana S.A. y el fracaso de la apelación de Aseo Técnico de la Sabana S.A., se condena en costas de esta instancia a esta última, a favor

del demandante. Como agencias en derecho el magistrado sustanciador señala la suma de \$1.000.000.

Notifíquese.

LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado Ponente

JAIME CHAVARRO MAHECHA

Magistrado

ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

Magistrada

Firmado Por:

Luis Roberto Suarez Gonzalez

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Dirección Ejecutiva De Administración Judicial

División De Sistemas De Ingeniería

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Adriana Saavedra Lozada

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 001 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jaime Chavarro Mahecha

Magistrado

Sala Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **d9dc58479456e35bd598a49826f1965aff5b81dc0bc9bdc6a7ade16e4114b69**

Documento generado en 17/11/2022 03:13:28 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL**

Magistrada Ponente: **AÍDA VICTORIA LOZANO RICO**

Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

Ref. Proceso verbal de responsabilidad civil contractual de **VINCOL S.A.S.** contra **ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A. – SUCURSAL COLOMBIA.** (Aclaración y adición).
Rad. 11001-31-03-036-2019-00153-01.

I. ASUNTO A RESOLVER

Se decide acerca de la solicitud de aclaración y adición que elevó la parte convocada frente al auto del 13 de julio postrero¹.

II. ANTECEDENTES

1. En la evocada data se concedió el recurso de casación interpuesto por Vincol S.A.S. contra la sentencia proferida el 8 de noviembre de 2021, por esta Corporación².

2. El pasado 15 de julio, el extremo pasivo solicitó que se aclare y adicione la providencia en mención, porque en su concepto debió reconocerse que el fallo de segundo grado contiene mandatos ejecutables y ordenar la expedición de copias para su cumplimiento, en obediencia a lo previsto en el canon 341 del C.G.P.³

¹ Archivo “29 Solicitud Aclaración y Adición” del “02 Cuaderno Tribunal Apelación sentencia”.

² Archivo “27 Auto concede recurso extraordinario casación 036-2019-00153-01” del “02 Cuaderno Tribunal Apelación sentencia”.

³ Archivo “29 Solicitud Aclaración y Adición” del “02 Cuaderno Tribunal Apelación sentencia”.

III. CONSIDERACIONES

Dispone el inciso primero del artículo 285 del Código General del Proceso que “[l]a sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella”, a continuación, el párrafo segundo establece que “en las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La aclaración procederá de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia”.

Por su parte, la regla 287 de la misma Codificación prevé que “[c]uando la sentencia omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad (...). Los autos sólo podrán adicionarse de oficio dentro del término de su ejecutoria, o a solicitud de parte presentada en el mismo término” (Subrayas para resaltar).

En atención a la manifestación presentada por la parte pasiva, de entrada, se advierte que no se accederá a su reclamo para aclarar la providencia que concedió la casación, por cuanto no se cumplen los presupuestos de duda u omisión contemplados para estos efectos por la normativa citada en precedencia.

A su vez, memórese que la posibilidad de entrar a aclarar una decisión judicial se contempló con el fin de subsanar falencias exclusivamente de orden material y se surtirá bien sea de oficio o a petición de parte.

Al respecto, de vieja data la Sala de Casación Civil del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria ha precisado los siguientes requisitos para que esta última proceda:

«a) Que se haya pronunciado una sentencia susceptible de aclaración...b) Que el

motivo de duda de conceptos o frases utilizados por el sentenciador sea verdadero y no simplemente aparente...c) Que dicho motivo de duda sea apreciado como tal por el propio fallador, no por la parte, por cuanto 'es aquel y no ésta quien debe explicar el sentido de lo expuesto por el fallo...' (G.J., XVIII, pág. 5)...d) Que la aclaración tenga incidencia decisoria evidente, pues si lo que se persigue con ella son explicaciones meramente especulativas o provocar controversias semánticas, sin ningún influjo en la decisión, la solicitud no procede, y...e) Que la aclaración no tenga por objeto renovar la discusión sobre la juridicidad de las cuestiones ya resueltas en el fallo, como tampoco buscar explicaciones tardías sobre el modo de cumplir las decisiones en él incorporadas (Cas. Civ., auto de 25 de abril de 1990, citado en auto No. 215 de 16 de agosto de 1995, expediente No. 4355)» (CSJ AC, 6 Abr. 2011, Rad. 1985-00134-01)⁴.

De la lectura al escrito que antecede a este proveído, no se observa queja alguna sobre algún acápite que merezca aclaración, como tampoco se advierte en la parte resolutive de la decisión que se incluyera un pronunciamiento que genere incertidumbre y requiera de explicación.

Ahora, en cuanto a la petición de “adición”, a su vez, debe indicársele que corre la misma suerte de la anterior, porque no se evidencia que se eche de menos alguna determinación que por disposición legal, ataba a esta Colegiatura.

Acerca de la herramienta utilizada por la peticionaria, la evocada Alta Corporación ha enseñado que:

*“Se trata de un mecanismo distinto de las impugnaciones, que solo puede activarse –por iniciativa del fallador o de las partes- para lograr que una providencia inacabada se complete, y **no con el propósito de combatir los argumentos en que se finca**”⁵. -Se resalta-.*

En línea con lo esgrimido, no se vislumbra olvido alguno de esta Corporación que debiera ser materia de definición, dado que, en este caso, no existen mandatos ejecutables que deban ser cumplidos, por cuanto la sentencia de segunda instancia revocó la de primer grado y negó las pretensiones de la demanda. De suerte que nada hay que cumplir por el momento.

En conclusión, ante la ausencia de motivos de duda que den lugar a la aclaración de la determinación del 13 de julio de 2022 y de la omisión en

⁴ Reiterado en Auto AC6007-2016 de 9 de septiembre de 2016. MP Ariel Salazar. Exp. 2006-00119.

⁵ Corte Suprema de Justicia. Auto AC1313-2020 de 6 de julio de 2020. MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Exp. 2020-00205.

decidir que requiera una complementación, se negará la solicitud de la demandada.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la suscrita Magistrada integrante de la Sala Civil **DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,**

RESUELVE

Primero. NEGAR la solicitud de adición y aclaración frente a la providencia proferida el 13 de julio de 2022.

Segundo. ORDENAR a la secretaría de la Sala, acatar lo dispuesto en el ordinal segundo de la parte resolutive de esa decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Aida Victoria Lozano Rico

Magistrada

Sala 016 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **86b4edfac6f2eac0221de6a1927c175c410e36340e10b6431348ab32cc33ade5**

Documento generado en 17/11/2022 03:40:09 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ
SALA CIVIL**

Bogotá D.C. diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintidós
(2022)

(Proyecto discutido y aprobado en sesiones de 10 de octubre de 2022)

Proceso : Verbal incumplimiento contractual.
Asunto : Apelación Sentencia
Ponente : **JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS.**
Demandante: Conjunto Residencial Parque Aragón
Demandada : Seguridad Gestión LTDA.
Radicado : **11001310304220170058601.**

ASUNTO A TRATAR

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y reconviniente contra la sentencia proferida el 20 de octubre de 2020 por el Juzgado Cuarenta y Dos Civil del Circuito de Bogotá, en el proceso verbal de incumplimiento contractual incoado por el Conjunto Residencial Parque Aragón Primera Etapa P.H. contra Seguridad Gestión Ltda.

I. LA DEMANDA PRINCIPAL

LAS PRETENSIONES

Se reclama declarar que *la empresa Seguridad Gestión Ltda., incumplió el Contrato de Prestación de Servicios de Vigilancia y Seguridad Privada celebrado el 20 de enero de 2015 y su correspondiente “otrosí” de fecha 8 de enero de 2015, celebrado entre esta y el Conjunto Residencial Parque Aragón I P.H.”; en consecuencia, que se condene a la demandada a pagar a la convocante “la cláusula penal pactada en la estipulación Décimo (sic) sexta del Contrato” aludido, por valor de \$122.077.327, “por concepto del 10% del valor total del contrato”; así como las costas procesales.*

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

En el libelo introductorio se afirmaron los siguientes:

1. El 20 de enero de 2014, se suscribió un *“contrato de prestación de servicios de vigilancia y seguridad privada”*, en el cual Seguridad y Gestión Ltda. se obligó a prestar ese servicio en el Conjunto residencial Parque Aragón Primera Etapa, *“por medio de personal idóneo completamente adiestrado, dotado y uniformado para el efecto”*.

2. Entre el 3 y 13 de octubre de 2014 se presentaron los siguientes hurtos en el conjunto residencial: i) el 5 de octubre fue violentada la puerta de un vehículo del que se sustrajeron *“un MP3 con su respectiva tarjeta y un GPS”*, estimados en un \$1'000.000; b) del apartamento 206, el cual estaba deshabitado entre el 4 y el 13 de octubre, sustrajeron *“varios objetos estimados en \$ 34'950.000”*; c) por las mismas fechas,

del apartamento 1502, *“hurtaron varios objetos de valor estimado en \$30’000.000”*. Todos esos hechos fueron denunciados ante *“la Fiscalía General de la Nación, y se adelantaron las respectivas reclamaciones ante la Compañía de Vigilancia “Seguridad Gestión Ltda”*.

3. Por la época de los referidos episodios, la empresa de seguridad cambió el coordinador de seguridad, quien entró a ejercer el 7 de octubre de 2014.

4. El 16 de octubre el coordinador de seguridad *“reportó que se había disparado la alarma de la oficina de la administración y que había sonado por cinco minutos, tiempo después se apagó”*.

5. El 7 de noviembre de 2014, *“la administración tuvo conocimiento del cobro de 12 cheques de su propiedad por la suma aproximada de CUARENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS”*.

6. El 8 de enero de 2015, los contratantes suscriben un otrosí en el cual prorrogan la vigencia de contrato por 30 meses, adicionan una causal de terminación unilateral del aludido negocio jurídico, y pactan el pago de \$30’000.000 del contratista al contratante *“por la renovación del contrato a 30 meses, a razón de (...) \$1’000.000 por cada mes”*, sin perjuicio de aplicar las acordadas por fallas en la calidad del servicio e incumplimiento de obligaciones. Este último se suscribió *“condicionado a que la empresa contratista adoptara las medidas tendientes a evitar la presentación de nuevos hurtos.”*

7. “En el párrafo de la cláusula tercera del contrato de otro sí (sic), se estableció lo siguiente: “En caso de que el CONTRATANTE terminara el contrato de manera unilateral **por causas diferentes al incumplimiento de las obligaciones del CONTRATISTA,** surgirá la obligación para el CONTRATANTE de devolver proporcionalmente a prorrata el valor de los TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000) que no se hubieren causado, es decir, a razón de UN MILLON (sic) DE PESOS (\$1.000.000) mensual por el término que faltare para la terminación del contrato.”.

8. Entre febrero y julio de 2015 se produjo el hurto de varias bicicletas a los residentes, que fueron sustraídas de la zona de parqueaderos y de un depósito. Se hizo la reclamación a la empresa de seguridad, y ésta contestó que no tenía responsabilidad en los hechos.

9. Los días 8 de mayo y 5 de agosto de 2015, se hicieron reuniones del Consejo de Administración, con citación del “administrador delegado”, la “Jefe de operaciones” y el “Coordinador de operaciones” de la demandada, para plantear “el inconformismo en el sistema de seguridad que presenta el conjunto”. En la primera también se analizó la posibilidad de terminar el contrato. En la segunda, debido a “las múltiples reclamaciones generadas por los hurtos y demás”, las que fueron puestas en conocimiento de la convocada, se planteó la propuesta de cambio de empresa de vigilancia, la cual fue aprobada por el Consejo de Administración.

10. El señor José Charlot Vargas, coordinador de operaciones de la empresa de seguridad, en las investigaciones por los hechos de 2014, *“determino [sic] como (...) posible implicado, al señor OSCAR LUIS SANCHEZ MARTINEZ [sic] quien solo por esos días de la comisión de los hurtos, laboró en la copropiedad y después de esa fecha no regresó a la copropiedad ni a la empresa empleadora”*.

11. El coordinador consultó en el SPOA y encontró que estaba vinculado a *“una investigación penal por el delito de hurto”*. Además, consultando en la página de la Procuraduría, encontró que el señor Sánchez Martínez *“ha sido sancionado penalmente por los delitos de hurto agravado y calificado y falsedad en documento privado”*.

12. Lo anterior era de conocimiento de la empresa, pero ésta le advirtió al coordinador de operaciones que no transmitiera esta información a la propiedad horizontal ni la incluyera en los informes de seguridad el asunto.

13. El 8 de septiembre de 2015, remitieron al contratista carta de terminación unilateral del contrato, fundamentada en *“el historial de hechos ilícitos, la no aplicación de las medidas tendientes a prevenir la comisión de los mismos, socializados en diferentes reuniones del consejo de administración”*. Y el 10 de octubre siguiente, la empresa dejó de prestar el servicio.

14. En el mes de noviembre de 2015, la copropiedad aplicó una encuesta sobre la calidad del servicio prestado por

la empresa de seguridad en los 19 meses que se ejecutó el contrato, obteniendo resultados muy desfavorables.

TRÁMITE Y RÉPLICA

1. La demanda fue admitida mediante auto de 7 de noviembre de 2017, que fue debidamente notificado.

2. La convocada contestó la demanda expresando total oposición a las pretensiones¹ y haciendo pronunciamiento sobre los hechos. Alegó que hizo *“un proceso de selección cuidadoso”*; que no se ha demostrado su responsabilidad en los hechos ilícitos denunciados; negó que hubieran realizado reuniones para *“determinar la causa de los ilícitos”*; que se hizo una *“con el fin de revisar la propuesta de 30 a 36 meses de prórroga del contrato, la encuesta a la evaluación del servicio anual, y el acuerdo económico por la continuidad del contrato”*. Negó que el otrosí hubiera sido *“condicionado”*. Alegó que antes de contratar a Sánchez Martínez *“realiza la verificación de los antecedentes el día 2 de Octubre (sic) de 2014, arrojando resultados positivos para su contratación”*, y que la conducta delictiva que se le atribuye a éste fue posterior.

3. Formuló demanda de reconvención.

II. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

LAS PRETENSIONES

¹ Fl. 256 (174 del PDF) 01Cuaderno01Principal “02Folio222a406”.

Se formularon las siguientes:

1. Declarar que la demandante inicial “*incumplió el Contrato (sic) de prestación de servicios de Vigilancia y Seguridad Privada celebrado el 20 de Enero (sic) de 2014 y su respectivo OTRO SÍ (sic) de fecha 8 de Enero (sic) de 2015 en razón a la terminación injusta, anticipada y unilateral del contrato.*”

2. “*Como consecuencia de lo anterior y para reparar los daños causados se condene al CONJUNTO RESIDENCIAL PARQUE ARAGON [sic] I Etapa P.H. a pagar SEISCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTO DOCE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS (692.412.939) valor causados (sic) como el daño emergente y el lucro cesante cierto y futuro correspondientes a los 22 meses faltantes para la terminación del contrato suscrito por las partes, con el incremento autorizado por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada.*”

3. “*Que se condene al CONJUNTO RESIDENCIAL PARQUE ARAGON [sic] I Etapa P.H. a devolver a prorrata la contraprestación descrita en la CLAUSULA (sic) TERCERA del OTRO SÍ (sic) sobre los 22 meses faltantes la suma de VEINTIDOS (sic) MILLONES DE PESOS*”.

4. Que se condene al reconvenido también “*a pagar la CLAUSULA (sic) PENAL pactada en la cláusula DECIMOSEXTA del Contrato de Prestación de Servicios de Vigilancia y Seguridad Privada celebrado el 20 de Enero (sic) de 2014 la*

cual corresponde al 10% del valor total del contrato por la suma de CIENTO TREINTA MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS”.

5. Y que se le condene al pago de las costas procesales.²

Es apropiado advertir que, al hacer el juramento estimatorio³, concreta el daño emergente en \$152.547.573, y el lucro cesante en \$ 230.000.00.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS DE LA RECONVENCIÓN

En síntesis, planteó los siguientes:

1. Refirió la celebración del contrato ya comentado y el otrosí al cual se aludió en la demanda principal.

2. Exaltó como relevantes, las cláusulas novena y decimosexta, y los párrafos de la décima del aludido negocio jurídico; destacó que en el *otrosí* se “*adicionaron tres cláusulas*”: la primera, sobre vigencia del contrato; la segunda, sobre “*causales de terminación por calidad del servicio*”; y la tercera, sobre una “*contraprestación por la prórroga (sic) del contrato*”, cuyos textos reprodujo.

3. Afirmó que, el año 2015, por este contrato se le pagaba mensualmente la suma de \$ 29.923.610. Además,

² Fl. 81 (115 del PDF) 02Cuaderno02Reconvencción “01DemandaReconvencción”.

³ Ib. Fl. 85 (119 del PDF).

cumpliendo el otrosí, pagó a la copropiedad los \$30'000.000 por la renovación.

4. Sostuvo que la carta de terminación del contrato les fue enviada el 8 de septiembre de 2015, *“con 30 días de antelación y argumentando fallas en la calidad del servicio sin el procedimiento establecido”*.

5. El 10 de septiembre respondieron *“fundamentando que la manera de terminación unilateral no estaba cumpliendo con las cláusulas consignadas en el contrato de Prestación de Servicios”*.

6. *“En razón al silencio y a la postura radical del CONTRATANTE, el día 24 de Septiembre (sic) de 2015 la empresa SEGURIDAD GESTIÓN LTDA envía un nuevo escrito manifestando que retirarían el servicio según lo manifestado por parte del CONJUNTO RESIDENCIAL”*. El 6 de octubre reiteraron ese planteamiento advirtiendo que lo harían el 10 de ese mes; y así lo cumplieron.

7. *“El señor LUIS AUGUSTO MARTÍNEZ DÍAZ quien fue presidente del Consejo del CONJUNTO RESIDENCIAL PARQUE ARAGON (sic) PRIMERA ETAPA PROPIEDAD HORIZONTAL envió un escrito a la empresa SEGURIDAD GESTION (sic) aclarando la intención de las partes cuando se suscribió el OTRO SI [sic]”*.

TRÁMITE Y RÉPLICA DE LA RECONVENCIÓN

1. Ese libelo fue admitido mediante auto de 26 de febrero de 2018, debidamente notificado.

2. La reconvenida contestó formulando total oposición a las pretensiones y haciendo pronunciamiento sobre los hechos, con reiteración de lo que planteó en su libelo. También objetó el juramento estimatorio. Además, propuso como excepciones de mérito las que denominó así⁴:

a) *“Justa terminación unilateral por parte del contratante conforme términos y condiciones contractuales”*.

b) Los *“incumplimientos del contratista por fallas en el servicio de vigilancia y seguridad privada”* facultaban al contratante para terminar el contrato *“de forma inmediata y sin requerimiento alguno”*. En sustento, relató 10 hechos que constituyen fallas en el servicio, cuya ocurrencia denunció en el libelo inicial.

c) La de *“contrato no cumplido”*, con los mismos fundamentos fácticos alegados en la demanda que presentó.

d) *“Responsabilidad del contratista por omisión de protocolos de seguridad que generaron fallas en el servicio”*. En sustento, alegó el incumplimiento del *“protocolo de operación para el servicio de vigilancia y seguridad privada de fecha 24 de junio de 2014”*, en el cual se impone responsabilidad por el incumplimiento de éste y de los contratos suscritos.

⁴ Ib. Fl. 106 (152 del PDF).

e) “No procedencia de las condenas pretendidas”.

3. También objetó el juramento estimatorio de la reconviniendo, alegando “*inexactitudes*”⁵, temeridad con las pretensiones de condena formuladas, inexistencia de daño e incumplimiento de carga probatoria.

LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO.

La señora *iudex a quo*, en audiencia celebrada el 20 de octubre de 2020, dictó sentencia en la cual resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de mérito: “de la justa terminación unilateral de la contratante conforme términos y condiciones contractuales y contrato no cumplido”, propuestas por la demandada en reconvención (...)

SEGUNDO: en consecuencia **NEGAR** las pretensiones de la demanda de reconvención (...)

TERCERO: DECLARAR civil y contractualmente responsable a SEGURIDAD GESTIÓN LTDA., frente al CONJUNTO RESIDENCIAL PARQUE ARAGÓN PRIMERA ETAPA P.H., por el incumplimiento de contrato (...) celebrado entre los extremos de la Litis (sic) el 20 de enero de 2014 y su respectivo Otro Sí (sic) suscrito el 8 de enero de 2015”.

⁵ Ib. Fl. 117 (163 del PDF).

CUARTO: CONDENAR a SEGURIDAD GESTIÓN LTDA., a pagar a CONJUNTO RESIDENCIAL PARQUE ARAGÓN PRIMERA ETAPA P.H., la suma de \$90'000.000 de pesos [sic] por concepto de la cláusula penal (...) de conformidad con los valores y el plazo señalados en el Otro Sí (sic) (...).

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada (...)”⁶.

En esencia, los fundamentos de la decisión se pueden sintetizar así:

1) El deber del contratista “se entiende cumplido en la medida que se haya adelantado con carácter profesional todas las gestiones posibles para dispensar una adecuada vigilancia al conjunto residencial e impulsado las medidas pertinentes para evitar, entre otros, el hurto de los bienes de los residentes de dicha copropiedad (...) y adelantar los esfuerzos constantes, perseverantes y tendientes a lograr la finalidad deseada”⁷.

2) El informe de riesgo revela que el conjunto residencial tenía falencias de seguridad, pero éstas no fueron causa de los hurtos ocurridos⁸.

3) Encontró probada la negligencia de la empresa de seguridad en la ejecución del servicio de vigilancia, porque faltó una previsión a la que estaba obligada; por ello, hay lugar

⁶ 28 ActaAudiencia.pdf. Cuaderno 01 Principal.

⁷ 27Audiencia20octubre2020parte3 desde 00:04:53

⁸ Ib. Desde 00:32:15.

a imputarle culpa. *“Si se mira al detalle la fecha de los siniestros, todos estos ocurrieron en periodos de tiempo cercano, por lo que no pueden entenderse como hechos aislados”*⁹. Sostuvo que, desde el primero de los latrocinios debió implementar medidas para proteger a los copropietarios, y no lo hizo.

4) Sobre la demanda en reconvención afirmó que la empresa de seguridad incumplió el contrato suscrito, *“por lo que no puede legitimarse en el ejercicio de una acción contractual como la erigida (...) en atención a su calidad de contratante incumplido (...)”*¹⁰. Agregó que, como se probó el incumplimiento de la cláusula novena del contrato: *“cumplir las demás obligaciones que por la naturaleza de su encargo sean necesarias para lograr desarrollar el objeto del presente contrato a satisfacción de las partes”*¹¹, prosperan las excepciones de justa terminación unilateral por parte del contratante, y la de contrato no cumplido.

5) Sobre el daño, advierte que la copropiedad optó por pretender sólo el pago de la pena pactada en el contrato, en cuya cláusula decimosexta se fijó en el 10 % de la totalidad del valor del negocio jurídico; y como *“la terminación unilateral del contrato se dio en ejecución del plazo pactado dentro del otrosí, no se puede sumar a este el tiempo pactado inicialmente sino únicamente el adicionado.”*¹² Así que tasó la pena en \$90.000.000.

⁹ Ib. Desde 00:34:47.

¹⁰ Ib. Desde 00:44:40.

¹¹ Ib. Desde 00:47:00.

¹² Ib. Desde 00:50:24.

EL RECURSO DE APELACIÓN

I. La demandada inicial interpuso recurso de apelación. Los reparos formulados y sustentados, fueron los siguientes:

(i) Que hubo indebida valoración de pruebas *“impertinentes e inconducentes presentadas por la parte demandante y que sustentaron el fallo”*, en especial del contrato de vigilancia y el otrosí *“en los cuales se dejaron muy claras las condiciones por las que se podría dar anticipadamente la terminación unilateral del acuerdo.”*. Además, esos medios de convicción demuestran *“la injusta terminación del contrato”*; amén de que la convocante no acreditó *“a lo largo del proceso la omisión de las obligaciones que se derivan del contrato de prestación de los servicios de vigilancia y seguridad privada”*.

(ii) Que no *“se validó correctamente la naturaleza del servicio de vigilancia y seguridad privada”*; que fue *“omitido tanto el análisis como la evidencia probatoria relativa a que dichos sucesos NO tuvieron un nexo de causalidad entre, (sic) su ocurrencia y la acción u omisión”* del personal de la convocada. Reiteró su planteamiento de que las obligaciones adquiridas implican *“la prevención de las amenazas (sic) que se puedan presentar en el entorno de su contratante, sin que ello constituya la obligación de suprimirlas o eliminarlas”*, por ser *“de medio y no de resultado”*. En respaldo de su alegación, invocó el artículo 73 del Decreto 356 de 1994. También citó el canon 2341 del Código Civil, y argumentó sobre los elementos de la *“responsabilidad aquiliana”*, para sostener que *“los*

hechos aquí narrados en ninguna manera encuadran” en ella; por tanto, no hay lugar a reconocer los perjuicios reclamados “por la presunta pérdida de unos bienes, sin que exista prueba de que los mismos se encontraban en el lugar de los hechos, y si estos efectivamente fueron objeto de los presuntos hurtos”.

(iii) Que los resultados *“de las investigaciones realizadas fueron concluyentes en determinar que los presuntos hechos delictivos, no fueron atribuibles al personal operativo de la empresa de vigilancia”*; lo cual fue informado a la Copropiedad sin haber formulado ninguna objeción.

(iv) Que los latrocinios *“presentados en el escrito de demanda”* ocurrieron antes de la prórroga del contrato. Por ello, *“presumió de buena fe que las diferencias existentes entre las partes relativas a: (1) la ejecución del contrato, (ii) la responsabilidad de la empresa de vigilancia frente a los presuntos hechos delictivos (iii) el cumplimiento de la empresa de vigilancia de sus obligaciones, fueron superadas por medio de este acuerdo de voluntades posterior (otrosí) el cual fue indicativo de la aceptación voluntaria de las partes de continuar con la relación negocial (...) durante el nuevo término pactado.”.*

(v) Que atendió cabalmente sus obligaciones; *“pues en cumplimiento de su deber preventivo presentó para conocimiento de los copropietarios el correspondiente estudio de seguridad, documento en el que se realizaron las advertencias de los riesgos visualizados por parte de la empresa de vigilancia (...) a cargo de cada copropietario”.* Que hizo *“un análisis de las instalaciones a fin de determinar las*

situaciones de riesgo, de amenaza y de vulnerabilidad posibles, con el objeto de establecer las condiciones mínimas del servicio de vigilancia, recomendaciones que debían ser acatadas por parte del CONTRATANTE tal como quedó estipulado en el inciso 2º de la cláusula octava del contrato (...) obligación que así mismo no cumplió el Conjunto Residencial, haciendo caso omiso de éstas”; lo que se demostró con el interrogatorio de parte que absolvió la señora Teresa Galvis “y todos los demás testimonios”.

(vi) Alegó que, en “forma errada, se manifiesta en el fallo de primera instancia que las recomendaciones no hubiesen mitigado los sucesos, lo cual no es cierto, lo cual es corroborado por el Señor Charlot al final de su testimonio en el cual se contradijo y nos dio la razón, sobre la importancia de que en la copropiedad se hubiesen implementado otras soluciones de seguridad tal como la construcción del bicicleteo para prevenir los riesgos de esta naturaleza.”.

(vii) Cuestiona que “en el fallo recurrido así mismo se omitió el análisis relativo a la titularidad de la obligación de protección y custodia de los bienes que se encuentran en cada una de las unidades de vivienda privada, la cual se encuentra en cabeza de sus propietarios o residentes y no de la empresa de vigilancia, tal como lo determina la cláusula décima, parágrafo primero y parágrafo segundo del contrato”. Según afirma, los copropietarios deben “tomar precauciones de seguridad sobre éstos tales, como depositarlos en cajas de seguridad, en lugar seguro bajo llave y de difícil acceso”. Agregó que esa “desprevención, fue efectivamente la que se

observó en los hechos presuntamente delictivos, relacionados en el escrito de demanda”. A partir de tal planteamiento, sostuvo que “el daño que sufrió el demandante no proviene del incumplimiento de la empresa de vigilancia, sino de la propia culpa de los propietarios/tenedores, al no tomar las medidas de protección, necesarias y requeridas para los bienes de su propiedad, como título generador de la responsabilidad”.

(viii) Que la juzgadora no debió dar valor a las encuestas aportadas, porque no se realizaron al 100 % de los habitantes de la copropiedad, como preveía el contrato; y porque fueron posteriores a la terminación de éste.

(ix) Finalmente alegó que, no probado el incumplimiento contractual, es inapropiado aplicar la cláusula penal; y, de hacerlo, no debe ser asumida *“por todo el valor referido en el fallo de primera instancia debido a que el contrato no se ejecutó en su totalidad como consecuencia de la terminación anticipada del contrato, sólo se ejecutó 1 año y 8 meses, siendo apropiado hablar de lesión enorme por la desproporción entre a prestación y la contraprestación de la otra parte”.*

Solicitó que *“se revoque la sentencia de fecha 20 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado 42 Civil del Circuito, y se disponga el restablecimiento solicitado, al igual que se nos legitime en la causa para la demanda de reconvención reconociéndose nuestras pretensiones”.*

II. El impugnante no sustentó el recurso de apelación ante este Tribunal; sin embargo, el 3 de septiembre de 2021,

la Magistrada Adriana Ayala Pulgarín dictó auto en el cual declaró que el *“extremo recurrente sustentó suficientemente su recurso ante la autoridad de primera instancia”*, y decidió tener *“por cumplida la carga echada de menos y, en consecuencia, de aquella argumentación se ordena dar traslado a la parte no apelante”*.

III. La demandante inicial allegó memorial describiendo el traslado, en el cual solicitó la confirmación del fallo¹³.

ASPECTOS JURÍDICOS PROCESALES, PROBATORIOS Y SUSTANCIALES.

1. Nulidades. No se advierte ningún vicio que pueda invalidar lo actuado hasta este momento procesal.

2. La controversia en esta instancia. En esencia, la impugnante reclama la revocatoria del fallo de primer grado, y, en su lugar, que se acojan sus pretensiones. Con tal propósito formula cuestionamientos que se reducen a tres aspectos: (i) que se le imputara incumplimiento contractual a ella, en vez de atribuirlo a la demandante; (ii) la indebida valoración probatoria; y, (iii) el monto de la condena que se le impuso en aplicación de la cláusula penal.

2.1. La responsabilidad civil planteada. Es necesario advertir que todo este litigio corresponde a un típico caso de responsabilidad civil contractual; pues, el conflicto se originó

¹³ Ib. Fl. 24.

en desarrollo y ejecución de un contrato de prestación de servicio de vigilancia privada. Eso, *per se*, descarta toda remisión al régimen de la extracontractual y a sus normas, como alegó a la hora de nona la recurrente. Además, la indemnización pretendida no es por el valor de los bienes birlados y dañados por los actos violentos denunciados, ni se reclama la restitución *in natura* ni por equivalencia de tales haberes. De manera que carece de razón el reproche formulado con respecto a la falta de prueba de la pre-existencia de aquellos y del ilícito apoderamiento. Y no podía serlo, porque no son bienes de la demandante, sino de los copropietarios y habitantes del conjunto residencial. Pero, además, porque lo reclamado tiene como fundamento el alegado incumplimiento contractual.

Con esa precisión, es propicio comenzar destacando que, como es bien sabido, en la celebración de negocios jurídicos entre personas, la voluntad libre de quienes intervienen es relativamente soberana; es ella la que dicta el derecho. En esta materia, con rigurosas y expresas excepciones, rige con amplitud el principio de la autonomía de la voluntad, en cuanto los particulares tienen libertad para pactar los contratos que les plazcan, determinar su contenido, efectos y duración.

Según el artículo 1495 del Código Civil, la convención o el contrato es el acto por el cual una parte se obliga con otra a dar, hacer o no hacer una cosa. Desde luego, ese acuerdo debe reunir los requisitos necesarios para su existencia jurídica, validez y eficacia. Ese régimen de libertad para

obligarse y disponer comporta el postulado romano *pacta sunt servanda* (Los pactos son para cumplirse. Los pactos han de honrarse, decían los Romanos), el cual se asienta hoy en el imperativo que consagra el canon 1602 del Código Civil Colombiano: *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”*. Eso significa que las partes contratantes quedan obligados a cumplir lo que voluntariamente acordaron y lo que, sin haberse dejado establecido en forma expresa, dimana de la misma naturaleza del negocio jurídico celebrado; nada más, pero tampoco nada menos; pues, no es conforme a derecho sustraerse al cumplimiento de lo pactado, según el postulado romano, *“Nemini licet adversus sua pacta venire”*: a nadie está permitido ir contra sus pactos”.

Lo que se viene de indicar, en otros términos, es que la responsabilidad civil contractual está demarcada por el ámbito propio del vínculo negocial; se genera por incumplimiento parcial o total, o por tardanza o mora, según el caso; no por hechos, objetos, conductas activas u omisivas, ni por causas distintas de las que corresponden a éste. Por definición, la responsabilidad contractual es la que se produce porque una o todas las partes de un contrato incumplen lo acordado en él. Como afirma la doctrina: *“El incumplimiento contractual tipifica la conducta del deudor en relación con cada contrato considerado, porque la violación tiene en el caso su regulación propia en el contrato y en la ley. Es así que el incumplimiento contractual está regulado normativamente en cuanto al modo, lugar y tiempo de ejecución de la prestación y*

por ello con independencia de la voluntad del deudor, que supone la concurrencia de la culpa o del dolo.”¹⁴. También la doctrina interna sostiene que para el surgimiento de la responsabilidad contractual es necesario que “haya un contrato válido (...); que haya un daño derivado de la ejecución de ese contrato (...); y, finalmente, que ese daño sea causado por el deudor al acreedor contractual.”¹⁵

Es pertinente insistir en que, si el contrato es ley para las partes, ellas deben sujetarse cabalmente a sus términos y condiciones para su ejecución. Ahora, si la responsabilidad pretendida se funda en la ocurrencia de unos hechos acaecidos durante la ejecución del negocio jurídico, pero no hallan su causa en él porque obedecen a conductas o fenómenos que no están comprendidos dentro de su ámbito, entonces no es admisible invocarlo como fuente de aquella.

En este caso, las partes ahora contendientes, el 20 de enero de 2014, celebraron un contrato de “*prestación de servicios de vigilancia y seguridad privada*”, con duración de 12 meses, contados a partir de la referida fecha. Y el 8 de enero de 2015 suscribieron lo que denominaron “*OTRO SÍ (sic) AL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA SUSCRITO ENTRE CONJUNTO RESIDENCIAL PARQUE ARAGÓN – PRIMERA ETAPA PROPIEDAD HORIZONTAL Y SEGURIDAD GESTIÓN LTDA EL DÍA 20 DE ENERO DE 2014*”. Estos dos conforman

¹⁴ TRIGO REPRESAS, Feliz A. y LÓPEZ MESA, Marcelo. Tratado de la Responsabilidad Civil, Tomo II, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1ª edición, 2ª reimpresión, 2004, pág. 4.

¹⁵ TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad civil, Tomo I, Editorial Temis, Bogotá, 1999, 1ª edición, pág. 67.

un cuerpo único negocial que consagra el conjunto normativo regente de la relación jurídica sustancial surgida entre sus creadores, y sus reglas constituyen ley para ellos. Desde luego, sin perjuicio de los preceptos de orden legal que se integran *ope legis* a los negocios jurídicos privados.

2.2. Los incumplimientos contractuales alegados.

Para resolver esta parte de la controversia es necesario hacer las siguientes reflexiones:

a) En la cláusula primera del contrato pactaron: *“OBJETO. EL CONTRATISTA se obliga para con el CONTRATANTE a prestar el servicio de vigilancia y seguridad privada en el CONJUNTO RESIDENCIAL PARQUE ARAGON (sic) PRIMERA ETAPA PROPIEDAD HORIZONTAL (...) por medio de personal idóneo (...)”*. Y en la octava estipularon las *“OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA”*, entre las que se destacan éstas:

“3. Velar por la seguridad encomendada de los bienes bajo su cuidado y control, entendiéndose los mismos como: bienes comunes de la Urbanización, Inmuebles que conforman la Urbanización, y los vehículos de propietarios, residentes y visitantes” (Subrayas a propósito).

“10. Las demás obligaciones que por la naturaleza de su encargo sean necesarias para lograr desarrollar el objeto del presente contrato a satisfacción de las partes.”

Y las obligaciones adquiridas por “EL CONTRATANTE”, que interesan aquí, fueron: “2. *Acatar las recomendaciones de seguridad que haga oportunamente el CONTRATISTA*”, y, con el numeral 3, la misma que su contraparte asumió con el 10 que se acaba de reproducir.

b) No admite discusión que la obligación de vigilancia y seguridad es de medio; pues, resulta natural y jurídicamente imposible asegurar el resultado. Por eso, el artículo 73 del Decreto 356 de 1994, dispuso que el objetivo de tal actividad es “*disminuir y prevenir las amenazas que afecten o puedan afectar la vida, la integridad personal o el tranquilo ejercicio de legítimos derechos sobre los bienes de las personas que reciben su protección*”. Pero, como literalmente lo establece la norma, quien ejerce tal actividad asume las obligaciones de “*prevenir*” y “*disminuir*” los riesgos. Así que no puede luego excusarse alegando insularidad o infrecuencia en la ocurrencia de sucesos que corresponden precisamente a lo que debió conjurar o evitar aquél.

c) La comentada obligación implica también la de tomar todas las precauciones razonables y jurídicamente posibles para contratar o vincular el personal con el cual se ha de atender esa función de vigilancia y seguridad. Así que se genera una responsabilidad *in eligendo* que, como afirma la jurisprudencia patria, “*Es una modalidad de la responsabilidad que deriva de la propia culpa al elegir (in eligendo) o al vigilar (in vigilando) a las personas por las*

cuales se debe responder.”¹⁶. Además, no se genera sólo por las apropiaciones o apoderamientos que puedan cometer las personas a quienes les ha sido asignada la vigilancia, sino por la negligencia o deficiencias en el cumplimiento de su tarea; pues, quien los ha escogido para esa función también debe asumir un control activo y efectivo.

d) El inciso tercero del artículo 1604 del Código Civil manda que *“[l]a prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*. De manera que corresponde a la empresa de vigilancia probar que sí actuó con suficiente diligencia, cuidado y prudencia en el cumplimiento de las tareas asumidas al suscribir el comentado negocio jurídico.

e) Como se advirtió, en la cláusula primera del contrato, la demandada se obligó a prestar el servicio aludido *“por medio de personal idóneo”*. Eso, sin más, significa que fuera el *“adecuado y apropiado”* (D.R.A.E.) para cumplir el objeto negocial. Eso, sin duda, constituye una obligación *in eligendo*, que fue inobservada en este caso por la convocada.

En efecto, en acta de reunión realizada el 5 de agosto quedó consignado lo siguiente: *“se informa por parte de la empresa de seguridad el cambio de un guarda de seguridad señor Norbey Artunduaga fue reemplazado y retirado de la compañía, por haber sido responsable de un hurto menor”* (Subrayas ajenas al original). La demandada sostiene que hizo *“un proceso de selección cuidadoso”*; que antes de contratar a

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, SALA DE CASACION CIVIL, SC 16 de julio de 1985. Expediente N° 2419, memorada en C-1235 de 2005 de la Corte Constitucional.

Sánchez Martínez “realiza la verificación de los antecedentes el día 2 de Octubre (sic) de 2014, arrojando resultados positivos para su contratación”¹⁷. Pero, al examinar la documentación que aportó para demostrar tal hecho¹⁸, no se halla prueba de ello. Solamente aparece la hoja de vida y la recolección de datos e información personal y laboral de aquel, así como la visita domiciliaria; pero no se averiguó su pasado judicial. Así que aparece claro ya un incumplimiento: el de prestar el servicio contratado con personal *idóneo*.

f) Uno de los reparos formulados por la impugnante – y lo ha planteado desde la contestación de la demanda – es la imputación de responsabilidad por los hurtos ocurridos antes de la suscripción del otrosí. Alega que la prórroga le permitió “presumir de buena fe que las diferencia existentes entre las partes relativas a: (i) la ejecución del contrato, (ii) la responsabilidad de la empresa de vigilancia frente a los presuntos hechos delictivos (...) fueron superadas por medio de este acuerdo de voluntades.”¹⁹. En este cuestionamiento le asiste razón; pues, haber decidido libremente prorrogarlo por 30 meses más, permite inferir que los hechos anteriores no revestían importancia suficiente para terminar esa relación jurídica sustancial que los unía. Dicho de otro modo, esa extensión temporal implica, *per se*, condonación de las fallas de servicio acaecidas hasta entonces; pues, de haberlas estimado graves, no hubiera procedido así, a menos que se hiciera expresa salvedad al respecto, lo que aquí no sucedió. En consecuencia, para determinar los incumplimientos

¹⁷ Fl. 173 del cuaderno 2 principal.

¹⁸ Fls. 4 a 17 del cuaderno 03 principal

¹⁹ Fl. 2 del memorial de sustentación del recurso de apelación

atribuidos a la demandada, no se tendrán en cuenta los hechos acaecidos con anterioridad al *otrosí*, ni la pregonada desatención de las recomendaciones contenidas en los informes de seguridad, anteriores al 8 de enero de 2015.

Lo anterior se aplica tanto para la demanda inicial como para la de reconvención.

g) Los hechos ocurridos después de suscrito el *otrosí*, fueron los siguientes:

(i) Dos hurtos de bicicletas del área de parqueaderos, ocurrido el 22 y el 27 de febrero, los cuales fueron reportados a la empresa de seguridad. Ésta, en respuesta dada el 1° de abril del 2015, se pronunció negando su responsabilidad en esos hechos, y alegando falta de medidas de seguridad que atribuyó al propietario del aparato.²⁰

(ii) Otro latrocinio tuvo lugar a mediados de abril, del cual se hizo reclamación escrita el 28 de junio de 2015, en los siguientes términos:

“La presente para solicitar pronta respuesta a la reclamación que en repetidas oportunidades hemos realizado desde hace aproximadamente dos meses y medio por la pérdida de la bicicleta de mi hijo que se encontraba parqueada y asegurada con 2 cadenas y candados en el parqueadero de visitantes, la bicicleta

²⁰ Fl. 71 del PDF del archivo 01Folio1a 221 del 01Cuaderno01Principal.

se dejó en este sitio por autorización de la Administración de la señora Oriana.

“La bicicleta permaneció guardada ahí por un año y se usaba sin presentar ningún inconveniente y de un momento a otro desapareció.

“Al hacer la reclamación a los vigilantes, ellos informaron que no sabían nada ya que las cámaras no alcanzan a cubrir dicho parqueadero”²¹.

La demandada respondió alegando, nuevamente, *“no tener responsabilidad alguna en el presunto hecho denunciado ni por acción ni por omisión la prestación del servicio, tampoco por parte del personal de Guardas (sic) de seguridad de la Empresa”²².*

En esta oportunidad, vale la pena destacar que, luego de reproducir ese planteamiento en otra misiva de contestación que le remitió el 12 de agosto siguiente a la misma reclamante, literalmente le manifestó:

“Es pertinente anotar que el conjunto residencial no cuenta con un área para guardas (sic) de bicicletas, tampoco un control directo por parte del personal de seguridad ni se ha establecido un control de acceso, control y vigilancia para esta clase de elementos, de esta forma las bicicletas quedan vulnerables

²¹ Ib. Fl. 74 del PDF.

²² Ib. Fl. 76 del PDF.

*voluntariamente por disposición de sus propietarios*²³
(Subrayas extratexto).

Esta respuesta contiene un claro reconocimiento de incumplimiento contractual de la demandada. En efecto, si era obligación primordial suya la de *prevenir* la sustracción de bienes de la copropiedad, por definición del objeto mismo del servicio que se comprometió a prestar, es inaceptable que no hubiese adoptado ninguna medida específica y suficiente para controlar la salida de bicicletas del complejo residencial; ni resulta comprensible que, teniendo a su cargo la vigilancia y seguridad sobre las áreas comunes de aquél, se hubiera desentendido de lo que ocurría en ellas. Además, como ya quedó reseñado, era obligación precisa y esencial suya la de “*Velar por la seguridad encomendada de los bienes bajo su cuidado y control*”, entre los que se incluyó “*los vehículos de propietarios, residentes y visitantes*” (Numeral 3 de la cláusula octava); y, sin duda, las bicicletas tienen esa categoría.

(iii) El 8 de mayo de 2015 se realizó reunión extraordinaria convocada por la administración, a la cual asistieron dos miembros de la empresa de vigilancia, uno de ellos, el coordinador de operaciones de la empresa de seguridad, quien confirmó su presencia en el testimonio rendido²⁴. Se dice en el acta que está pendiente la entrega “*del estudio de seguridad de parqueaderos y conjunto*”²⁵ para el 29 de mayo de 2015. Enseguida se anotó: “*se realizó cambio de Juliana por Milena, ya que se encontraba en servicio cuando*

²³ *Ibidem*, Folio 78.

²⁴ “12Audiencia5Octubre2020Parte1” desde 01:08:45

²⁵ Fl. 80 del PDF del archivo 01Folio1a221 del 01Cuaderno01Principal.

presentó la novedad por intento de hurto de dos bicicletas al permitirse el ingreso de dos menores de edad ajenos al conjunto” (Subrayas ajenas al original). De nuevo, aparece consolidado un incumplimiento de la obligación principal pactada, por una *culpa in eligendo* e *in vigilando*; la que se reconoció con el hecho de considerar suficientemente grave la falta, como para separar de esas funciones a esa empleada.

(iv) En acta de la reunión realizada el 5 de agosto, se da cuenta de la sustracción de otro velocípedo que se hallaba guardado en el depósito del propietario, según lo confirmó el testigo José Charlot Vargas, quien realizaba las visitas después de las contingencias referentes a hurtos, cuando afirma: “*el primero era el de la bicicleta que le sustrajeron del depósito al señor Mozos*”²⁶. Un caso en el cual se violaron las cerraduras de aquella pieza.

h) Entre la desaparición de la primera y la segunda bicicleta pasaron 4 ó 5 días, en el mismo lugar del conjunto: la zona de parqueaderos. Ninguna medida se tomó por la empresa de vigilancia para reforzar la seguridad y conjurar el hurto de ese tipo de bienes. No estorba destacar que los desaparecidos no son artículos pequeños que puedan camuflarse fácilmente para salir del conjunto residencial de modo desapercibido.

i) El conjunto de episodios y circunstancias que se acaban de reseñar y comentar, dan suficiente cuenta de las falencias e imprevisiones de la demandada en la prestación

²⁶ “12Audiencia5Octubre2020Parte1” desde 00:57:48.

del servicio de vigilancia y seguridad que se obligó a prestar. Al contrario de lo defendido por ella, no fueron hechos aislados ni ocurridos en zonas ajenas a las que debía vigilar y asegurar, conforme lo pactado en el contrato celebrado. En tales condiciones, entonces, aparece clara su responsabilidad.

j) Afirma el testigo José Charlot Vargas Reyes, que suscribió la mayoría de documentos para atender las reclamaciones, que: *“siempre la premisa de la gerencia para este tipo de casos era no reconocer ningún tipo de responsabilidad (...) porque denotaba las falencias del servicio. La orden de gerencia y subgerencia especialmente era que ninguno de los casos se podía reconocer ningún tipo de responsabilidad más bien se dejaba que uno de los apartes se respondía que la empresa se acogía a los fallos judiciales, teniendo en cuenta que estos se demoran mucho y casi nunca resultan en una condena”*²⁷. Señala que las órdenes eran verbales. Lo narrado guarda coherencia con los documentos que obran en el expediente, en los cuales la empresa de seguridad, sin importar el tipo de siniestro, la diferencia en la forma o lugar de su ocurrencia, siempre aducía no tener responsabilidad ni por acción ni por omisión, y excusándose, además, en que su obligación era de medio.

Por todo lo reseñado, ya resulta evidente el actuar negligente y descuidado de la empresa de seguridad, que es simplemente confirmado por el mismo testigo, cuando la juez lo inquirió sobre las conclusiones de los últimos siniestros, y respondió: *“internamente se determinaba que el corredor no*

²⁷ “12Audiencia5Octubre2020Parte1” desde 00:39:32.

*prestaba bien su servicio, se relajaba mucho en el servicio; pero tipo de responsabilidad directa, ninguna*²⁸. Ese dicho concuerda con una queja presentada en la referida reunión de 8 de mayo, relatando que *“se solicitó que el personal de vigilantes y en especial los que se envían de refuerzo por el fin de semana que permanecen chateando todo el día, se les realice el llamado de atención y se corrija esta novedad*²⁹.

k) En contraste con esta conclusión, contrario a lo alegado por la convocada y reconviniente, los incumplimientos contractuales que le atribuye a la demandante son del todo irrelevantes, por las siguientes razones:

(i) A la parte contratante se le acusa de no cumplir la obligación pactada en el numeral 2 de la cláusula 8ª: *“Acatar las recomendaciones de seguridad que haga oportunamente el CONTRATISTA”*. Y la única razón para formular ese cargo, es no haber construido el biciclero que recomendó éste.

Si se mira con mediano detenimiento la secuencia episódica, prontamente se observa que las *recomendaciones* alegadas **no fueron oportunas ni eficaces**.

En efecto, la única que demostró haber formulado, fue la de construir el biciclero, y apenas lo hizo el 1 de abril; pero, formalmente, el protocolo de seguridad para motocicletas y bicicletas está fechado en junio de 2015³⁰. Ya se vio que hubo dos latrocinios en febrero, uno más en abril y otro en mayo;

²⁸ “12Audiencia5Octubre2020Parte1” desde 00:58:50

²⁹ Fl. 81 del PDF del archivo 01Folio1a221 del 01Cuaderno01Principal.

³⁰ Fl. 73 del PFD 01Cuaderno01Principal “02Folio222a406”.

luego, fue tardío. Y, a decir verdad, no hay allí en realidad una recomendación de seguridad, sino una inexplicada restricción de utilización de los parqueaderos; lo cual no indica de qué modo podría mejorar la seguridad, sin sacrificar el derecho de uso y aprovechamiento lícito de los espacios que tiene cada propietario y residente. Como claramente lo impera el canon 73 del Decreto 356 de 1994, invocado por la reconviniente, la vigilancia y seguridad prestadas no pueden afectar “*el tranquilo ejercicio de legítimos derechos sobre los bienes de las personas que reciben su protección*”.

(ii) Por otro lado, aún si se asumiera que sí corresponde a una *recomendación*, también quedó en evidencia que no tenía la virtualidad de impedir los hechos que ocurrieron con posterioridad. En efecto, el coordinador de seguridad de la demandada, refiriéndose a uno de los hurtos, manifestó que fue cortada la guaya con la que se aseguraba la bicicleta birlada³¹. Ese dicho coincide con el del propietario, quien sostiene que la tenía bien asegurada. Si encontrándose sujeta con un elemento metálico, se tuvo tiempo de cortarlo y retirarse del conjunto residencial con ella, nada obsta para que un *bicicletero* lo hubiera evitado.

(iii) También da cuenta de que la recomendación de construir ese depósito para ciclas no habría evitado los apoderamientos violentos, como los que se describieron. Que así es, lo deja en evidencia el hecho de que algunos de tales ilícitos ocurrieron en los depósitos de los propietarios. Por demás, estando una bicicleta en estos lugares privados y

³¹ “12Audiencia5Octubre2020Parte1” desde 00:54:30.

cerrados, estaría cumpliéndose la recomendación de no dejar estos rodantes en la zona de parqueaderos, lo cual fue inútil.

2.3. Las causales de terminación del contrato. Están pactadas en la cláusula novena del contrato comentado, y fueron adicionadas en la segunda del *otrosí* que se le agregó, creado el 8 de enero de enero de 2015. Armonizadas estas dos preceptivas, los motivos estipulados para ponerle fin al referido acto jurídico negocial son:

“NOVENA: TERMINACIÓN DEL CONTRATO: El CONTRATANTE podrá dar por terminado este contrato con NOVENTA (90) días de antelación, por comunicación escrita.

De igual forma, las partes podrán dar por terminado el presente contrato, con justa causa, por las causales:

1. Por el incumplimiento de una de las partes de las obligaciones surgidas en virtud del presente contrato, lo que facultara a la otra para darlo por terminado inmediatamente, sin necesidad de requerimiento alguno y sin perjuicio de las acciones a que hubiere lugar; y

2. Por incapacidad física o legal de alguna de las partes que impida total o parcialmente el desarrollo del objeto del presente contrato;

3. *Por fallas en la calidad del servicio para lo cual anualmente antes del 20 de enero de cada año EL CONTRATISTA realizará una encuesta de satisfacción del servicio al 100 % de las unidades privadas que componen la copropiedad, debiéndose obtener por lo menos un 60 % de satisfacción entre las personas que participen en la encuesta, en caso contrario se entenderá que existen fallas de calidad en el servicio que faculta al CONTRATANTE a terminar el contrato de prestación de servicio así este se encuentre prorrogado, sin lugar a indemnización o pago de sanción o multa a favor del CONTRATISTA; es decir si no se alcanza en la encuesta un índice del 60 % de satisfacción, se configura automáticamente la causal de las fallas en el servicio, con la facultad de terminación unilateral del contrato por parte del CONTRATANTE sin lugar a indemnización o pago alguno al contratista. En el evento que el CONTRATISTA no realice dicha encuesta, EL CONTRATANTE estará facultado para realizarlo. También se consideran fallas en la calidad del servicio, por lo menos cinco faltas graves documentadas, argumentadas y debatidas en el Consejo de Administración, donde el CONTRATANTE, le informe por escrito al CONTRATISTA los incumplimientos o fallas reportadas en la prestación del servicio de vigilancia anexando las pruebas o soportes de tales fallas. (Este numeral es el agregado en el otrosí).*

Finalmente, se terminará el presente contrato por:

- *Vencimiento del tiempo pactado, pues no existe cláusula de renovación automática; y*
- *Por mutuo acuerdo.”* (Subrayas extratexto).

En la misiva que la demandante le remitió a la convocada el 8 de septiembre de 2015 notificándole la decisión tomada unilateralmente de terminar el contrato, literalmente le dijo: *“(...) teniendo en cuenta las situaciones de hurtos que han sucedido en el último año y las constantes fallas en la prestación de servicio se ha realizado en compañía del consejo de administración un análisis de la calidad de prestación del servicio y se ha tomado la determinación de dar por terminado el contrato suscrito con ustedes, por lo que les estamos notificando con 30 días de antelación (...)”*³² (Subrayas ajenas al original).

Es patente que las causales invocadas por la contratante para ponerle fin al comentado negocio jurídico, fueron dos: la ocurrencia de repetidos hurtos y de fallas en el servicio. La primera, sin duda, tipifica el motivo establecido en el numeral 1 de la cláusula 9ª: *incumplimiento de obligaciones surgidas en virtud del contrato*; la segunda tiene venero en el numeral 3, que fue agregado en el otrosí: *fallas en la calidad del servicio*.

En lo concerniente con las últimas, es preciso resaltar que se acordaron dos métodos para establecerlas: uno es con encuestas *“al 100 % de las unidades privadas que componen la copropiedad”*, con un resultado de satisfacción inferior al

³² Fl. 37. Cuaderno 01DemandaReconvención.pdf

60%; y el otro, a través de reportes de quejas por “*faltas graves*” con los requisitos allí definidos. En este caso, la contratante se apoyó – al menos para demandar – en unas encuestas realizadas en el mes de noviembre de 2015, cuando había comunicado la decisión de terminación del contrato desde el 8 de septiembre. De manera que no se agotó el procedimiento ni se cumplieron los requisitos estipulados para terminar el vínculo negocial por ese mecanismo. Y tampoco se logró estructurar el otro; pues, ninguna de las quejas aparece formulada con tal calificativo, ni así se consideró en los tratamientos de los episodios que las originaron, al socializarlas y discutir las en las reuniones que realizaron para tales efectos.

En cambio, con respecto a la primera, el examen amplio y detallado que se ha hecho en el acápite anterior, han dejado el convencimiento judicial certero de que sí se consolidó. No hay duda ninguna de que ciertamente hubo incumplimiento de las obligaciones esenciales adquiridas por la contratista y aquí demandada; luego, es de rigor concluir que sí fue conforme a derecho la decisión unilateral de terminación del comentado contrato de prestación de servicios de vigilancia y seguridad privada celebrado el 20 de enero de 2014.

En conclusión, el Conjunto Residencial Parque Aragón sí estaba facultado para terminar el contrato por el incumplimiento de las obligaciones de contratista, que por demás, no fue generado por un incumplimiento propio de aquella. En tales condiciones, no hay lugar a examinar las

pretensiones de la demanda de reconvención; pues la sentencia impugnada se mantiene sólida en ese punto.

2.4. El monto de la cláusula penal. En la impugnación se alegó que *“no es apropiado hablarse de cláusula penal y de tomarse como cierto tampoco podría tomarse por todo el valor referido en el fallo de primera instancia debido a que el contrato no se ejecutó en su totalidad como consecuencia de la terminación anticipada del contrato, sólo se ejecutó 1 año y 8 meses, siendo apropiado hablar de lesión enorme”*. Así fue como lo planteó en la formación del reparo, y lo repitió en la sustentación. Es difícil entender lo alegado, pero, haciendo esfuerzo hermenéutico, se despachará con las anotaciones que siguen:

a) La lesión enorme no tiene cabida en el presente asunto. No se discute que jurisprudencia y doctrina sí aceptan que puede configurarse la lesión enorme en la cláusula penal; sin embargo, lo planteado en la impugnación por el censor no corresponde a esa figura jurídica. Su cuestionamiento es a la denominación que se le dio, y al hecho de tomarse todo el valor de lo contratado; eso, sin duda, es cosa enteramente distinta de aquella institución.

b) Es preciso reiterar lo que ya se dejó advertido aquí: el postulado romano *pacta sunt servanda* (Los pactos son para cumplirse. Los pactos han de honrarse, decían los Romanos), se asienta hoy en el imperativo que consagra el canon 1602 del Código Civil Colombiano: *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser*

invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”. Eso significa que las partes contratantes quedan obligadas a cumplir lo que voluntariamente acordaron. Así que, mientras lo acordado no sea contrario a derecho, es de imperativo acatamiento para ellas.

En este caso, *ad litteram*, se pactó en la cláusula décima sexta: “*CLÁUSULA PENAL. En caso de incumplimiento total o parcial de las obligaciones pactadas en el presente contrato, la parte que incumplió pagará a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) el valor total del presente contrato, lo cual será exigible sin necesidad de requerimiento de alguna índole; lo anterior, sin perjuicio de declarar terminado el presente contrato y solicitar las eventuales indemnizaciones.*” Esa estipulación contractual no violenta ninguna norma de orden público jurídico, ni el contexto episódico sugiere siquiera la existencia de alguna circunstancia que comporte una condición de inferioridad, indefensión o sujeción injusta de ninguno de los contratantes; luego, es válida y eficaz. En ella, las partes definieron anticipadamente la cifra que debía ser asumida por el incumplido como tasación de los perjuicios causados con un incumplimiento contractual. Así que no es admisible pregonar ahora injusticia o desproporción en la cifra resultante de aplicar esa regla negocial.

Por otro lado, cuánto tiempo se desarrolló el contrato es intrascendente; pues, la pena se causa es por el solo hecho de no haber honrado las obligaciones adquiridas por la parte, con independencia de que se termine o no el vínculo jurídico.

Nótese que la punición tiene lugar “*sin perjuicio de declarar terminado*” el contrato y de las indemnizaciones que de ahí se puedan derivar. Por esa razón, es irrelevante la parte ya ejecutada de lo pactado en el contrato.

Ahora, si el valor de la prórroga total es de novecientos millones de pesos, como surge de la cláusula tercera del *otrosí*, entonces, el 10% es noventa millones de pesos, como dedujo la señora *iudex a quo*. De manera que no incurrió en el yerro que le atribuye la censura.

3. Conclusión. Se impone la confirmación del fallo de primer grado que aquí se revisa, porque no incurrió en los desatinos que planteó la recurrente.

4. Las costas. A la parte recurrente se le condenará en costas en esta instancia en favor de la parte actora con fundamento en lo dispuesto en el precepto 365, numerales 1, 3 y 8 del C.G.P..

LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO: Se confirma en su totalidad la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Cuarenta y Dos Civil del Circuito de Bogotá el 20 de octubre de 2020, en el proceso verbal de incumplimiento contractual incoado por el Conjunto Residencial Parque Aragón Primera Etapa P.H. contra Seguridad Gestión Ltda.

SEGUNDO: Se condena en costas en esta instancia en a Seguridad Gestión Ltda., en favor del Conjunto Residencial Parque Aragón Primera Etapa P.H. La liquidación se hará con sujeción a lo dispuesto en el artículo 366 del C. G. P.

TERCERO: En firme esta sentencia, devuélvase el expediente a su lugar de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE

JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Magistrado

RICARDO ACOSTA BUITRAGO

Magistrado

MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
Magistrado

Firmado Por:

Jesus Emilio Munera Villegas
Magistrado
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Ricardo Acosta Buitrago
Magistrado
Sala Civil Despacho 015 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Marco Antonio Alvarez Gomez
Magistrado
Sala 006 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **acd48b18866ddc5de480686c18b093e7d8f4dadfeb35fa7088672c69c36087d5**

Documento generado en 17/11/2022 12:03:16 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

Ref: ORDINARIO de PERTENENCIA de JOHN FREDY LEAL ROA contra los HEREDEROS INDETERMINADOS Y DETERMINADOS DE HÉCTOR HERNANDO RUÍZ DÍAZ y OTROS. Exp. 2012-00196-02.

Atendiendo al contenido del artículo 12 de Ley 2213 de 2022, se dispone:

1.- **ADMITIR** en el efecto **SUSPENSIVO** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada el 1º de agosto de 2022 en el Juzgado Cincuenta y Uno Civil del Circuito de Bogotá.

2.- Conforme lo establecido en el inciso 3º de la citada norma, a cuyo tenor: “Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes”, vencido aquél, la contraparte deberá recorrer, si así lo considera, el traslado; términos que comenzaran a contabilizarse desde la ejecutoria de esta determinación.

3.- Por Secretaría **comuníquese a los apoderados de los intervinientes** las determinaciones que se adopten en el marco de la norma reseñada vía correo electrónico¹, empero en caso de no llegar a obrar la misma en el expediente, pese a ser una obligación de los togados, remítanse las comunicaciones correspondientes a la dirección física que hayan informado en el expediente o en el Registro Nacional de Abogados.

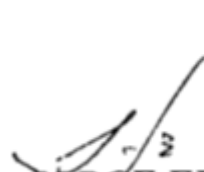
A su turno, las partes contendientes deberán dirigir sus escritos o memoriales con destino a este asunto al correo electrónico del Secretario Judicial de esta Corporación secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co con copia del mismo a la escribiente encargada de los procesos del suscrito Magistrado mparradv@cendoj.ramajudicial.gov.co

¹ Esta comunicación no reemplaza la notificación por estado electrónico y se hace para dar mayor garantía a las partes.

4.- Concurrente con lo antes señalado, los profesionales del derecho deberán dar estricto cumplimiento al numeral 14 del artículo 78 del Código General del Proceso, so pena de imposición de multa, en los términos allí previstos.

5.- Cumplido lo anterior, ingresen las diligencias al despacho.

NOTIFÍQUESE.



JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ
SALA CIVIL**

MAGISTRADO PONENTE: JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintidós
(2022)

RAD. 110012203 000 2021 01268 00

Sería del caso continuar con el trámite respectivo en el recurso de revisión de no ser porque, al revisar el expediente se observa que se realizó el emplazamiento de los demandados y las personas indeterminadas; pero no al demandado Diomedes Rodríguez Villamil en el Registro Nacional de Personas Emplazadas, como lo manda el artículo 108 del Código General del Proceso. En consecuencia, se requiere a la secretaría para que, de manera inmediata, realice el emplazamiento de Diomedes Rodríguez Villamil. Efectuado lo anterior, sin tardanza, ingrese nuevamente el proceso al despacho para continuar con el trámite respectivo.

NOTIFÍQUESE

JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS
Magistrado

Firmado Por:

Jesus Emilio Munera Villegas

Magistrado

Sala Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3c4b9eebe721e188f0c5071ea1495eaa55b55ee1290600a302f4c71e83c58e30**

Documento generado en 17/11/2022 09:32:59 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**República de Colombia
Rama Judicial**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL DE DECISIÓN**

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

RADICACIÓN	: 11001310300120120048502
PROCESO	: ORDINARIO
DEMANDANTE(S)	: CRISANTO BUITRAGO SILVA
DEMANDADO(S)	: HEREDEROS DE BETULIA SILVA Y OTROS
ASUNTO	: IMPEDIMENTO DEL DR. OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

Comoquiera que la causal invocada por el H. Magistrado Dr. OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA, consagrada en el numeral 4° del artículo 141 del C.G.P., se advierte configurada, considerando que en el escrito impeditivo se expresó que el abogado Jorge Ariel Yaya Romero, es su pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, *“figura acá como curador ad litem de la demandada Ana Cecilia Buitrago”*; circunstancia que imponen separar al funcionario judicial del conocimiento de las diligencias de la referencia, a fin de garantizar la ecuanimidad e imparcialidad que exige el ejercicio de la función jurisdiccional, habida cuenta que tal situación se erige en un motivo serio que puede *“contaminar objetivamente la imparcialidad debida, o que lleve al recelo o desconfianza del destinatario de...”*¹ la administración de justicia, razón por la cual se **ACEPTA** el impedimento precedentemente manifestado.

Por Secretaría, procédase a efectuar el abono respectivo, para la compensación a que haya lugar, y, cumplido lo anterior, retornen las diligencias al despacho, para continuar con el trámite pertinente.

Notifíquese y Cúmplase,

JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado.

Firmado Por:

Juan Pablo Suarez Orozco

Magistrado

Sala Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

¹ CSJ ATC4522-2014.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **dbf58e76fc0404c460ba00f16c206e8de1eff8b8360f9bff014eca4288eae73a**

Documento generado en 17/11/2022 09:12:52 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Declarativo
Demandante: Javier Antonio Jiménez Velásquez.
Demandado: Nohora Liliana Jiménez Velásquez
Rad. 012-2020-00310-01

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

MAGISTRADO PONENTE:
LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Discutido y aprobado en sala de decisión civil del 16 de noviembre de 2022. Acta 40.

Bogotá, D.C. dieciséis de noviembre de dos mil veintidós

Decide el Tribunal la alzada interpuesta por la parte demandante contra la providencia que puso término a la primera instancia, dictada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá en el proceso formulado por Javier Antonio Jiménez Velásquez contra Nohora Liliana Jiménez Velásquez.

ANTECEDENTES

1. Demandó el actor a la señora Nohora Liliana Jiménez para que se declare que es absolutamente simulado el contrato de compraventa celebrado con la señora María de la Paz Velásquez de Jiménez, obrante en la escritura pública 1973 del 19 de octubre de 2010 de la Notaría 50 de esta ciudad, que recayó sobre los predios debidamente identificados por su ubicación, linderos y matrícula inmobiliaria. Narró el actor, en su condición de heredero, como supuestos justificantes de la simulación intentada a favor de la masa sucesoral, presentando como causa de la irrealidad negocial: *i)* la intención de evitar que el inmueble pasara a conformar ese acervo en la sucesión de la progenitora de las partes, señora María de la Paz Velásquez de Jiménez, *ii)* el no pago del precio, *iii)* la falta de capacidad económica de la compradora, *iv)* la confianza entre los intervinientes, *v)* el registro tardío de la escritura pública –varios años después de su celebración–, contrato que

solo viene a ser conocido con posterioridad a la muerte de la señora Velásquez de Jiménez.

2. La demandada se opuso a las pretensiones, proponiendo las excepciones de mérito basadas en la falta causa para simular u ocultar derechos de terceros y el abuso del derecho. Los fundamentos de la defensa se apoyaron, en esencia, en que no se pretendió afectar a terceros y el pago del valor acordado sí se realizó, solo que no en la forma indicada en el documento notarial, al paso que la parte actora pretende hacer incurrir a la administración de justicia en error, ya que los hechos narrados en el escrito inicial ni la documental aportada respalda sus pretensiones.

3. Tras establecer la concurrencia de los presupuestos procesales y relatar los antecedentes del litigio, el juzgador de primer grado avaló de manera parcial las pretensiones, pues declaró el éxito de la simulación, pero negó que esa afirmación se extendiera al actual propietario, tercero que no fue demandado. Explicó el juzgador que de las pruebas recaudadas fluía lo ficticio de la compraventa, no solo por las versiones de sus hermanos, como también de los indicios obrantes como lo son la falta de capacidad económica de la compradora, la venta por el valor catastral y la posterior transmisión del apartamento que la demandada realizó en el curso del proceso, de donde concluyó que la vendedora no tuvo intención de vender ni la compradora de adquirirlo por esta vía y, a pesar de mencionar la posibilidad de una donación, no la atestó por no estar convencido de ello. Agregó que la progenitora no podía favorecer a uno de sus hijos con desmedro de los demás y que los gastos –administración, servicios, etc– en que incurrió la convocada eran los normales por el disfrute del predio, sin que pueda considerarse que este materializaba el pago del precio.

4. Inconforme con tal determinación, solo la parte demandada impugnó señalando como reparos, reiterados en esta instancia, los que la Sala procede a compendiar:

4.1. Violación de los artículos 13, 29 y 83 de la Constitución Política, como “normas orientadoras para la realización de la justicia material”, siendo uno de los deberes del juzgador, dentro del Estado Social de Derecho no dejar “sin solución ningún asunto sometido a su estudio”.

4.2. El juez ignoró que el demandante no asistió a la audiencia inicial prevista en el artículo 372 del CGP sin ninguna disculpa, pues quien se excusó fue su apoderado, dejando de aplicar las sanciones ordenadas por el CGP.

4.3. No se realizó un estudio profundo sobre la situación económica de la demandada, restringiéndose a especular sobre la insolvencia de Nohora Liliana. Por igual, se distorsionaron las excepciones planteadas y los testimonios de los señores Gustavo, Evelia y Amanda Jiménez.

4.4. El juzgador debió integrar el litisconsorcio por activa y desplegar sus poderes para obtener la verdad real.

4.5. Se debió hacer efectivo el derecho de igualdad para no defraudar a los usuarios de la justicia con una decisión tan desproporcionada ni “salirse por las ramas”.

CONSIDERACIONES

1. En consonancia con la metodología que el CGP le imprime al recurso de apelación, el cual “tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante”¹, con la precisión de que el fallo que se adopte debe versar sobre los reparos concretos² dirigidos contra el proveído cuestionado y que el juez deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el

¹ Artículo 320.

² Artículo 322.

apelante³, ello impide desbordar el límite acotado por la ley y el impugnante so pena de que la Sala incurra en el vicio de incongruencia, pues como tiene aclarado la Corte Suprema de Justicia, ese defecto “también se patentiza cuando la sentencia no armoniza con lo pedido en la sustentación del recurso (pretensión impugnaticia), que indudablemente corresponde a una invocación del derecho sustancial controvertido”⁴.

2. De observar de manera integral la censura exteriorizada, comporta relieves, de entrada, que no se elevó reproche concreto contra el argumento central en el que se apoyó el triunfo de las pretensiones, consistente en la existencia de prueba documental e indiciaria de la irrealidad de la compraventa, al paso que la crítica que formula el contradictor recae en el papel del juez en el Estado Social de Derecho, no evaluar la inasistencia del actor a la audiencia prevista en el artículo 372 adjetivo, no integrar el contradictorio con todos los herederos –esto es, por activa– distorsionar los testimonios de los hermanos de la convocada, lo desproporcionado de la decisión y descartar la capacidad económica de la compradora y que el fallador se abstuvo de implementar las facultades oficiosas para decretar pruebas. Ese desenfoque deja incólume el núcleo que soporta la negativa atacada, esto es, los diversos indicios y el material suasorio que demuestra –recta vía– el fingimiento de la negociación fraguada entre María del Pilar y María de la Paz, omisión que “comporta la aceptación de la providencia y la imposibilidad de revisarla en los aspectos no comprendidos en la alzada”⁵, en tanto que “las facultades decisorias del superior quedan restringidas a los “argumentos expuestos” por el o los impugnantes”⁶, materia que la jurisprudencia ha desarrollado explicando que “el *ad quem* no tiene más poderes que los que le ha asignado el recurrente, pues no está autorizado para modificar las decisiones tomadas en la sentencia que no han sido impugnadas por la alzada, puesto que se trata de puntos que escapan a lo que es materia del ataque, a no ser ‘que en razón de la reforma fuere

³ Artículo 328.

⁴ Sentencia SC4415-2016.

⁵ Sentencia del 9 de julio de 2008.

⁶ SC3148-2021

indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla.”⁷.

En otras palabras, el esquema de la apelación reclama que los reparos y su fundamentación deben exhibirse en el momento oportuno y recaer sobre el fondo de lo decidido con una cohesión inescindible que habilite a la segunda instancia pronunciarse respecto de esa concreta materia, en aras de descubrir la afrenta que a la parte le provoca el pronunciamiento judicial, atacando, en particular, el soporte cardinal que la edifica. En el evento de omitirse la censura de algún puntal y este sea suficiente para mantener el proveído objetado, el resultado de esa impugnación será desfavorable, en la medida que el silencio y la absoluta o distorsionada cortedad argumental conspiran en contra de quien así actúa, doctrina que deja en claro que “la competencia del *ad quem* ya no es panorámica o totalizadora, en la medida en que, como se acaba de ver, en ese supuesto el ámbito de sus atribuciones queda legalmente circunscrito a los aspectos con relación a los cuales el impugnador hubiese limitado en forma expresa o implícita su inconformidad”⁸, falencia que, de suyo, conduce a la confirmación de la sentencia cuestionada, al quedar en pie la evaluación probatoria realizada por el juzgador.

3. Empero, procede la Sala a dirimir la crítica efectuada por el censor, recordando que no existe duda alguna en que el juez del Estado de Social de Derecho, debe agotar, en su función de juzgamiento, una proactiva gestión en aras de cumplir los cometidos que la Constitución impone, entre ellos la efectividad de los derechos y garantías de las personas, la prevalencia del derecho sustancial, etc., lo que lo obliga a desarrollar sus poderes oficiosos, de interpretación –tanto de la demanda como de su contradicción– el decreto de pruebas y la hermenéutica favorable a una decisión de fondo que dirima el conflicto, procurando obtener la verdad

⁷ SC294-2021

⁸ CSJ Sentencia del 8 de mayo de 2007.

material, por encima del culto a las formas rituales. Sin embargo, en el caso en estudio, el recurrente no precisa en qué medida el fallador abandonó esos deberes, cuál la extravagancia de la decisión, ni la concreta equivocación en que se incurrió en la valoración de los testimonios, despreciando la carga que se proclama de la alzada que “le asigna al apelante el deber de precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, le exige expresar de manera exacta y rigurosa, esto es, sin duda, ni confusión, ni vaguedad, ni generalidad, las censuras realizadas a la sentencia origen de su reproche”⁹. Dicho de otra manera, el ataque que se formule exige respetar el deber de impugnar, consistente no solo en manifestar que no se está de acuerdo con lo decidido, sino que debe exponerse “la razón o motivo concreto que se ha tenido para interponer el recurso; o sea, para expresar la idea con criterio tautológico, presentar el escrito por el cual, mediante la pertinente crítica jurídica, se acusa la providencia recurrida a fin de hacer ver su contrariedad con el derecho y alcanzar por ende su revocatoria o modificación”¹⁰, ejercicio omitido por el inconforme.

3.1. En relación con las pruebas de oficio, es preciso recordar que esta actividad por iniciativa del juzgador no tiene como finalidad “suplir las cargas desatendidas por las [partes] y que le son propias”¹¹ ni corregir los defectos en ese ejercicio, tanto más si en cuenta se tiene que ni siquiera se ha sugerido en qué consistían los medios que podían haberse decretado en esa modalidad, con fines útiles para la indagación de temas relevantes para solucionar el conflicto. De todas maneras, es necesario destacar que el fallador sí acudió a ella al ordenar la aducción de las declaraciones de renta anteriores a las que fueron presentadas por la demandada, solo que esa probanza le resultó adversa a esta litigante, quien explicó que no estaba obligada a cumplir con ese deber tributario para antes de la celebración del segundo contrato de compraventa, por el que ella transmitió el dominio del inmueble objeto de la pretensión de simulación.

⁹ STC15304-2016.

¹⁰ Sentencia del 30 de agosto de 1984. GJ CLXXVI N° 2415

¹¹ Corte Suprema de Justicia. SC15746-2014.

3.2. De cara a la integración del contradictorio por activa –seguramente porque no demandaron todos los herederos, en tanto el recurrente no explica la entidad de esa omisión ni propone crítica alguna en torno a la conformación del sector llamado a resistir esta confrontación–, es evidente que, con ocasión del fallecimiento de su progenitora, emerge el interés de sus sucesores dirigido a liquidar la personalidad patrimonial del causante, quienes *iure proprio* adquieren por efecto del régimen sucesoral consagrado en la ley la posibilidad de demandar la simulación de los actos celebrados por el *de cuius*, para establecer cuáles son los bienes que constituyen el acervo partible y que a su vez conforman la herencia que se les ha deferido, entre los que necesariamente se deben incluir aquellos bienes que salieron subrepticamente, pues aquella facultad de disposición puede controvertirse mediante la acción de simulación cuando, fingiendo un negocio, se dispone de un bien propio, al margen, aparentemente, del haber de la sucesión.

3.3. Ahora bien, respecto de quién debe demandar cuando existen varios herederos –diferente por completo a quién se debe demandar–, ha de memorarse que en el interior de esa comunidad no existe una relación sustancial que por fuerza legal les imponga la comparecencia de todos para reconstituir el patrimonio de la sucesión, bastando con que uno de los sucesores ejercite la acción, sin que sea necesaria la presencia de los demás causahabientes, siempre y cuando ella se intente en favor de la comunidad que surge por el fallecimiento del causante, siendo de importancia memorar que “existe litisconsorcio necesario cuando hay imposibilidad jurídica de sentenciar por separado, respecto de varias personas, sobre una relación jurídica en la que están interesadas todas ellas. En este caso, la sentencia pronunciada respecto de una persona no tiene por sí mismo ningún valor ni puede resolver legalmente la litis¹², condiciones que no concurren cuando se reclama en favor de la sucesión, como ocurrió en el presente caso.

¹² LXXIX, 157.

3.4. De otra parte, respecto de la indebida valoración de la situación financiera de Nohora, baste decir que ella confesó que no aporta declaraciones de renta anteriores al año 2018, al no estar obligada a realizar ese ejercicio tributario debido al “tope de los ingresos”, de donde se deriva que no es exagerado avalar el indicio de la incapacidad económica de la compradora, en especial porque al estar conjuntado con el incumplimiento de algunas obligaciones habilitan la conclusión que se censura, sin que ello encarne especulación o suposiciones infundadas. Por igual, no hay falseamiento, agregación o recorte sobre el contenido objetivo de las ponencias de Gustavo, Evelia y Amanda Jiménez, pues ellos declararon, de manera concreta, que a Nohora la mamá le cedió el apartamento, se desconocía la existencia de la compraventa, era como un reconocimiento de los gastos que realizaba la demandada, el numerario que se dice corresponde al precio nunca ingresó a las arcas de la vendedora y que el dinero que esta les entregó tenía como justificación la cesión que su señora madre realizó en favor de Nohora. Por demás, Gustavo, de manera expresa, sobre la existencia de la negociación depuso que “no es verdad que le hubiera vendido” pero que Nohora sí hizo muchos gastos y Amanda y Orlando aceptaron que Nohora había explicado en la reunión familiar efectuada con posterioridad a la muerte de la señora María de la Paz, que esta “se lo regaló”, material suficiente para atestar lo ficticio de la compraventa atacada, lo que torna inane la aplicación de los efectos procesales ante la inasistencia del demandante a la audiencia del artículo 372 adjetiva –ausencia que insiste en calificar como infundada a pesar de que en auto del 17 de junio de 2022 el *a quo* resolvió tener por justificada esa falta, sin que formulara oportunamente recurso alguno contra esa decisión–, más allá de la controversia que existe sobre el envío a Javier del link de ingreso a la audiencia, del que no hay constancia en el expediente de su remisión.

4. En conclusión, en el caso concreto concurren varios indicios de cuya valoración integral se desgaja lo ficticio del negocio cuestionado, como son

el vínculo de consanguinidad, el sigilo con que se llevó a cabo la negociación, la ausencia de prueba del pago del precio sin repulsa efectiva de la contraparte, la relativa falta de capacidad económica de la “compradora” y el ulterior intento de remunerar a sus hermanos en compensación del derecho que le atribuyó su progenitora sobre los predios, cúmulo de contingencias que generan severos elementos de sospecha que, calificados de manera integral y sopesados los unos con los otros, otorgan convicción del fingimiento del contrato y que este responde al concierto simulatorio fraguado entre madre e hija.

En armonía con lo expuesto, la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR en su integridad la sentencia impugnada.

SEGUNDO. Se condena en costas de esta instancia a la parte demandada. Tásense. El Magistrado Sustanciador fija como agencias en derecho \$1'000.000.

Notifíquese.

LUÍS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado Ponente

JAIME CHAVARRO MAHECHA

Magistrado

ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

Magistrada

Firmado Por:

Luis Roberto Suarez Gonzalez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Adriana Saavedra Lozada
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jaime Chavarro Mahecha
Magistrado
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **76aa8278327bf7009612346289403e751c3e519683181ba11275ebd70158ab8f**

Documento generado en 16/11/2022 06:01:01 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CIVIL

Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

**ASUNTO: PROCESO VERBAL (COMPETENCIA DESLEAL)
PROMOVIDO POR COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A.
CONTRA PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S.**

Rad. 01 2020 22558 05

SE ADMITE en el efecto suspensivo los recursos de apelación interpuestos por ambas partes contra la sentencia que profirió la Superintendencia de Industria y Comercio el 28 de octubre de 2022, dentro del presente asunto.

Las partes apelantes deberán tener en cuenta lo establecido en el inciso 3° del artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, a cuyo tenor: *“Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes”*, vencidos los cuales la contraparte deberá descorrer, si a bien lo tiene, el correspondiente traslado; términos que comenzarán a contabilizarse desde la ejecutoria de esta determinación.

Concurrente con lo antes señalado, los profesionales del derecho deberán dar estricto cumplimiento al numeral 14 del artículo 78 del Código General del Proceso, so pena de imposición de multa, en los términos allí previstos.

A su turno, las partes contendientes deberán dirigir sus escritos o memoriales con destino a este asunto al correo electrónico del Secretario Judicial de esta Corporación secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE este proveído en la forma establecida en el artículo 9° de la Ley 2213 de 2022.

Cumplido lo anterior, ingresen las presentes diligencias **inmediatamente** al despacho con informe pormenorizado de Secretaría, para proveer lo que en derecho corresponda.

Notifíquese,

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada

Firmado Por:
Maria Patricia Cruz Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **1474072fa0c112d1a8a1f25486030051091b7546dd103b56c17c684e874c5575**

Documento generado en 17/11/2022 11:41:35 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CIVIL

Bogotá, D.C., diecisiete de noviembre de dos mil veintidós.

Radicado: 11001 31 99 001 2020 57252 01. - Procedencia: Superintendencia de Industria y Comercio.
Proceso: Productora de Plaguicidas S.A. Proplag S.A. Vs. Atw Internacional S.A.S.
Asunto: **Apelación de auto que negó medidas cautelares.**

Se resuelve la apelación subsidiaria interpuesta por la demandante contra el auto No. 80016 de 3 de septiembre de 2020.

ANTECEDENTES

1. La sociedad demandante solicitó medidas cautelares encaminadas a que se ordene a la accionada que cese *“inmediatamente el uso de la expresión “BICHOX” en la identificación de los productos para la destrucción de animales dañinos”*, y a *“retirar de los circuitos comerciales los avisos y material impreso o digital (páginas web) donde se use la expresión “BICHOX” para identificar productos para la producción de animales dañinos, incluyendo, sin limitarse a ello, cualquier material, publicitario, informativo o promocional, impreso, magnético o electrónico, cartas, volantes, circulares, correos electrónicos archivo de sistemas o comunicaciones de cualquier índole; páginas de internet y cualquier red social”*.

En sustento de su petición, expuso que a su favor tiene el registro de la marca “Bichek” con la cual se identifican *“productos para la destrucción de animales dañinos”*; que en virtud de ello adquirió los derechos exclusivos y excluyentes sobre la marca, que le confiere su uso libre y pacíficamente, así como la potestad para reprimir el uso de cualquier otra expresión idéntica o confundible; que la sociedad Atw Internacional S.A.S. ha solicitado obtener el registro de la marca “Bichox”, fundamentándose en la marca “Bichek”; que la Dirección de Signos Distintivos, en

Resolución 7915 del 26 de febrero de 2020, manifestó que al observarlos *“encontraba que los signos analizados eran similarmente confundibles”*, y se puede notar que fonéticamente y ortográficamente son semejantes; que “Bichox” posee elementos adicionales que lo hacen muy parecido y lo aleja de que sea una marca distinta, por lo que es susceptible de generar confusión; que en mayo de 2020 encontró distintos tipos de avisos publicidad -en vallas, camiones, páginas web, etc.-, generándose una infracción por parte del demandado al utilizar el signo similar que está protegido; que se evidenciaron importaciones por parte del demandado bajo la posición arancelaria 38085900101, una declaración por el valor de \$4.979.994 en el mes de abril y la otra por \$245.925.726 en el mes de mayo; y que, por ese motivo, se puede colegir la existencia de una intención clara de comercialización y uso de la marca “Bichox” en el mercado, generando, como atrás se mencionó, una confusión que conlleva al detrimento de la marca “Bichek”.

Afirmó, además, que efectivamente se está comercializando el producto en cuestión, puesto que realizó una compra del producto en dos presentaciones en un establecimiento de comercio, evidenciándolo con la factura número D0106974; que la presentación del producto es muy semejante a “Bichek” en cuanto a los colores, imágenes y letras; y que el Tribunal Andino de Justicia señaló, dentro de Proceso 38-IP-2008, que existe similitud ortográfica, fonéticas e ideológicas, por lo que se puede evidenciar la reproducción completa de la marca Bichek, haciéndole solo unos cambios mínimos.

2. En la decisión materia de alzada, el *a quo* negó las cautelas pedidas. En apoyo, señaló que, partiendo de un análisis comparativo en conjunto de manera sucesiva y no simultánea de ambos productos, se observa la diferencia en el orden fonético, visual e ideológico; que si bien las primeras 4 letras son iguales, la terminación de ambas expresiones son diferentes y

al momento de ser pronunciadas en conjuntas son distintas; que es notoria la diferencia visual de los signos, ya que en las letras ‘bicho’ existe una uniformidad, seguida de una gráfica del mismo color que simula una X y al relacionarla con el resto de letras conformaría ‘Bichox’; y que, en cuanto a las letras de Bichek, todas las letras, incluyendo la última, presenta uniformidad en su conformación; que, en lo relativo al contraste ideológico, la expresión Bichox evoca la palabra “bicho” en plural y la marca Bichek escasea de algún concepto en castellano; que en el pronunciamiento de Bichox la sílaba tónica recae sobre la sílaba BI, mientras que en Bichek, el consumidor puede hacer la pronunciación a su arbitrio; que debe hacerse un análisis en conjunto de los elementos, no solo las letras y fonemas sino también los signos; y que no existe riesgo de confusión o asociación hacia los consumidores, por lo que no hay similitud en los signos comparados.

Concluyó, entonces, que *“en este caso debe concluirse que no se encuentra acreditado, al menos a estas alturas de la actuación, la existencia de una situación efectiva o potencial de confusión en el mercado que acá interesa, a partir de la comparación de los signos que realiza la accionante”*.

3. En sus recursos, la demandante sostiene que el Despacho descartó analizar la Resolución 7915 de febrero de 2020, expedida por la Dirección de Signos Distintivos, olvidando que esa dependencia es la autoridad nacional de marcas; que el auto cuestionado es contradictorio pues se pasa por alto que al resolverse solicitud de registro de la marca Bichox se negó su concesión pues se confundiría con la marca Bichek; que la confusión es evidente y ha sido corroborada por la autoridad administrativa; que la uniformidad o no el tamaño de letras no ha sido criterio para determinante para concluir confundibilidad; que las letras X y Z de ambas palabras son

muy parecidas y logran confundir al consumidor; que al realizarse el análisis conceptual se omitió que analizar la figura de ‘bicho’ que acompaña la expresión Bichek; que se evidencia que el producto contiene un rayo rojo muy parecido al de la marca registrada Bichek; que se tomó una decisión subjetiva, ambigua y poco técnica; que no está de acuerdo con el estudio fonético, en tanto que las expresiones EK y OK no van separadas de la raíz, al analizarse escucharse de forma conjunta puede confundir al usuario BICH, y no es del todo cierto que EK y OX sean disímiles; que, en cuanto al análisis visual, éste debe realizarse de forma sucesiva y no simultánea, y en ese sentido, debe verse que además de la expresión también está la figura de un rayo y se ostenta el mismo color; que, en torno a la cuestión de ideología, no podría decirse que Bichox evoca bicho y que Bichek no lo hace, pues es evidente que sí se evoca tal idea; que no fueron valoradas las pruebas; y que la decisión a la cual se llegó configura un prejuzgamiento, comoquiera que se efectuó un análisis sin haber agotado las instancias procesales y sin valorar todo el acervo probatorio.

4. Para mantener incólume su decisión, la Delegatura de primer grado señaló que ésta goza de indudable independencia a la hora de efectuar el análisis, pese a que uno de los aspectos a abordad hubiere sido objeto de pronunciamiento por parte de una autoridad no jurisdiccional; que la existencia de la División de Signos Distintivos en la SIC y su competencia para otorgar registros *“no es pertinente para indicar de forma errada que el juzgador en cumplimiento de sus funciones jurisdiccionales deba estar supeditado a las decisiones que dicho organismo en sede de un procedimiento administrativo, que partió de una solicitud de registro de marca, para adoptar sus decisiones en cumplimiento de sus funciones jurisdiccionales”*; que acceder al argumento del demandante implicaría desconocer su independencia y pasar por alto el principio de simetría

funcional (art. 24 Cgp); que el hecho de que en acto administrativo se hubiere indicado que Bichox no podía ser protegida como marca por ser confundible con Bichek, no da lugar a que en esta sede jurisdiccional se tome decisión idéntica o similar; que tal acto no constituye parámetro auxiliar de aplicación; que a lo largo de la providencia se explicaron los aspectos que llevaron a concluir las disimilitudes de tipo ortográfico, fonético, visual e ideológico; que en el análisis visual se evidencian diferencias en la conformación de las expresiones de las etiquetas; que si se considerara la simulación de un rayo rojo, es palmaria la diferencia en la posición; que *“en relación con el análisis de tipo fonético efectuado respecto del cotejo marcario, no puede descartarse que las partículas OX de la expresión BICHOX y EK de la marca BICHEK, que hacen parte del conjunto de tales vocablos”*; en cuanto al aspecto ideológico insistió en lo dicho; y que las facultades en temas de cautelas no constituyen prejuzgamiento alguno, máxime el análisis que se debía efectuar teniendo en cuenta la solicitud cautelar.

5. En memorial radicado en la oportunidad respectiva, la parte actora insistió en los argumentos aducidos.

CONSIDERACIONES

1. Según el recuento que antecede, en el presente caso la solicitud de medidas cautelares se estructuró y fundamentó en que Atw Internacional S.A.S. habría infringido derechos de propiedad industrial con el uso en el mercado del signo distintivo ‘Bichox’, pues éste es similar y confundible con el signo ‘Bichek’, el cual corresponde a una marca que se encuentra debidamente registrada, máxime que en sede administrativa se solicitó el registro del signo ‘Bichox’ y éste fue negado por confundirse con ‘Bichex’.

2. Así las cosas, de entrada es pertinente memorar que conforme al artículo 247 de la Decisión 486, una orden cautelar sólo se dispondrá cuando quien la pida -estando legitimado- acredite “... *la existencia del derecho infringido y presente pruebas que permitan presumir razonablemente la comisión de la infracción o su inminencia*”.

En esa línea, debe destacarse que las medidas cautelares van a la par del proceso principal y se encaminan a retirar aquellas dificultades que perturban la eficacia del fallo que se ha de proferir eventualmente en el asunto, por lo que se les ha considerado una forma de tutela jurídica de carácter instrumental y preventiva autorizada para ciertos casos, por fuera del proceso, antes o en curso del mismo, siempre y cuando quien las solicite verifique los aspectos de orden ritual conforme el ordenamiento vigente, y señale unas precisas circunstancias, a saber: la apariencia del derecho por cuyo reclamo aboga (*fumus bonis iuris*) y el peligro de daño por el natural transcurso del trámite judicial o de las vías normales de protección (*periculum in mora*).

Asimismo, se pone de presente que en los procesos de naturaleza declarativa imperan mayores restricciones en relación con las medidas cautelares, pues aunque debe propenderse, *grosso modo*, por garantizar la integridad del derecho o la satisfacción de la pretensión y el cumplimiento de una eventual sentencia favorable, se parte de la premisa de incertidumbre sobre la existencia del derecho, y especialmente en asuntos de derechos de propiedad industrial (infracción marcaria), puesto que de la normatividad comunitaria e interna se desprende la exigencia de acreditación de cierto nivel de plausibilidad en la comisión de la infracción —o riesgo—.

3. Entonces, para decretar cautelares como las solicitadas es menester desplegar una comprobación atañedora a un juicio de probabilidad inicial, y

este Tribunal ha considerado que no necesariamente debe entenderse como la aportación de prueba absoluta e incontrovertible, la que sólo puede exigirse para la definición del asunto, sino que en atención al carácter instrumental de las medidas es suficiente la prueba sumaria que permita acceder a la petición.

Empero, esta prueba de todas maneras debe llevar a un muy buen grado de convencimiento al juzgador sobre la aducida comisión de la infracción acusada o su inminencia, es decir, al menos la prueba sumaria de la ocurrencia de la transgresión alegada en la solicitud de medidas cautelares o de su proximidad.

4. Descendiendo a la procedencia de las cautelas, y, concretamente, respecto de la infracción marcaria invocada como sustento de aquellas, se observa que, en principio y por lo que atañe a esta etapa conforme los elementos que se aportaron hasta el momento, se encontró demostrado que la demandada comercializa y publicita en el mercado productos bajo el signo “Bichox”, de ahí que el tema a dilucidar atañe a si, con el ejercicio de esa actividad, se está aplicando o usando signo distintivo similar al registrado por Productora de Plaguicidas S.A. - Proplag S.A., de lo cual pende la constatación del riesgo de confusión o asociación marcaria (art. 155, Decisión 486).

Con esa orientación, debe memorarse que el cotejo de signos distintivos, en esta instancia jurisdiccional y frente a la argüida violación de derechos de propiedad industrial, análisis que debe ser el pertinente y connatural a una etapa preliminar por efectuarse sin la concurrencia y defensa de la parte accionada, corresponde acometerlo, en efecto, entre la marca mixta registrada “Bichek”¹ y el signo Bichox, teniendo en cuenta que a ello se

¹ Clase 5 Clasificación Internacional de Niza Versión 8, registrada con vigencia hasta el 10 de septiembre de 2024, conforme certificado obrante en la página 153 del archivo del cuaderno principal.

contrae la solicitud de medidas, el auto apelado y las inconformidades o reparos concretos de la recurrente, aspecto que limitan la competencia del Tribunal (artículos 320 y 328 Cgp).

Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en Interpretación Prejudicial 35-IP-2020 de 8 de mayo de 2020, estableció que en el cotejo de los signos se deben aplicar las siguientes reglas:

“a) La comparación debe efectuarse sin descomponer los elementos que conforman el conjunto de los signos en conflicto; es decir, cada uno debe analizarse con una visión en conjunto, teniendo en cuenta su unidad fonética, ortográfica, gráfica o figurativa y conceptual o ideológica.

b) En la comparación se debe emplear el método del cotejo sucesivo; esto es, se debe analizar un signo y después el otro. No es procedente realizar un análisis simultáneo, pues el consumidor difícilmente observará los signos al mismo tiempo, sino que lo hará en momentos diferentes.

c) El análisis comparativo debe enfatizar en las semejanzas y no las diferencias, pues es en las semejanzas en las que se puede percibir el riesgo de confusión o asociación”.

Además, en la misma providencia se indicó que al realizar el análisis o comparación, debe tenerse en cuenta el consumidor y su grado de percepción conforme los productos o servicios. Y que por tanto, hay que ponerse en el lugar de un consumidor medio si se está ante productos o servicios de consumo masivo, de un consumidor selectivo si es informado y escoge bajo criterios de calidad, posicionamiento o estatus, y de un consumidor especializado si es absolutamente informado y atento sobre las características y tiene como soporte su instrucción técnica o profesional.

5. Bajo tal ese orden, al confrontar el signo de cuyos derechos es titular la sociedad acá actora, frente a los componentes y la unidad del signo que se exhiben o utilizan en los productos de la demandada (“Bichox”), el Tribunal advierte, con la nitidez que es necesaria en esta etapa primigenia de la actuación y en el contexto, se itera, del estudio inicial que en esta

sede es viable realizar, la semejanza indicada en la petición cautelar y en la censura –al margen y con independencia de lo que llegue a probarse, acreditarse y decidirse de fondo en el proceso sobre la incursión de la infracción-.

En esa senda, el Tribunal observa, en principio, una similitud en la apreciación visual, fonética y ortográfica del supuesto signo infractor frente a la marca registrada, y una reproducción de elementos por parte del extremo pasivo de su signo (“Bichek”) y que, se aduce, le permite identificar su producto en el mercado.

Es decir, el signo protegido como marca mixta a favor de Productora de Plaguicidas S.A. Proplag², en su conjunto y apreciado incluso desde sus elementos y trazos comunes y los peculiares, hasta este momento procesal se evidencia en principio análogo a los signos con los cuales Atw Internacional S.A.S. comercializa productos³, no sólo porque esto contienen elementos similares insertos en cuanto a las letras de la frase o expresión, el rayo, los colores y terminaciones, sino –principalmente- en atención a que el mencionado signo, señalado como infractor, preliminarmente se vislumbra afín en su conjunto o unidad visual, máxime que, al apreciarlo de esa forma, se denota al final de la expresión “Bichox” que la letra X, por su tamaño y forma, se podría asemejar a la letra final y gráfico de “Bichek”. En resumen, a grandes rasgos, se encuentran



características pares que hacen que pueda existir un riesgo de identificación común en los consumidores medios y en el mercado respecto de los signos en mención.

Además, en la expresión verbal de la frase contenida en la marca registrada y en el signo acusado, aunque la terminación (dos últimas letras) ortográficamente es distinto pues una termina en ‘ek’ y la otra en ‘ox’, lo cierto es que en su pronunciación y verbalización podría existir la tendencia a asimilarse, máxime si se tiene en cuenta que el aspecto visual induciría a confundir las letras finales, como se planteó en el párrafo inmediatamente anterior.

Así las cosas, debe tenerse en cuenta que la comparación estrictamente marcaria no debe abordarse desde las diferencias ni desde una escisión de cada uno de los elementos que componen los signos, sino, como se refirió en puntos precedentes, desde su universalidad, conjunto o unidad, y fundamental también, bajo un aspecto sucesivo, pues ello permite definir la apariencia particular, y en esa senda, a estas alturas se observa que la demandada ha usado o se ha valido de un signo distintivo para identificar productos que, provisoriamente –en esta fase previa–, denota una semejanza que podría llevar a una confusión en el consumidor.

6. Se concluye, entonces, y en este momento primigenio del trámite, que al analizar de manera desprevenida y sucesiva los signos en contienda, es posible colegir la existencia de un riesgo de confundibilidad en el consumidor promedio, es decir, en el que no posee una amplia información acerca de los productos, de las marcas y del origen empresarial de los mismos.

Contrario sensu, no es evidente la presencia de elementos que en conjunto permitan una diferenciación de ambos signos, y según los cuales el usuario del mercado pueda escoger libremente sin el riesgo de caer en error. Y es que, en realidad, no corresponde hacer una verificación de un alto nivel técnico o específico, en cuanto a la presencia de elementos determinadores y diferenciadores, y que recaigan en los ámbitos fonético, ortográfico, gráfico, etc., en tanto que el destinatario del producto sería –por lo que hasta este momento se encuentra acreditado- un consumidor desprevenido o medio en cuya cabeza no se puede exigir una instrucción selectiva.

Ahora bien, y en línea con lo hasta acá expuesto, resulta perentorio señalar que en esta etapa del trámite no es dado efectuar un análisis y estudio de tal magnitud que pueda asociarse con una definición de fondo del asunto, o con una sentencia, pues tan solo debe verificarse si hay una apariencia de buen derecho en cuanto a la presunta existencia de una conducta que sumariamente puede enmarcarse o subsumirse en la infracción que se alega.

7. Por último, la parte apelante adujo que no se tuvo en cuenta la decisión de Dirección de Signos Distintivos de la SIC de no registrar el signo “Bichox” por riesgo de confusión con su marca registrada “Bichek” y que existe una incoherencia e incongruencia entre lo allí decidido y lo resuelto en esta oportunidad por el *a quo*.

Frente a tal argumento, el Tribunal pone de presente:

i. que le asiste razón al Despacho de primer grado en cuanto a que la autoridad registral en derecho marcario (División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio) es completamente distinta e independiente de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la SIC,

pese a estar dentro la misma entidad, que sus asuntos y competencias son diferentes, y que lo dicho por una de las dependencias no es fuente obligatoria a seguir por parte de la otra, habida cuenta que aquellas tienen funciones por completo disímiles, y conocen de asuntos diferentes en el marco de acciones y mecanismos judiciales y administrativas.

Y *ii.* que, no obstante lo anterior, si bien no es obligatorio en sede judicial o jurisdiccional acoger el criterio que la Dirección de Signos Distintivos expuso en la Resolución No. 7915 de 26 de febrero de 2020 dentro del Expediente N° SD2018/0080895 en lo que respecta a la negativa de registrar la marca mixta “Bichox” por considerar que ese signo y la marca mixta registrada “Bichek” son similarmente confundibles y puede generar confusión (págs. 93 a 97 archivo pdf cuaderno principal) , lo cierto es que ello pueden constituir un indicio a tener en cuenta para efectos del análisis de procedencia de las cautelas, en tanto que es un elemento que, sumado a lo expuesto en puntos precedentes, sirve para reforzar la conclusión sumaria de probable confundibilidad.

En otras palabras, sobre este último punto, en manera alguna podría desconocerse que el acto administrativo en mención no es fuente de derecho de obligatorio seguimiento ni constituye precedente alguno, pero esa circunstancia no podría implicar que se pase por alto una cuestión que, sin asomo de duda, podría configurar una pauta, máximo que proviene de una autoridad de carácter técnico que se ocupa precisamente de la materia en discusión. Por supuesto, ello auscultado bajo el análisis de probabilidad que debe efectuarse de manera independiente y autónoma en este escenario judicial.

8. En virtud de todo lo anterior, se revocará el auto apelado por resultar procedente decretar las cautelas solicitadas. Así, se ordenará a la

Delegatura para Asuntos Jurisdiccional que previo a emitir auto decretando las cautelas, **acorde a lo dispuesto en esta providencia**, provea sobre la caución, su naturaleza y el término en que deba prestarse (inc. 1° *in fine* artículo 247 Decisión 486 CAN y artículo 590 Cgp.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, **REVOCA** el auto No. 80016, proferido el 3 de septiembre de 2020, y en su lugar, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio proceda en la forma dispuesta en la parte motiva de la presente providencia.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

El Magistrado,

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

11001 31 99 001 2020 57252 01

Firmado Por:

German Valenzuela Valbuena

Magistrado

Sala 019 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3e2559b7ab25a18f55c0723832efcd558de3275050a72f9e2cb5a02aba1a33c2**

Documento generado en 17/11/2022 03:39:36 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN CIVIL**

Bogotá, D. C., diecisiete de noviembre de dos mil veintidós.

Magistrado Ponente: **Germán Valenzuela Valbuena**

Radicado: 1100 1319 9001 2021 60338 01 - **Procedencia:** Superintendencia de Industria y Comercio.
Proceso: Yazmín Lombana Romero. vs. Grupo Colcasa Red Inmobiliaria Sas y otros.
Asunto: Apelación sentencia
Aprobación: Sala virtual; Aviso N.º 45
Decisión: Confirma.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto la parte demandada contra la sentencia fechada 26 de agosto de 2022, proferida por la delegatura para asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio.¹

ANTECEDENTES

1. Yazmín Lombana Romero instauró demanda en contra del Grupo Colcasa Red Inmobiliaria Sas y los Fideicomisos Parqueo Peñón Verde y Recursos Peñón Verde, administrados por la sociedad Acción Sociedad Fiduciaria S.A., con el fin de que:

i. Se declarara que las convocadas vulneraron los derechos que como consumidora le asisten a la demandante en desarrollo de la relación de consumo contenida en el contrato fiduciario de vinculación No. 1200044348 de 4 de marzo de 2015.

ii. En consecuencia, se ordenara a las accionadas que en el término de 5 días siguientes a la sentencia entreguen materialmente y transfieran el

¹ Fallo por escrito en aplicación de lo dispuesto por la Ley 2213 de 2022, por medio de la cual se estableció la vigencia permanente del Decreto 806/20, normativa por la cual se adoptaron medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de la justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

dominio del Lote 33 de la Urbanización Peñón Verde, y que, en caso de no ser posible la tradición, se disponga sobre la devolución de \$215.710.000 debidamente indexados.

2. Como fundamento de sus pretensiones adujo, en síntesis:

a. Que entre las partes el 4 de marzo de 2015 se celebró un contrato de encargo fiduciario de vinculación, cuyo objeto consistió en la entrega de recursos dinerarios por parte de la convocante para la adquisición a título de beneficio de área del derecho de dominio del Lote 33 y la Casa 33 del proyecto Urbanización Peñón Verde. Que el valor del negocio se estipuló en \$415.000.000.

b. Que según la cláusula décimo primera del convenio de fiducia la transferencia de la propiedad la haría el patrimonio autónomo Recursos Peñón Verde. Que conforme al plan de pagos Yasmín Lombana Romero pagó la cantidad de \$215.710.000, quedando un saldo pendiente de \$199.290.000.

c. Que nunca se adelantó la construcción de la Casa 33 en el proyecto urbanístico, además de que Oscar Eduardo Galindo López – Representante Legal del Grupo Colcasa Red Inmobiliaria Sas- siempre presentó excusas sin fundamento para no edificar la obra, lo que motivó que la accionante suspendiera el pago del saldo restante.

d. Que Oscar Eduardo Galindo López se comprometió mediante correo electrónico de 26 de enero de 2021, a instruir a la fiduciaria para que efectuara la transferencia del derecho de dominio del Lote No. 33 *‘en favor de la accionante y como compensación de lo pagado por ésta, lo cual tampoco nunca sucedió’*.

e. Que los días 17 y 23 de noviembre de 2020 se presentó reclamación directa a las demandadas con el fin de agotar el requisito de procedibilidad previsto en la Ley 1480 de 2011, requerimiento que respondió la sociedad Acción Sociedad Fiduciaria S.A.

3. Acción Sociedad Fiduciaria S.A., como vocera y administradora de los patrimonios autónomos Fideicomiso Recursos Peñón Verde y Fideicomiso Parque Peñón Verde, en su contestación se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones que denominó: debido cumplimiento a las estipulaciones contractuales del contrato vinculación por Acción Sociedad Fiduciaria S.A.; Acción Sociedad Fiduciaria S.A. en su calidad de vocera y administradora de los patrimonios autónomos no puede ser responsable por trámites pendientes de terceros; no existe incumplimiento contractual; los contratos de vinculación como beneficiarios de área suscritos por la aquí demandante, en ningún caso constituye una promesa de compraventa; la parte incumplida no puede solicitar el cumplimiento de las obligaciones de los demás contratantes – contrato no cumplido-; ausencia de solidaridad entre las demandadas, el negocio fiduciario es plurilateral con varios centros de interés, y, por tanto, no hay identidad de la cosa entre Colcasa Red Inmobiliaria Sas (fideicomitente) y Acción Sociedad Fiduciaria S.A. –vocera de los patrimonios autónomos-.

El soporte de la defensa estribó en que la cláusula décimo primera del contrato de vinculación determina las obligaciones que tiene Acción Sociedad Fiduciaria S.A. como vocera de los patrimonios autónomos, deberes que consistieron en la administración de los recursos y el giro a cargo del constructor; agregó que para la escrituración se necesita la previa instrucción del fideicomitente, lo cual no se ha dado, por lo que considera que ha cumplido con el contrato de vinculación con beneficio

de área. Que el Grupo Colcasa Red Inmobiliaria Sas era la sociedad encargada de edificar el proyecto inmobiliario, como de realizar la entrega material del bien.

Reseñó que el contrato de fiducia con beneficio de área es más complejo que una promesa de venta; que la parte convocante no entregó la totalidad de los recursos, por lo que no acató el convenio; y que no hay solidaridad entre la fiducia y el constructor de allí que se debe probar el perjuicio que pudo haber ocasionado cada demandado, pero no se demostró que Acción Sociedad Fiduciaria S.A. haya causado algún tipo de menoscabo.

4. El Grupo Colcasa Red Inmobiliaria Sas fue notificado en legal forma, pero se abstuvo de ejercer su derecho de defensa.

LA SENTENCIA APELADA

La Superintendencia de Industria y Comercio declaró que los demandados vulneraron los derechos que como consumidora tiene Yazmín Lombana Romero. Y por ende, les ordenó que a título de efectividad de la garantía transmitieran a la convocante el derecho de dominio del predio identificado con la M.I. No. 307-91254, agregó que en caso de no acatar la orden en el término de 30 días, aplicaría lo previsto en el numeral 11 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011.

Al efecto señaló que la norma aplicable es el Estatuto del Consumidor. Así, adujo que entre las partes se entabló una relación de consumo que partió del contrato de vinculación en el que la convocante buscaba adquirir el dominio del Lote 33 y Casa 33 del proyecto Urbanización Peñón Verde, habida cuenta que el desarrollo del proyecto inmobiliario

estaba a cargo y responsabilidad del Grupo Colcasa Red Inmobiliaria Sas –fideicomitente, sociedad que no contestó la acción en su contra y no acudió a las audiencias del proceso, lo que hace que -sigue el fallo-, se presuma como ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda.

Frente a la relación de consumo respecto de la demandante con los patrimonios autónomos Fideicomiso Recurso Peñón Verde y Fideicomiso Parqueo Peñón Verde, destacó que su vocera y administradora -Acción Sociedad Fiduciaria S.A.-, tenía a cargo: la administración de los recursos de los beneficiarios de área del proyecto inmobiliario; la entrega de los dineros al constructor fideicomitente con autorización del interventor; como la obligación de transferir el derecho de dominio. De suerte que para el delegado a-quo ostenta la calidad de proveedora que participa en la relación de consumo porque sin su mediación sería imposible el traspaso a la convocante del Lote 33 y Casa 33 de la Urbanización Peñón Verde. Expuso, además, que Yazmín Lombana Romero agotó el procedimiento previo de reclamación directa.

Seguidamente descendió al caso y expuso que es un tema relacionado con la efectividad de la garantía –la entrega material del producto y el registro correspondiente (artículo 11 Ley 1480 de 2011)-. Consideró que la construcción de la Casa 33 no está terminada, pero la beneficiaria de área y la constructora negociaron respecto de la obligación de la fiduciaria de transferir el dominio del Lote 33, y no se ha acatado ese deber. En esencia, el delegado dijo que adoptaba una solución en aplicación del artículo 58 del Estatuto del Consumidor –núm. 9 resolver las pretensiones en la forma en que se considere más justa para las partes-, a cuyo efecto estimó que lo más acertado era que las demandadas otorgaran la propiedad del Lote 33 a la demandante con cargo a los

\$215.710.000 que ésta pago a título de aportes como beneficiaria de área, para lo cual se apoyó en el avalúo del fundo que presentó el perito, prueba que se decretó de oficio.

LA APELACIÓN

Persiste la fiduciaria, en su calidad de vocera y administradora de los patrimonios autónomos demandados, en que cumplió con las obligaciones que se adquirieron en el contrato de vinculación con beneficio de área, toda vez que realizó los giros de los recursos con destino al proyecto inmobiliario y no ha otorgado la E.P., en razón de que *‘la posición a título de beneficio fiduciario de la unidad inmobiliaria correspondiente en la fecha y en la notaría que el fideicomitente indique a los beneficiarios, escrituras públicas que a la fecha no han sido recibidas por mi representada para la suscripción de las mismas’*; adujo que la entrega material del inmueble está a cargo del fideicomitente constructor, de allí que la fiduciaria no puede ser responsable por trámites pendientes de terceros ya que no hay ningún tipo de solidaridad con el Grupo Colcasa Red Inmobiliaria Sas.

Agregó que los patrimonios autónomos no son productores ni proveedores; que no se ha causado ningún perjuicio; el contrato de vinculación no contenía cláusulas abusivas; y que no es procedente censurar que en el convenio no se hubiera establecido un plazo para la transferencia del derecho de dominio. Por último, expuso que hay una imposibilidad jurídica para ejecutar la sentencia ya que el inmueble se encuentra embargado y alegó una ‘prescripción’, sin exteriorizar ningún tipo de argumento.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 328 del Cgp, el juzgador de segunda instancia “*deberá pronunciarse **solamente** sobre los argumentos expuestos por el apelante*”, que son aquellos sobre los cuales debió versar la sustentación de la alzada realizada ante el superior, delimitados por los reparos concretos formulados al momento de interponer el recurso (art. 322 *ibídem*); el debate, entonces, queda restringido al temario planteado al recurrir, siendo de destacar, en este caso, que la parte demandada es apelante único.

2. Se confirmará la sentencia impugnada, puesto que los reproches de la parte demandada no consiguen derribar los fundamentos que tuvo la Superintendencia de Industria y Comercio para ordenar que a título de efectividad de la garantía se transfiriera a Yazmín Lombana Romero el derecho de dominio del Lote 33 de la Urbanización Peñón Verde, todo lo cual se desarrolla a continuación:

2.1. De entrada se precisa que los patrimonios autónomos Fideicomiso Recurso Peñón Verde y Fideicomiso Parqueo Peñón Verde, administrados por su vocera Acción Sociedad Fiduciaria S.A., en atención a las vicisitudes propias de este caso sí tienen la calidad de proveedores, como lo determinó el a-quo, de allí que la Sic dadas sus especiales facultades para administrar justicia estaba habilitada para resolver el diferendo.

Sobre la anterior premisa la sala pone de presente que las funciones jurisdiccionales otorgadas a entidades de carácter administrativo tienen su fundamento en el artículo 116 de la Constitución Política, al preceptuar que “*Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades*

administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos”.

Ahora bien, en desarrollo de ese precepto de rango superior, la legislación procesal civil previó en el artículo 24 del Cgp el ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas. Tratándose de la Superintendencia de Industria y Comercio, el numeral 1. (a) reguló que conocerá de los procesos que versen sobre: *‘la violación a los derechos de los consumidores establecidos en el Estatuto del Consumidor’*. A su vez, la Ley 1480 de 2011 tiene como objeto regular los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente en las relaciones de consumo.

Es decir, la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, adicional a los temas de competencia desleal, está circunscrita a relaciones de consumo entre consumidores finales con los productores o proveedores de bienes o servicios. Ahora bien, el proveedor, según el numeral 11 del artículo 5 del Estatuto del Consumidor, es todo aquel que de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro.

En el presente caso la Acción Sociedad Fiduciaria S.A., en la calidad ya mencionada, adquirió compromisos de gran relevancia en la relación de consumo que se entabló con la beneficiaria de área para que ésta adquiriera unos de los inmuebles de la Urbanización Peñón Verde, en tanto que se obligó, en primer lugar, a administrar los recursos de los participantes y entregarlos al constructor fideicomitente una vez se lograra el llamado punto de equilibrio, pero además tenía el deber de transferir el dominio, que en esencia es el objetivo medular del contrato

de vinculación como beneficiario de área, o cuando menos, la pretensión primordial de la demandante.

En esencia, se tiene que Yazmín Lombana Romero bajo la figura de vinculación en fiducia celebró un contrato con los demandados para adquirir la propiedad de unos bienes –relación de consumo-, donde los patrimonios autónomos, por medio de la fiduciaria, tenían débitos propios para que el objeto del contrato se cumpliera, de allí que cuando menos están participando indirectamente en la comercialización del proyecto Urbanístico Peñón Verde, lo que les da la condición de proveedores para resistir las pretensiones de la demanda. Y es que incluso, si la petición de que se haga dueña a la demandante a título de efectividad de la garantía es un deber a cargo de la fiduciaria como vocera y administradora de los patrimonios autónomos, la simple lógica la obliga a que deba ser llamada a soportar la efectividad de la garantía bajo el ámbito de la protección a los consumidores, pues su vinculación se torna en obligatoria dadas las obligaciones que asumió en el contrato de vinculación como beneficio de área.

2.2. Expuesto lo precedente y descendiendo al caso que concentra la atención de la sala, se tiene que no hay discusión alguna en torno a que en el año 2015 los contendientes celebraron el contrato de encargo fiduciario de vinculación No. 1200044348, el cual tuvo como fin que la demandante se hiciera al derecho de propiedad del Lote 33, como de la Casa 33 que se iba a edificar en el fundo en mención y en desarrollo del proyecto Urbanización Peñón Verde. Ahora bien, verificado el contrato en referencia², como el de constitución de la fiducia para el desarrollo general del proyecto, se tiene que las principales obligaciones de los negociantes fueron las siguientes:

² Páginas 52-65 del archivo 'ilovepdf_merged(52)'.

a. Yazmín Lombana Romero se comprometió a entregar a título de recursos como beneficiaria de área la cifra de \$415.000.000. En el expediente está probado que de esa cantidad sufragó \$215.710.000, como da cuenta la certificación que expidió Acción Sociedad Fiduciaria S.A.³, entidad que a lo largo del proceso aceptó que la convocante pagó dicha suma de dinero.

b. El Grupo Colcasa Red Inmobiliaria Sas, sociedad constructora y fideicomitente, se obligó al desarrollo del proyecto urbanístico, lo que incluía la entrega material del fundo a Yazmín Lombana Romero.

c. Los patrimonios autónomos demandados, en cabeza de su vocera Acción Sociedad Fiduciaria S.A., tenían la administración de los recursos de los beneficiarios de área, como su posterior entrega al constructor; en la fiduciaria, bajo la calidad ya expuesta, campeaba el débito de otorgar la E.P. con la cual se iba a transferir la propiedad a la convocante.

Ahora bien, en el *sub judice* lo que se denunció fue que los demandados no honraron el contrato comoquiera que no se construyó la Casa 33 sobre el Lote 33, lo que condujo a que no se hubiera efectuado escrituración alguna para la tradición del inmueble –acto que en esencia, se puede desplegar sin la edificación de la Casa 33-. La pretensión de la demanda es que se transfiera el derecho de dominio con ocasión de los recursos que la convocante alcanzó a sufragar. Es decir, la transferencia de la propiedad del terreno, pero sin la construcción que se debía implantar, puesto que está probado con el dictamen pericial que obra en el expediente, que la demandada Grupo Colcasa Red Inmobiliaria Sas, no edificó la referida Casa 33.⁴

³ Página 7 del archivo ‘ilovepdf_merged(52)’.

⁴ Archivo ‘ilovepdf_merged (60)’.

Bajo estas premisas se sigue que en el litigio no se está pidiendo que se cumpla íntegramente a título de efectividad de la garantía el contrato de vinculación con beneficio de área, sino una especie de solución parcial a los compromisos adquiridos por los negociantes. Al respecto, se tiene que mediante correos electrónicos que se cruzaron entre la demandante y el señor Oscar Eduardo Galindo López –R.L. de la constructora fideicomitente-, se acordó lo acá expuesto, esto es, que con cargo a la cifra de \$215.710.000 que la beneficiaria de área alcanzó a pagar se iba a transferir a ésta el Lote 33 del proyecto Peñón Verde. Inclusive, esa fue una consideración probatoria que el delegado halló en la sentencia de primera instancia y sobre la cual no hubo reparo en la apelación.

2.3. Así, entonces, si bien es cierto que la fiduciaria no era la encargada de la construcción del proyecto inmobiliario –como lo repara en su apelación-, lo cierto es que dado el incumplimiento del Grupo Colcasa Red Inmobiliaria Sas, sociedad que después de aproximadamente siete años solo adelantó mínimas obras en el Lote 33, se presentó un posterior acuerdo para otorgar el dominio del fundo sin la construcción de la denominada -pero inexistente Casa 33-, que sumado a la facultad que tiene la Superintendencia de Industria y Comercio para resolver de la forma en que se considere es la más justa para las partes⁵, conllevó al a quo a convalidar lo que mencionan los cruces de correos electrónicos: se repite, que el Lote 33 en el estado en que se encuentra sea transferido a la demandante con cargo a los \$215.710.000 que canceló.

Y es que de un análisis objetivo del litigio se sigue que Yazmín Lombana Romero tenía la intención de cumplir con el pago de todos los recursos

⁵ Numeral 9 del artículo 58 del Estatuto del Consumidor: “Al adoptar la decisión definitiva, el Juez de conocimiento o la Superintendencia de Industria y Comercio resolverá sobre las pretensiones de la forma que considere más justa para las partes según lo probado en el proceso, con plenas facultades para fallar infra, extra y ultrapetita, y emitirá las órdenes a que haya lugar con indicación de la forma y términos en que se deberán cumplir”.

con cargo al desarrollo del proyecto inmobiliario, pero fue la omisión de la constructora lo que impidió que se llevara a buen fin la tradición del Lote 33, junto con la casa 33. De donde, en sentir de la sala, es plausible la solución por la que optó el fallador en razón de las excepcionales determinaciones que podía adoptar en conflictos relacionados con la protección al consumidor, puesto que el Lote 33 fue avaluado por el perito en \$235.319.000, cifra que aunque es un poco mayor a los recursos que entregó la demandante, se debe tener en cuenta el tiempo que ésta no pudo usufructuar y/o disponer del dinero por haberlo pagado para el cumplimiento del contrato, lo que compensa la diferencia entre \$215.710.000 y \$235.319.000.

Pero es que además, las órdenes concretas de la sentencia impugnada fueron que los demandados procedan, a título de efectividad de la garantía, a entregar materialmente y a escriturar a nombre de Yazmín Lombana Romero el Lote 33 identificado con el F.M No. 307-91254. Ahora, el deber de transferir la propiedad sí estaba a cargo de uno de los patrimonios autónomos que administra Acción Sociedad Fiduciaria S.A. –obligación pendiente de cumplir-. Por manera que al margen de que se alegue que no hay ningún tipo de solidaridad entre fideicomitente y fiduciaria, la sentencia dispuso que cada uno de los demandados debe cumplir con los compromisos que adquirieron en el negocio de vinculación: la fiduciaria deberá otorgar la respectiva escritura pública y el Grupo Colcasa Red Inmobiliaria Sas será el encargado de la entrega material del Lote 33 a la demandante.

En resumen de lo expuesto, el tribunal considera que el fundamento de la fiduciaria para justificar que ha cumplido con el contrato parte de un argumento que tenía como sustento las condiciones iniciales del negocio de vinculación, en el que el deber de transmitir el bien se activaba una

vez fuera construida la edificación Casa 33 sobre el Lote 33, pero como posteriormente, se repite, la beneficiaria de área y el constructor modificaron el acuerdo en el sentido de que ya no se iba a construir la Casa 33 –aspecto reconocido probatoriamente en la sentencia de primera instancia y no cuestionado en sede de apelación-, tal circunstancia justifica que el tribunal convalide las órdenes impartidas por la delegatura para asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, habida cuenta que de aceptarse el reparo de la pasiva, esto es, que se transmite la propiedad una vez se construya la Casa 33, sería mantener a la demandante en una situación que no debe soportar, comoquiera que los dineros que sufragó se encontrarían atados a una edificación de la que el constructor ha mostrado la falta de intención en realizar, a tal punto que ni siquiera acudió al proceso a ejercer su derecho a la defensa y a la réplica

3. De otro lado, en punto a los reparos que no se entienden contestados con lo ya discurrido, la sala precisa lo siguiente: (i) en el *sub lite* no se formuló discusión alguna sobre la obligación que tenía la fiduciaria de entregar al constructor los recursos que pagó la beneficiaria de área, puesto que la contienda estaba delimitada a la escrituración del inmueble Lote 33 de la Urbanización Peñón Verde; (ii) tampoco se encuentra en litigio la causación de perjuicios –el caso se dilucidó en el contorno de la figura jurídica de la efectividad de la garantía-; (iii) la demandante no pretendió que se excluyeran del contrato de vinculación cláusulas que pudieran tener el carácter de abusivas; (iv) se adujo que el inmueble se encuentra embargado, lo que truncaría el cumplimiento de la sentencia, pero el certificado de tradición que obra en el expediente digital del predio identificado con la M.I. No. 307-91254 –expedido el 10 de febrero de 2021- no contiene anotaciones respecto de medidas de embargo; y (v) la ‘prescripción’ no se invocó en la contestación de la

demanda y de todos modos en la apelación tampoco se exteriorizó ningún tipo de argumento sobre el punto, de allí que la simple enunciación en verdad no contiene reparo alguno en contra de la sentencia de primera instancia.

4. En definitiva, como los reparos no logran socavar los fundamentos de la sentencia impugnada, la misma será confirmada y se impondrá la consecuente condena en costas.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en Sala de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia apelada, fechada 26 de agosto de 2022, proferida por la delegatura para asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio. Costas a cargo de la parte apelante. El magistrado sustanciador fija como agencias en derecho de segunda instancia la suma de \$1.000.000. Liquídense (art. 366 Cgp). Devuélvase el expediente

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

ÓSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO

Radicado: 1100 1319 9001 2021 60338 01

Firmado Por:

German Valenzuela Valbuena
Magistrado

Sala 019 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Oscar Fernando Yaya Peña
Magistrado
Sala 011 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Juan Pablo Suarez Orozco
Magistrado
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **adf5d811e30774b14cca6335bf45ee16a4c9346b2b2461351782b3160accbae**

Documento generado en 17/11/2022 04:39:50 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL**

Bogotá, D.C., diecisiete de noviembre de dos mil veintidós.

Proceso: Verbal
Demandante: María Oliva Vargas Bonilla
Demandado: María Consuelo Casas Flórez y otros.
Radicación: 110013199002201600395 03
Procedencia: Superintendencia de Sociedades
Asunto: Apelación de sentencia

Se fija la suma de \$2'000.000,00 como agencias en derecho de esta instancia.

Notifíquese,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

-2-

Firmado Por:
Ruth Elena Galvis Vergara
Magistrada
Sala Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **01417f8dcc576573e0b87935a40974fb0a83503a8ddb33f3d8db7dedd9822293**

Documento generado en 17/11/2022 12:36:50 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL**

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Bogotá, D.C., diecisiete de noviembre de dos mil veintidós

Ponencia presentada y aprobadas en Sala Civil de Decisión de 9 de noviembre de 2022.

Proceso: Verbal
Demandante: María Oliva Vargas Bonilla
Demandado: María Consuelo Casas Flórez y otros.
Radicación: 110013199002201600395 03
Procedencia: Superintendencia de Sociedades
Asunto: Apelación de sentencia
SC-041/22.

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación provocado por la parte actora contra la sentencia emitida el 9 de marzo de 2022 por la Superintendencia de Sociedades, Dirección de Jurisdicción Societaria I.

ANTECEDENTES

1. María Oliva Vargas Bonilla, en calidad de propietaria del establecimiento de comercio Invermedica, formuló demanda de “*levantamiento del velo corporativo*” contra María Consuelo Casas Flórez, Carolina Garzón Celis, Luís Fernando Mesa Suárez, Jaime Enrique Burgos Sánchez y M & B Logística e Inversiones Ltda. a fin de que se hicieran las siguientes declaraciones, conforme a la reforma de la demanda¹:

1.1. Declarar que M & B Logística e Inversiones Ltda. en liquidación se utilizó para hacer fraude a terceros, con la finalidad de realizar negocios con el establecimiento de comercio Invermedica de propiedad de la actora.

¹ Archivo 64 y admite la reforma archivo 68.

1.2. Declarar la desestimación de la personalidad jurídica de la empresa M & B Logística e Inversiones Ltda., para que en su lugar respondan solidaria, ilimitada y patrimonialmente los socios por las defraudaciones causadas a Invermedica.

1.3. Condenar a los demandados a pagar a la demandante, solidaria e indivisiblemente, la indemnización de perjuicios por daño patrimonial por \$118.006.999, a título de “*lucro dejado de percibir (...)*”

1.4. Condenar a los demandados en costas.

2. La *causa petendi* expuesta, admite la siguiente síntesis:

2.1. M & B Logística e Inversiones Ltda. en liquidación celebró con Invermedica contratos de compraventa de mercancía durante los años 2009 y 2010, los cuales fueron garantizados con facturas cambiarias.

2.2. La sociedad convocada se creó con el único objetivo de realizar una serie de negociaciones con el establecimiento de comercio convocante.

2.3. La demandada no cumplió con el pago de sus obligaciones con la demandante, motivo por el que esta última promovió proceso ejecutivo para el pago de las facturas cambiarias de compraventa, radicado 2010-00685 que actualmente cursa en el Juzgado 1º Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias y, en el litigio se ordenó seguir adelante la ejecución.

2.4. Los socios de la empresa demandada repartieron ganancias del negocio sin haber hecho el pago a los acreedores como se evidencia en la falta de manejo de los libros de contabilidad.

2.5. El incumplimiento de las cargas sociales previstas en el Código de Comercio, se hizo con el fin de defraudar a los actores.

2.6. Está en firme una liquidación del crédito a favor de la actora con cargo a la demandada por \$118.006.999, que no ha podido recaudarse por cuando aquella se insolventó, no rindió cuentas de los activos para cruzarlas con los pasivos.

2.7. Los socios no iniciaron proceso de insolvencia, ni llevaron la contabilidad, ni aportaron las cuotas de participación, ni asumió su defensa en el proceso ejecutivo, ni ejecutó sus deberes empresariales como un buen padre de familia.

2.8. Los demandados hacen alusión a la compensación de deudas por un presunto negocio que llevaban con la demandante, pero no se tuvieron en cuenta los costos y deducibles en los que tuvo que incurrir

la convocante. En suma, la utilidad neta no supera el 20% del valor que la demandada afirma.

3. En auto del 4 de enero de 2017 se admitió la demanda y de ella se corrió traslado a los demandados.

3.1. Una vez notificados los demandados formularon excepciones previas de falta de competencia, inepta demanda por falta de los requisitos formales e indebida acumulación de pretensiones², que en auto del 17 de agosto de 2017 se declararon no probadas³.

Por otro lado, contestaron la demanda y plantearon las excepciones de fondo denominadas *“falta de los requisitos formales e indebida acumulación de pretensiones, temeridad y mala fe”*⁴.

Y al pronunciarse sobre la reforma de la demanda agregaron como defensas de mérito *“habérsele dado a la demanda trámite de un proceso diferente al que le corresponde; cosa juzgada; cobro de lo no debido; compensación de deudas; inexistencia de dolo o culpa del demandado – temeridad y mala fe de la demandante; de la inexistencia de causal para levantar el velo corporativo”*.

3.2. Adelantado todo el trámite que en derecho correspondía, el *a quo* resolvió el fondo del asunto y negó las pretensiones.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Expuso el juzgador de primer grado los siguientes argumentos:

La acción de desestimación de la personalidad jurídica implica satisfacer una carga probatoria significativamente alta y de las pruebas practicadas no se infirió que los demandados, en su condición de socios y uno de ellos administrador de M&B Logística e Inversiones Ltda., hubieran promovido intencionalmente actos fraudulentos directamente orientados a evadir el pago de la obligación social invocada por la demandante, como tampoco abusado del atributo de limitación de responsabilidad propio de la sociedad.

La labor probatoria de la demandante se encaminó a acreditar la existencia de obligaciones a cargo de M&B Logística e Inversiones Ltda. y su incumplimiento, así como posibles omisiones en la estricta observancia de los deberes a cargo de los administradores sociales y de trámite y ritualidades propios de las sociedades; sin que el incumplimiento contractual sea suficiente para que se aplique la sanción de desestimación de la personalidad jurídica.

² Archivo 17 excepciones; Archivo 35 Excepciones previas; archivo 37 excepciones; archivo 39 excepciones previas.

³ Archivo 50 y archivo 76

⁴ Archivo 16 contestación demanda, PDF denominado 1principal-1 y Archivo 34 Contestación demanda; archivo 36 contestación; archivo 38 contestación.

Agregó que, si la compañía incumplida no celebra reuniones del máximo órgano social, no lleva estrictamente la contabilidad por cada ejercicio social, no presenta un proyecto de distribución y repartición de utilidades a los asociados y no adelanta el trámite de disolución y liquidación con arreglo a la ley, son circunstancias que, por sí solas, no ameritan la extensión de responsabilidad a los asociados, acarrearían declarar infracciones a los deberes de los administradores, más no conduce a concluir un abuso del atributo de limitación de responsabilidad que finalmente beneficia es a los socios. Es más, ni siquiera si concurrieran probadas tales exigencias legales, que no pueden considerarse actos defraudatorios bajo la acción iniciada, la señora Vargas Bonilla habría necesariamente tenido la garantía del pago de la obligación. El fraude a terceros acreedores suele concretarse mediante actos directamente orientados a la despatrimonialización de la compañía obligada con el propósito de evadir el cumplimiento de la obligación invocada.

En el proceso no quedó claro si M&B Logística e Inversiones Ltda. tuvo alguna vez la solidez patrimonial necesaria para haber atendido la obligación reclamada por la señora Vargas Bonilla. Tampoco se probó que, pese a ello, los socios propiciaran alguna distracción de los activos que le servían de respaldo al pasivo social en condiciones reprochables y con el único propósito de no cumplir. Ni siquiera aparece claro que los asociados hubieran tenido injerencia directa en el simple incumplimiento alegado, sumado a que tampoco tendrían necesariamente por qué tenerla, pues para el efecto delegaron la administración en un representante legal. Es más, pareciera que hubo intención de pago inicialmente por parte de la compañía, pues en el interrogatorio absuelto por la demandante ante el Juzgado 15 Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá, reconoció que se habían realizado unos abonos a la obligación y que el cliente de M&B Logística e Inversiones Ltda., esto es, la Clínica Montería, le fue “cedido” con el fin de atender parte de los montos adeudados. Lo propio manifestaron los demandados al contestar la demanda.

Advirtió que, sobre incumplimientos contractuales o si se está cobrando lo no debido por aplicación de una presunta compensación de deudas, no eran temas sobre los que debiera definirse, pues tales asuntos exceden las facultades jurisdiccionales excepcionales a cargo de la Superintendencia. Añadió, que aunque no se probaron actos defraudatorios promovidos por los socios demandados para evadir el pago de la obligación, sí están legitimados para ser demandados bajo la acción iniciada, pues, de haberse desconocido el beneficio de limitación de responsabilidad, ellos habrían sido los directos destinatarios de la sanción. Además, no operó la cosa juzgada invocada por los demandados, como quiera que mediante el proceso ejecutivo se busca el cobro forzoso de una obligación por parte de la

sociedad directamente obligada, al paso que con la presente acción se busca extender responsabilidad a sus socios.

Por tanto, desestimó las pretensiones formuladas.

LA APELACIÓN

El apoderado de la parte actora apeló la decisión, soportando su disenso en los argumentos que ante esta instancia desarrolló así:

Indebida valoración probatoria, habida cuenta que, en su criterio, las pruebas allegadas demuestran los hechos defraudatorios: la empresa está constituida desde el 28 de julio de 2008 y no ha cambiado ni de socios ni de representante; el hecho de que no lleve de forma legal los libros contables ni papeles de comercio impone aplicar el artículo 67 del Código de Comercio, los representantes manifestaron que no llevaban una contabilidad formal lo que acredita la mala fe de la empresa y socios. Además, entró la compañía en estado de disolución y liquidación desde el 12 de julio de 2015 y han transcurrido 5 años sin que se conozcan los resultados de la misma.

No se tuvo en cuenta que la sentencia del Juzgado Civil del Circuito data de mayo de 2013 en la que condenó a la demandada al pago de \$118.006.999; no obstante, han transcurrido más de 8 años sin que se demuestre un interés genuino en el pago de esa obligación.

En las declaraciones tanto de los representantes como de sus socios son evidentes de mala fe.

CONSIDERACIONES

1. Con la presencia de los llamados presupuestos procesales de la acción y sin que se advierta la incursión en causal que pueda viciar de nulidad lo actuado, están dadas las condiciones para que esta Corporación decida de fondo la instancia.
2. Preliminarmente se advierte que la Sala de Decisión se pronunciará única y exclusivamente acerca de los reparos señalados por el apelante en la primera instancia, sustentados ante esta Sede, atendiendo la pretensión impugnativa que rige, el recurso de apelación, de conformidad con lo regulado en los artículos 320, 327 y 328 de la Ley 1564 de 2012.
3. Se discutió en primera instancia el levantamiento del velo corporativo por cuanto, en criterio del actor, defraudó a la convocante como acreedora y, la sustentación de la apelación se centró en una indebida valoración probatoria.

3.1. La figura de la desestimación de la persona jurídica sus presupuestos y efectos, ha sido desarrollada por la doctrina, acotando que « (...) la intención de utilizar la sociedad como un intermediario para cumplir actividades que le estarían vedadas a la persona natural, tal circunstancia podría darse, por ejemplo, cuando a la sociedad se le utiliza para evadir disposiciones legales (...)»⁵ dado que, « (...) mediante la denominada desestimación de la personalidad jurídica, las autoridades judiciales pueden hacerle extensiva, a los accionistas de una compañía, la responsabilidad por las obligaciones sociales insolutas, en hipótesis de fraude o abuso»⁶.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha explicado:

“2. La desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad. La constitución de las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, por acciones simplificadas, entre otras que tienen un marcado rasgo de capital, tiene como uno de sus principales propósitos que, al crear una persona jurídica distinta de sus socios (art. 98 C. de Co., inc. 2), se limita la responsabilidad de estos y de aquellas frente a los terceros con quienes despliega relaciones en desarrollo de su objeto social, entre otros aspectos.

La concepción separatista de los patrimonios de la sociedad y de sus socios o accionistas, incentivo propio de la actividad empresarial, impide a los acreedores de estos, en ejercicio de su derecho de prenda general (art. 2488 C.C.), dirigirse sobre el patrimonio de la compañía, y lo propio corresponde a los acreedores del ente por verse imposibilitados de valerse de los bienes de aquellos para satisfacer su crédito, en tanto únicamente pueden centrar su mirada en el acervo patrimonial de la persona deudora.

Por supuesto que la aludida noción separatista de los patrimonios revela múltiples y valiosos beneficios¹, como la disminución para los socios de los costos de coadministración o vigilancia de los administradores de la sociedad, porque de concebirse la extensión de la responsabilidad de tales personas jurídicas a sus accionistas, las cargas producidas por el albur normal de la actividad económica o, incluso, la deficiente administración del ente moral, irradiarían de forma directa a los socios; asimismo torna innecesaria la vigilancia de las actividades entre coasociados y de la sociedad para con ellos, pues en un sistema de responsabilidad ilimitada la insolvencia de cualquiera comporta mayor riesgo para los demás, ante su solidaridad y la posibilidad para los acreedores de la sociedad de perseguir a los socios y viceversa; la circulación libre de las acciones en el mercado de valores incentiva a los equipos directivos a ser eficientes, por la posibilidad de verse relevados ante el ingreso de nuevos grupos inversionistas; no es necesario para conocer el valor real de una compañía que los inversionistas tengan que asumir mayores costos, al poder extraerlo, en principio, del valor de las acciones en las condiciones del mercado; y por los factores precedentes resulta viable la diversificación de inversiones de portafolio; entre muchas otras ventajas.

⁵ Francisco Reyes Villamizar. Derecho Societario, Tomo I, Editorial Temis, Bogotá D.C. 2006.

⁶ Ibidem.

Incluso, la separación patrimonial y, por ende, la responsabilidad de la sociedad respecto de sus socios, igualmente genera más beneficios para los acreedores que adversidades. De lo contrario estos serían forzados a exigir garantías al ente moral cada vez que realicen cualquier negocio; traduciría menos empresas y mínima diversificación de actividades comerciales por el temor de que en cada una los socios arriesgan la totalidad de su patrimonio; y sería en sumo más ardua para los acreedores la persecución de los socios en aras de obtener la satisfacción de la deuda, en vez de conminar a la sociedad.

Precisamente, la jurisprudencia constitucional sobre el punto, in extenso, razonó que «[n]egar la garantía de la separación patrimonial entre socios y sociedad es desconocer la naturaleza jurídica autónoma de una persona moral, e implica privar a la economía, al derecho y al Estado de la principal herramienta para fortalecer el crecimiento y el desarrollo como pilares fundamentales de la Constitución Económica. La canalización de recursos financieros a través de acciones constituye una típica fórmula de inversión social y económica. Es inversión económica, pues los grandes capitales logran realizar importantes proyectos económicos en beneficio del país. Es inversión social, ya que la empresa constituye no sólo el principal generador de empleo y bienestar, sino también el mayor contribuyente fiscal del Estado. (...) En consecuencia, la inexistencia de limitación de responsabilidad pondría fin al mercado de valores, pues sería imposible conocer el valor real de una acción. En efecto, ya no sólo sería necesario tener conocimiento acerca de la información financiera de la compañía a la cual se pretende invertir (loable propósito que cumplen los estados financieros debidamente registrados), sino que también debería estudiarse las declaraciones tributarias, las constancias de ingresos, los recursos patrimoniales, los gastos familiares y aún los personales de cada uno de los socios. Misión que además de ser excesivamente onerosa y poco eficiente, en la práctica podría llegar a constituir una manifiesta violación a la garantía constitucional de la intimidad. Así las cosas, si las personas jurídicas de riesgo limitado son pilares estructurales para el desarrollo del país, no admite discusión alguna que el hecho de asistir al desaparecimiento de sus atributos pondría en riesgo la estabilidad y el orden económico como fines esenciales del Estado, previstos tanto en el preámbulo como en los artículos 1°, 25, 39, 150-8, 189-24, 333 y 334 de la Constitución Política.» (Corte Constitucional, sentencia C-865 de 2004).

*2.1. Sin embargo, como el modelo asociativo puede ser empleado para abusar de los derechos propios, defraudar a terceros o a la ley, verbi gratia, con la interposición societaria, que ocurre cuando la asociación tiene el propósito de servir de intermediario para realizar actos prohibidos a una persona natural o cuando el ente moral es utilizado con el propósito de eludir normas reguladoras del comercio, de la competencia desleal, tributaria, políticas, entre otras, comenzó a hablarse de la «crisis de la personalidad jurídica»².
(...)*

Total, las banderas de la separación patrimonial y personificación jurídica de los entes morales no pueden alzarse como patente de corso, con el fin de autorizar la realización de actos contrarios a

máximas que, integradas a los sistemas jurídicos modernos, llegaron a morigerar los alcances de la autonomía privada, tales como la buena fe, la prohibición de abuso del derecho y la ineficacia del fraude a la ley.
(...)

2.2. Remárcase, como el dispositivo de separación patrimonial entre la sociedad y sus asociados o accionistas no puede convertirse en sucedáneo de fraudes, ya que el ente empresarial despliega sus actividades erigido en el principio de la buena fe (art. 83 C.P., 1603 C.C. y 871 C. de Co.), no para disfrazar actividades fraudulentas, ni para propósito distinto para el que fue creado conforme a sus estatutos (art. 99 C. de Co.), entre otros eventos, en el ordenamiento jurídico floreció a título exceptivo a la regla general de la separación patrimonial y consecuente limitación de responsabilidades entre los socios y la entidad de capitales (art. 252 C. de Co.)⁴, la figura de la «desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad», también denominada levantamiento del velo corporativo, entre otros. Bien se ha dicho que la «falta de lealtad respecto a un acto o una conducta debe ser sancionada con la desestimación»⁵.

Consiste en el desconocimiento, por vía judicial, del sistema de separación patrimonial surgido con ocasión de la constitución regular del ente mercantil, para hacer responsable patrimonialmente a alguno o algunos de sus socios o accionistas, a los administradores o a quienes se beneficiaron de un determinado acto fraudulento, de las obligaciones derivadas de este, así como de cualquier daño causado a terceros.

Sobre tal instituto la Corte Constitucional doctrinó que «las personas asociadas no pueden ser llamadas a responder por el beneficio o lucro que reporten de la explotación de una actividad lícita, pues el supuesto del cual depende la existencia de la responsabilidad es la comisión de un daño sobre los derechos de los demás. En este orden de ideas, cuando se vulnera el principio de buena fe contractual y se utiliza a la sociedad de riesgo limitado no con el propósito de lograr un fin constitucional válido, sino con la intención de defraudar los intereses de terceros, entre ellos, los derechos de los trabajadores, es que el ordenamiento jurídico puede llegar a hacer responsables a los asociados, con fundamento en una causa legal distinta de las relaciones que surgen del contrato social. Es entonces en la actuación maliciosa, desleal o deshonestas de los accionistas generadora de un daño para con los terceros, en donde se encuentra la fuente para desconocer la limitación de la responsabilidad y exigir de los socios la reparación del daño acontecido.» (Corte Constitucional, sentencia C-865 de 2004).

Y en la misma providencia refirió que «[e]stas herramientas legales se conocen en la doctrina como la teoría del levantamiento del velo corporativo o ‘disregard of the legal entity’ o ‘piercing the corporate veil’ cuya finalidad es desconocer la limitación de la responsabilidad de los asociados al monto de sus aportaciones, en circunstancias excepcionales ligadas a la utilización defraudatoria del beneficio de la separación. Al respecto, ha sostenido la doctrina: “El ente hermético se abre siempre que surja o se perciba un asomo de mala fe, fraude, abuso del derecho o simulación. Así mismo cuando se forma para

burlar el ordenamiento jurídico, o si después de constituida con arreglo a la ley se desvía de su finalidad, o la persona es utilizada para actos o propósitos ilícitos, se configura el ejercicio anormal de un derecho que merece correctivos para que no persista el abuso”». (Corte Constitucional, sentencia C-865 de 2004).

“2.3. Los casos prototipo de desestimación de la personalidad jurídica están vinculados a la utilización de la sociedad para transgredir una disposición legal, causar perjuicios o evadir obligaciones contractuales, por un comportamiento atribuible a los socios o a los administradores, tales como -aunque sin ánimo de exhaustividad-:

I) La instrumentalización de una filial por parte del controlador, con el fin de realizar propósitos que únicamente interesan a la última. Significa que el ente moral se vuelve un utensilio del socio con mayor poder económico o político, quien lo emplea para satisfacer sus necesidades individuales, sin consideración a su propia personificación. (...).

II) La administración de la sociedad en transgresión de las formalidades legales y estatutarias; huelga decirlo, la realización del objeto social en conculcación directa del ordenamiento que rige a la sociedad, siempre que este proceder se haga de forma dolosa o para satisfacer un interés que es propio de los asociados. (...)

III) Confusión de patrimonios y negocios entre la sociedad y todos o algunos de socios; esto es, una intercomunicación patrimonial y/u operacional que dificulta distinguir entre los bienes de los aportes de capital y los del ente moral, al punto de comportarse como unidad. (...)

IV) Fraude a socios o acreedores, como cuando la sociedad es usada para evadir el cumplimiento de obligaciones, responsabilidades, disimular bienes, burlar intereses del fisco, servir de testaferro, etc.

Esta situación se producirá, por ejemplo, «cuando dos personas se comprometen frente a una tercera a no realizar actos similares frente a otras personas; pero para evitar tal compromiso los dos primeros constituyen una sociedad a fin de que se realicen los actos que a los socios están impedidos a título personal»⁷

V) Infracapitalización de la sociedad, que ocurre cuando la sociedad se crea sin el capital razonablemente requerido para desarrollar el objeto social propuesto.

(...)

Para recapitular, en respuesta a la necesidad de evitar que las sociedades se utilicen de forma contraria a su razón de ser, como es desarrollar una actividad productiva, el ordenamiento patrio reguló distintas modalidades de desestimación de su personalidad jurídica, como facultad concedida a las autoridades judiciales para soslayar la separación patrimonial que es connatural a las sociedades de capital -y asimiladas- frente a sus socios, con el fin de hacer responsables a éstos de los actos de aquéllas, todo en aras de proteger a las personas defraudadas o afectadas.”⁸

Así, hizo remembranza de los artículos 71 y 207 de la ley 222 de 1995, del parágrafo del artículo 148 *ídem*, los artículos 49 numeral 8, 61, **82** de la ley 1116 de 2006, del artículo 42 ley 1258 de 2008; y la

⁷ Juan Trujillo Espinel, El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles y su desestimación. En Revista Jurídica On Line, 2010, p. 112.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC 643-2022, radicación No. 11001-31-99-002-2016-00158-01, 8 de junio de 2022, MP. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

ley 1564 de 2012 en su artículo 24 numeral 5 literal d), en los cuales halló la fuente normativa en la que de manera progresiva se ha reconocido la procedencia de la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades.

Particularmente y en cuanto al artículo 82 de la ley 1116 de 2006 puntualizó:

“Para esta Corte, del canon normativo inmediatamente anterior se desprenden como presupuestos axiológicos de la acción: I) el adelantamiento de un juicio de liquidación judicial de una entidad de índole mercantil; II) la existencia de conductas dolosas o culposas de sus socios, administradores, revisores fiscales o empleados; III) que estas conductas hubieren generado la disminución de la prenda general de los acreedores reconocidos en tal trámite; IV) y que los activos de la sociedad se muestren insuficientes para saldar el pasivo externo.

Por contera, sujeto activo de esta pretensión será cualquier acreedor externo reconocido en el juicio concursal, al paso que sujetos pasivos pueden ser los socios del ente moral, los administradores, revisores fiscales o empleados; y la responsabilidad de marras seguirá siendo subsidiaria, como es la prevista en los artículos 49 numeral 8 y 61 de la aludida compilación legal, por lo cual necesario es demostrar el estado de merma del patrimonio objeto de distribución para el buen suceso del petitum.”

3.2. Aquí es importante destacar que el artículo 164 de la Ley 1564 de 2012, como antes lo hacía el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, erige el principio de necesidad de la prueba en el baluarte principal de la decisión judicial, de manera que ésta solo sea el reflejo de los medios legal y oportunamente aportados al proceso, necesidad que se revela en **cada uno de los sujetos procesales**, de acuerdo con su interés frente al debate y que da surgimiento a la dinámica en que se tensan las razones de la dialéctica cuya conclusión debe resolverse a favor de una de ellas y en contra de la otra, conforme a la robustez de sus asertos.

El desconocimiento de este principio por los enfrentados, determina al fallador la adopción de decisión que, en todo caso desate la suerte de los derechos en conflicto, previo señalamiento del sujeto **a quien incumbía la carga de probar los supuestos fácticos aducidos en soporte de sus aspiraciones procesales**; era deber procesal del extremo demandante llevar al juzgador a la certeza de la responsabilidad exclusiva de la demandada, a través de los medios de convicción legal y oportunamente adosados a la causa.

De allí que, en el *sub lite*, era carga de la demandante llevar al convencimiento del juez a través de los elementos de prueba, la acreditación de todos y cada uno de los supuestos fácticos alegados en la demanda y en los que edificó sus pedimentos para así dar efectivo cumplimiento al artículo 167 de la Ley 1564 de 2012; máxime cuando la decisión judicial *“debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”* (artículo 164), y el elenco de

probanzas “deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos” (artículo 176).

3.3. Siguiendo los precedentes derroteros y aplicados al caso concreto, pronto se advierte que los presupuestos que estructuran la desestimación de la personería jurídica de la sociedad M & B Logística e Inversiones Ltda. carecen de respaldo probatorio.

Conforme se consignó en el libelo demandatorio y su reforma, la demandante finca sus aspiraciones en imputar que la sociedad tuvo fines defraudatorios por cuanto no “*rindió cuentas en la forma prescrita por la ley (...) no llevó libros contables*” y básicamente que no le pagó las sumas de dinero soportadas en unas facturas de cambio; en otras palabras, el comportamiento atribuido a la convocada es por eludir el cumplimiento de una responsabilidad pecuniaria.

Por consiguiente, se itera, era carga de la demandante acreditar todos y cada uno de los presupuestos necesarios para revelar la conducta engañosa con la que se gestó la sociedad, el ánimo defraudatorio de sus socios, como por ejemplo y entre otros, que hubo una eventual transferencia de activos a favor de los socios y/o representantes; o que el propósito de la creación de la sociedad obedeció a fines contrarios a la buena fe y lealtad que debe acompañar toda gestión societaria; en fin, actos encaminados a engañar a los acreedores del ente jurídico.

3.3.1. Sin perder de vista la antedicha premisa, importa recordar que, si tal y como lo disponen los artículos 83 de la Constitución Política y 769 del Código Civil, que en su orden consagran que “*Las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas*” y que “*La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria... En todos los otros, la mala fe deberá probarse*”, se sigue de ello, que quien afirma la ausencia de buena fe de su contrario, tiene la obligación, por un lado, de devastar la presunción que en beneficio de su opuesto consagran la Constitución y la ley y, por el otro, probar que el actuar de éste contradice la conducta recta, proba, honesta, leal y transparente a que se ha hecho mención.

En tal virtud, “*no cualquier proceder o alegación desvirtúa el postulado en comento o, más exactamente, la arraigada presunción que, como regla o principio rector, establece el ordenamiento en beneficio de todos. Ese actuar contrario podrá entonces hallarse -entre varios supuestos- en aquel comportamiento inequívoco que evidencie una postura incorrecta, desleal, desprovista de probidad y transparencia, que desconozca al otro, o ignore su particular situación, o sus legítimos intereses, o que esté dirigida a la obtención de un beneficio impropio o indebido, conforme se anticipó tangencialmente.*”⁹.

⁹ Ibidem.

No basta entonces, con aseverar que se actuó de mala fe, ni tampoco arrojar un manto de duda sobre el proceder de una persona (natural o jurídica), sino que es preciso demostrar inequívocamente el actuar malicioso.

3.3.2. Erigió su disenso el recurrente en que el proceder defraudatorio de los demandados se evidencia en la ausencia de libros contables lo que implicaba dar aplicación al artículo 67 del Código de Comercio, según el cual: *“Si el comerciante no presenta los libros y papeles cuya exhibición se decreta, oculta alguno de ellos o impide su examen, se tendrán como probados en su contra los hechos que la otra parte se proponga demostrar, si para esos hechos es admisible la confesión. Quien solicite la exhibición de los libros y papeles de un comerciante, se entiende que pone a disposición del juez los propios.”*

Para descartar la fundabilidad de tal cuestionamiento, baste indicar que en la audiencia celebrada el 15 de febrero de 2022 se decretaron las pruebas, entre ellas, se le ordenó a M &B logística e Inversiones Ltda. en liquidación para que aportara copia de todos los estados financieros, libros de contabilidad y libro de actas de la junta de socios del 2008 al 2012, que no fueron presentados por la demandada, frente a lo cual el a quo dijo *“(…) también va prescindir de estas pruebas documentales. Dicho lo anterior voy a tener por concluida la etapa probatoria (…)”*¹⁰ y, sin reparo alguno, seguidamente los abogados presentaron sus conclusiones finales.

La decisión del Juez de Primera Instancia de prescindir de los libros societarios y contables quedó en firme, es decir, se decidió omitir dicho material probatorio pese a haberlo decretado.

Ante este escenario, inviable es imponer la sanción que se deprecia, pues no puede desconocerse que previo a cerrar la etapa probatoria el a quo, prescindió del aludido medio suasorio, y ante tal decisión el interesado guardó silencio.

3.3.3. Al margen de lo anterior, el señor Jaime Burgos en calidad de representante legal de la sociedad convocada, efectivamente negó llevar los libros contables¹¹ que la ley dispone porque, en palabras del declarante *“duró muy poquito, no debimos como debía el trámite de inscripción de libros”* tuvieron solo un año de gestión¹² y, la primera actividad comercial fue *“el negocio de Montería”* con la actora y, aseguró que el único acreedor era Invermedica¹³, e incluso, el objeto social no se siguió desarrollando.

3.3.4. Es claro para la Sala que los comerciantes tienen el deber de efectuar la matrícula mercantil, así como inscribir en el registro mercantil todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exija esa formalidad, artículos 28, 48 del Código de Comercio.

¹⁰ Archivo 131 audiencia, record 14:17 a 14:24.

¹¹ Record 51:46

¹² Record 01:47:56

¹³ Record 01:52:09

El hecho de que la sociedad convocada no llevara registros contables, es decir, un registro de contabilidad que refleje su situación patrimonial, no implica indefectiblemente, que pretendiera defraudar acreedores, o que realizaron negocios clandestinos para descapitalizar la compañía y así no satisfacer la obligación que tiene con la demandante. Simplemente se trata del incumplimiento de los deberes legales de registro, el seguimiento al control contable, lo que acarrea otro tipo de sanciones, más tal irregularidad no tiene la entidad suficiente para acceder a la desestimación de la persona jurídica. Situación similar ocurre por la ausencia de libro de actas de socios y junta directiva.

3.3.3. Por otro parte, que la sociedad haya añadido a su razón social la palabra en “liquidación”, es consecuencia de la no renovación de la matrícula mercantil, basta con ver el certificado de existencia y representación legal de M&B Logística e Inversiones Ltda. que expresa “Esta sociedad no ha cumplido con la obligación legal de renovar su matrícula mercantil. (...)”¹⁴.

En ese sentido, el artículo 218 del Código de Comercio prevé como causal de la disolución de la sociedad “1) Por vencimiento del término previsto para su duración en el contrato, si no fuere prorrogado válidamente antes de su expiración”; asimismo, se encuentra el artículo 31 de la ley 1727 de 2014 que dispone:

“Las Cámaras de Comercio deberán depurar anualmente la base de datos del Registro Único Empresarial y Social (RUES), así:

1. Las sociedades comerciales y demás personas jurídicas que hayan incumplido la obligación de renovar la matrícula mercantil o el registro, según sea el caso, en los últimos cinco (5) años, quedarán disueltas y en estado de liquidación. Cualquier persona que demuestre interés legítimo podrá solicitar a la Superintendencia de Sociedades o a la autoridad competente que designe un liquidador para tal efecto. Lo anterior, sin perjuicio de los derechos legalmente constituidos de terceros.”

Por ende, la sociedad se encuentra disuelta conforme a la certificación que obra en dicho documento por la no renovación de la matrícula. Es preciso observar que la cancelación de la matrícula mercantil por parte de la Cámara de Comercio, se produce como consecuencia del deber de depurar anualmente la base de datos del Registro Único Empresarial y Social RUES, como acaba de verse.

En tal virtud, lo que ha ocurrido por la falta de renovación de la matrícula mercantil es que la sociedad se encuentre disuelta y en estado de liquidación, más ello tampoco conduce a concluir que tiene fines defraudatorios a sus acreedores, se ha tratado de desidia administrativa.

¹⁴ Folio 12 del archivo PDF anexo a la demanda, archivo 02

3.4. Finalmente, el hecho de que exista un proceso ejecutivo con auto que ordena seguir adelante sin medidas cautelares efectivas, con duración superior a 8 años sin pago efectivo de la obligación perseguida, no significa que el objeto de la compañía haya sido defraudar a la acreedora demandante.

3.5. En suma, la parte actora no demostró la mala fe o el ánimo defraudatorio de los socios de la empresa demandada. No es suficiente arrojar un manto de duda sobre el comportamiento de aquellos y, específicamente de la persona controlante, como tampoco hacer conjeturas sobre la conveniencia e inconveniencia de ciertas circunstancias económicas o incumplimientos contractuales, sino que es necesario demostrar, de forma inequívoca, que la estructura societaria, las decisiones, fueron utilizadas con el propósito de defraudar a la ley o a terceros, que hubo distracción de bienes, para este caso.

Por el contrario, Luís Fernando Mesa Suárez y María Consuelo Casas Flórez manifestaron que tuvieron la intención de pagar, que hubo reuniones en la compañía con ese objeto, lo que guarda consonancia con la suspensión de este litigio por posible arreglo directo por petición de ambas partes; distinto es que no se haya concretado.

3.6. Resultado de la orfandad probatoria emerge que no aparecen acreditados los requisitos que jurisprudencialmente se han señalado deben concurrir para que se abra paso exitoso la acción encausada a la desestimación de la personería jurídica, no se desvirtuó la presunción de buena fe, no se acreditaron comportamientos malintencionados, ni culposos de los demandados, que hubieren motivado la merma de la prenda general de los acreedores, y tampoco se probó que el ente moral carezca de activos o estos sean insuficientes para saldar el pasivo externo. Se sigue de ello el fracaso de las aspiraciones procesales de la demandante, como bien lo concluyó el juzgador de primera instancia.

4. Corolario de lo explicado, y como quiera que la censura del apelante carece de la contundencia para enervar los cimientos en que se erigió la decisión de primer grado, esta se confirmará, con la consiguiente condena en costas al recurrente vencido.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en Sala de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida el 9 de marzo de 2022 por la Superintendencia de Sociedades, Dirección de Jurisdicción Societaria I.

SEGUNDO: Condenar en costas de esta instancia a la parte actora.

NOTIFÍQUESE,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada
11001319900201600395 03

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada
11001319900201600395 03

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
Magistrado
11001319900201600395 03

-2-

Firmado Por:

Ruth Elena Galvis Vergara
Magistrada
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jorge Eduardo Ferreira Vargas
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Maria Patricia Cruz Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **5124431f681e3de3fba1832a56fa6741479117602f457bd4fdad92222bb26a3f**

Documento generado en 17/11/2022 12:35:46 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil
veintidós (2022).

Ref: VERBAL de LUIS JOSÉ GÓMEZ LARROTA contra
COMFERGO S.A.S. y EDGAR WILSON GÓMEZ LARROTA. Exp. 002-2020-
00265-01.

Atendiendo al contenido del inciso 3° del artículo 14 del Decreto Legislativo No. 806 de 2020 expedido por el Presidente de la República, en uso de las facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas en el artículo 215 de la Constitución Política en concordancia con la Ley 137 de 1994 y el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020, por el cual se declara el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, amén de lo contemplado en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 y 625 del Código General del Proceso, en punto a la vigencia y aplicación en el sub examine del primero mencionado, se dispone:

1.- ADMITIR en el efecto **SUSPENSIVO** el recurso de apelación interpuesto por la parte pasiva y la alzada adhesiva de la parte actora contra la sentencia dictada el 18 de mayo de 2022 en la Superintendencia de Sociedades.

2.- Conforme lo establecido en el inciso 3° del artículo 14 del Decreto 806 de 2020, a cuyo tenor: “Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes”, vencido aquél, la contraparte deberá recorrer, si así lo considera, el traslado; términos que comenzaran a contabilizarse desde la ejecutoria de esta determinación.

3.- Por Secretaría NOTIFÍQUESE a los apoderados de los intervinientes las determinaciones que se adopten en el marco de la norma reseñada vía correo electrónico¹.

A su turno, las partes contendientes deberán dirigir sus escritos o memoriales con destino a este asunto al correo electrónico del Secretario Judicial de esta Corporación secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co con

¹ Esta comunicación no reemplaza la notificación por estado electrónico y se hace para dar mayor garantía a las partes.

copia del mismo a la escribiente encargada de los procesos del suscrito Magistrado
mparradv@cendoj.ramajudicial.gov.co

4.- Concurrente con lo antes señalado, los profesionales del derecho deberán dar estricto cumplimiento al numeral 14 del artículo 78 del Código General del Proceso, so pena de imposición de multa, en los términos allí previstos.

5.- Cumplido lo anterior, ingresen las diligencias al despacho.

NOTIFÍQUESE.


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEXTA DE DECISIÓN CIVIL

Bogotá D. C., diecisiete de noviembre de dos mil veintidós

11001 3199 003 2020 04180 01

Ref. proceso verbal de acción de protección al consumidor de Hernán Adolfo Suaza Cadavid
frente a Bancolombia S.A.

El suscrito Magistrado **admite** la apelación que, contra el fallo de primera instancia formuló la parte actora, decisión involuntariamente omitida en auto anterior (de fecha 18 de octubre del año que avanza), pese a que del expediente emerge la concurrencia de las exigencias requeridas para el efecto, en punto a oportunidad, interés para recurrir, y concesión de la alzada por el juez *a quo*.

En firme este proveído, reingrese el expediente al despacho del suscrito Magistrado.

Notifiquese

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

Magistrado

Firmado Por:

Oscar Fernando Yaya Peña

Magistrado

Sala 011 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,

conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **9364ab7797594995e225d2ea1643a0e88dea885a8779dacb7b21466b3ec12ff8**

Documento generado en 17/11/2022 03:00:46 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA CIVIL**

**MAGISTRADA PONENTE
MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA**

Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

**ASUNTO: PROCESO VERBAL (ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL
CONSUMIDOR) PROMOVIDO POR EL SEÑOR HUGO VESGA ARENAS
CONTRA LA SOCIEDAD SEGUROS DE VIDA SURA S.A. Y OTRA. Rad.
003 2021 04517 01**

*Sentencia escrita conforme al artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, cuyo proyecto se
discutió y aprobó en sesión de sala del 19 de octubre de 2022, según acta No.41*

Se resuelve el recurso de apelación que interpuso la sociedad demandada Seguros de Vida Sura S.A. contra la sentencia que profirió la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia el 18 de mayo de 2022, dentro de este asunto, para cuyos efectos se evocan los siguientes

I. ANTECEDENTES

1. El señor Hugo Vesga Arenas instauró acción de protección al consumidor financiero contra las sociedades Seguros de Vida Suramericana S.A. y Banco Agrario de Colombia S.A., para que se ordene a la primera hacer efectiva la Póliza de Seguro de Vida Grupo Deudores No. 3363151 desde el momento de la ocurrencia de la invalidez, el 27 de enero de 2021, fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral; en consecuencia, se le ordene a dicha entidad pagar a la segunda como tomador de la póliza, el saldo insoluto de las obligaciones

crediticias 725051100114065, 725051100149109 y 725051100149129 que adquirió, las cuales suman \$389´148.818; y se le obligue a sufragar la suma de \$24´910.000 por concepto de pago de cuota que realizó posterior a la ocurrencia del siniestro y que le correspondía a Suramericana de haber hecho efectivo el seguro.

De igual modo, pidió que se declare que el Banco Agrario hizo uso abusivo de su posición dominante, para beneficio propio, con ello vulneró sus derechos fundamentales y lesionó el patrimonio, la integridad moral, comercial, personal y de su familia y, en consecuencia, se le condene a pagarle la suma de \$200´000.000 por concepto de perjuicios morales, daño a la salud y daño a la vida de relación.

2. Como soporte de sus pretensiones, adujo que solicitó y adquirió con la entidad bancaria los aludidos créditos; que no diligenció los contratos de seguro, en tanto fueron llenados por la representante del banco y tan solo le solicitaron firma y huella, tampoco se le explicó ni le realizó cuestionario, en razón a que solo se limitó a pedirle información por las enfermedades por las que había sido tratado, a lo que indicó que su estado de salud no era normal porque padecía de hipertensión arterial, única que requería tratamiento en forma permanente.

Que el 26 de marzo de 2021 le dictaminaron pérdida de capacidad laboral del 68,97% con fecha de estructuración el 27 de enero de 2021 *“es decir, el siniestro ocurrió en vigencia y después de contratar la póliza”*; que por ello solicitó al banco, en el mes de mayo de ese año, que se hiciera efectiva la póliza de seguro 3363151 contratada con Suramericana.

Agregó, que la respuesta que recibió fue de que la entidad evidenció, de acuerdo con las historias clínicas del 24 de agosto y 18 de septiembre de 2019 y del 4 de noviembre de 2020, que había consultado por masa parótida de aspecto neoplásico con patología de hace un año que reporta tumor de warthin, así como que tenía un antecedente de hipertensión arterial cardiopatía dilatada, aneurisma de aorta abdominal, IAM previo en el 2010, las que no expresó en las declaraciones de asegurabilidad y fueron preexistentes a los desembolsos de los créditos; que pese a ello también se demostró su buena fe, en

razón a que informó que sí padecía hipertensión arterial, única de la que tiene conocimiento por ser la tratada para el año 2019.

Adicionó, que el formulario de seguro fue diligenciado el 16 de mayo de 2019 y el tumor de warthin fue diagnosticado hasta el 18 de septiembre de 2019; que el evento de IAM previo en el 2010 fue único de muchos años atrás, ni siquiera fue una enfermedad diagnosticada, ni tratada, de hecho no la recordaba, al igual que ocurrió con la cardiopatía dilatada calificada por error médico en el año 2010, puesto que sufrió una intoxicación por fumigación y al acudir a urgencias le suministraron medicina que alteró su corazón; y que es una persona sin estudio y poco entiende de diagnósticos médicos, de ahí que debe acudir a cualquier consulta médica con acompañante.

Que le resulta difícil recordar el aneurisma de aorta porque, según los médicos tratantes, se relaciona o es consecuencia de la hipertensión arterial; que nunca fue incapacitado por tales patologías, en razón a que la pérdida de capacidad laboral se originó el 21 de enero de 2021, a más que las calificadas son muchas otras diagnosticadas en los años 2020 y 2010; y que según el contrato suscrito, las preexistencias no están excluidas y por las patologías declaradas no se debía pagar extra prima.

Que el Banco Agrario le informó que debía cubrir las cuotas de los créditos, lo que motivó acuerdos de pago, pero, ante la imposibilidad de trabajar por su estado de invalidez y no tener otro ingreso, le ha sido imposible pagar tales obligaciones.

Que por la mora, el Banco de manera continua ha realizado llamadas y visitas a su hogar, le deja mensajes y documentos con personas diferentes que no tienen relación con la deuda, dando a conocer a terceros su situación financiera, como sucedió con el señor Carlos Barajas, quien sirvió como referencia para adquirir los créditos; que las visitas y acosos le han ocasionado perjuicios morales y graves daños a la salud y a la vida de relación por la advertencia de iniciar un proceso en su contra, situación que le ha generado pérdida del sueño y del apetito, tiene depresión, miedo, angustia y zozobra.

3. Admitida la demanda¹ y notificada de ella, la aseguradora se opuso a las pretensiones y planteó las siguientes excepciones de mérito²:

3.1. **“Nulidad relativa del contrato de seguro por reticencia y/o inexactitud en la declaración del estado del riesgo”** al no informar su verdadero estado de salud, lo que vició el contrato de seguro y la indujo en error por la declaración inexacta; que en la historia clínica de 24 de agosto de 2019 se lee que consultó por un hinchazón en el cuello, cuadro clínico de dos años de evolución de masa de región parotídea derecha que se biopsia reportando tumor de whartin, siendo registrada esa dolencia como tumor maligno de la glándula parótida, a más que también había sido diagnosticado con cardiopatía dilatada, aneurisma aorta abdominal valvulopatía mitroaórtica e IAM previo al año 2010, enfermedades por las que fue calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander con una pérdida de capacidad laboral del 69,97% *“padecimientos a los que ingresó a la póliza sin declarar”*.

3.2. **“La genérica”**, en caso de encontrarse probado cualquier hecho o circunstancia en virtud de la cual la ley considere que la obligación no existió o la declare extinguida si alguna vez existió.

4. Por su parte, el Banco Agrario de Colombia S.A. se opuso a las pretensiones por vía de las defensas de mérito que nominó: **i)** *“Falta de legitimación en la causa por activa del demandante”*; **ii)** *“Falta de legitimación en la causa por pasiva del Banco Agrario sobre las pretensiones de la demanda”*; **iii)** *“Cumplimiento del deber de información del Banco Agrario”*; **iv)** *“Incumplimiento de los deberes del consumidor financiero por parte del demandante”*; **v)** *“Desconocimiento del demandante de sus propios actos – Teoría de los actos propios”*; **vi)** *“Ausencia de responsabilidad del Banco Agrario por la negativa de Seguros Suramericana Seguros de afectar el seguro de vida individual”*; **vii)** *“Inexistencia de fundamento legal que exonere al deudor de pagar el*

¹ Archivo 005 AUTO ADMISORIO VERBAL.pdf contenido en la carpeta Cuaderno Superintendencia del expediente digital

² Folios 179 a 190 ibídem

crédito de Libranza No. 30021705651 y sancione al Banco Agrario”; y, vii) “Excepción genérica”.

5. Superado el trámite propio de la instancia, la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia profirió sentencia en la que declaró no probadas y/o fundadas las excepciones propuestas por Seguros de Vida Suramericana S.A. y, por tanto, accedió a las pretensiones respecto de ella, condenándola a pagar las obligaciones de titularidad del actor con el Banco Agrario de Colombia S.A. hasta el saldo insoluto que presentaran a enero de 2021; y que en el evento de que la citada suma exceda el valor de las obligaciones, reconocerá la diferencia al convocante junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 1080 del C. Co. desde el 9 de abril de 2021 hasta el pago de la sentencia. Asimismo, declaró probada de oficio la excepción de ausencia de daño del Banco Agrario de Colombia S.A. y negó las demás pretensiones de la demanda.

II. LA SENTENCIA APELADA

A vuelta de reseñar los antecedentes del caso, estimar reunidos los presupuestos procesales y citar normatividad y jurisprudencia aplicable al caso, refirió que no estaba en duda que el actor adquirió las obligaciones Nos. 725051100114065, 725051100149109 y 725051100149129 con la bancaria demandada; que el 26 de marzo de 2021 se le dictaminó la pérdida de capacidad laboral en el 68,97% con fecha de estructuración el 27 de enero de ese mismo año; que solicitó al Banco la afectación de la póliza de vida grupo deudores, cuya reclamación objetó la aseguradora; y que fue la funcionaria del banco la que le pidió información acerca de las enfermedades que padecía frente a lo cual indicó que padecía hipertensión desde el año 2014 y en otrora declaración manifestó que esa afección la tenía desde el año 2009.

Seguido, con soporte en la prueba documental decretada de oficio y la definición de incapacidad total y permanente contenida en el seguro, consideró que se incluyó el denominado amparo automático para obligaciones inferiores a 806 salarios mínimos legales mensuales vigentes, aplicable al caso con el diligenciamiento de la declaración de

asegurabilidad, en razón a que el porcentaje y declaración de invalidez se produjo en vigencia de la póliza (enero de 2021).

Agregó, que la excepción invocada por la aseguradora en los alegatos de conclusión, referida a un riesgo excluido no tiene vocación de prosperidad, en razón a que los formatos de solicitud de crédito y seguros se diligenciaron por la funcionaria del Banco Agrario, Edith Quintero, contrario al contenido de tales documentos; y que el demandante sí declaró que padecía hipertensión, a lo que se suma que la empleada del banco, con suficiente experiencia, no precisó la información de las enfermedades, ni le entregó al demandante copia de los documentos que firmó.

Adicionalmente, estimó que en la declaración juramentada presentada por el banco consta que el convocante es cliente representativo desde el año 2008, que solicitó créditos para el cultivo de arroz, adquisición de vivienda y maquinaria; que el procedimiento de diligenciamiento de los documentos indica que el deudor persona natural debe diligenciar la declaración de asegurabilidad, lo que no ocurrió, en tanto se limitó a firmarla; y que no quedó demostrado que le hubieren puesto en conocimiento las coberturas y exclusiones, de acuerdo con su versión y la de la aludida testigo, por ello se deben aplicar las consecuencias establecidas en el artículo 37 de la Ley 1480 de 2011.

En cuanto a la nulidad relativa, la desechó con base en el amparo automático contenido en el contrato de seguro, el que resultaba aplicable con el sólo diligenciamiento de la declaración de asegurabilidad y porque la estructuración de la invalidez se produjo en su vigencia y fue puesta en conocimiento por el demandante.

Respecto de las demás pretensiones, las negó; y frente al banco, reconoció de oficio la excepción de ausencia de daño al no haber sido acreditado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con esa decisión la aseguradora demandada la apeló mediante escrito que presentó dentro del término consagrado en el artículo 322 del Código General del Proceso, con fundamento en los siguientes reparos concretos:

i) No valoración o valoración errónea de las declaraciones de asegurabilidad sobre el estado de salud del demandante obrantes en el proceso, tras considerar que no se le brindó la información sobre las condiciones particulares y generales del contrato de seguro de vida, pese a que en la parte final de la Solicitud y Certificado Individual de Seguro de Vida Deudores Póliza No. 34-1827-00001, antes de firmar, se lee: “*Declaro que conozco las condiciones del presente seguro*”, al igual que una certificación de que el asesor le explicó las coberturas y exclusiones del contrato y la información contenida en la solicitud, así como la de haber leído, entendido y aceptado los textos incorporados en dicha solicitud, punto en que resaltó que confesó en el hecho número 2 de su demanda que firmó la declaración de asegurabilidad y que no leyó los documentos propuestos para su lectura, con lo cual desatendió sus deberes como consumidor financiero.

ii) Dejó de aplicar las condiciones generales del contrato de seguro de vida, concretamente la Sección 2 “*EXCLUSIONES*” que en su numeral 3 establece que “*Las preexistencias son hechos ciertos y por lo tanto se consideran inasegurables*”; que la historia clínica de 24 de agosto de 2019 muestra que consultó por un hinchón en el cuello que fue diagnosticado con un cuadro clínico de dos años de evolución de masa en región parotídea derecha que se biopsia reportando tumor de whartin, tras presentar síntomas inflamatorios y adenitis abscedada que se manejó con antibiótico y que presentó persistencia de síntomas inflamatorios.

Por auto adiado 1° de septiembre de 2022 se ordenó correr el traslado previsto en el inciso 3° del artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, y el recurrente sustentó el recurso, sin que las partes no apelantes se pronunciaran al respecto.

IV. CONSIDERACIONES

1. Se encuentran presentes la capacidad de las partes para acudir al proceso, la demanda en forma y la competencia de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera para tramitar y decidir la instancia; se tiene entonces que al plenario confluyen los denominados presupuestos procesales, lo que aunado a la ausencia de vicio con idoneidad anulatoria, permite proferir la decisión que de esta instancia se reclama.

2. A propósito de la discusión que plantea la parte recurrente, es preciso recordar que el contrato de seguro, según el artículo 1036 del Estatuto Mercantil, *“es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva.”*, cuya característica *“...es la transmisión de un riesgo mediante el pago de una prima y por el hecho de recibir ese precio el asegurador asume sobre su propio patrimonio el riesgo que gravitaba en el patrimonio del asegurado³;* por esencia es de carácter indemnizatorio, pues, con él se busca restablecer la situación económica afectada por un siniestro, sin que pueda constituirse para el asegurado en una fuente de enriquecimiento.

2.1 En este caso, para desechar las excepciones propuestas por la compañía aseguradora demandada, el juez de primer grado conforme a la prueba documental allegada y la que decretó de oficio expuso como argumento central que en el contrato de seguro que sirve como base de la reclamación, se incluyó el denominado **amparo automático** para obligaciones inferiores a 806 salarios mínimos legales mensuales vigentes, **aplicable al caso con el sólo diligenciamiento de la declaración de asegurabilidad**, en razón a que el porcentaje y declaración de invalidez se produjo en vigencia de la póliza, misma consideración que le sirvió para desechar el medio exceptivo de la nulidad del contrato por reticencia.

En esas condiciones, le correspondía a la compañía aseguradora apelante demostrar, en esta sede, que existió un yerro en esa conclusión, esto es, que el seguro no contenía esa clase de amparo y que por ello las

³ Garrigues Joaquín Curso de Derecho Mercantil Tomo IV pág., 260

exclusiones, en especial por reticencia, le eran aplicables al demandante, empero, se insiste en la reticencia sin desvirtuar el contenido del clausulado, en que se soportó el juez de instancia para adoptar la determinación objeto de apelación.

3. En efecto, si se acude a las condiciones de la póliza, se llega a la conclusión que lo que hubiese declarado o no el deudor, hoy demandante, en el certificado de asegurabilidad, resulta irrelevante y no podía servir de fundamento para objetar la reclamación por parte de la aseguradora, hoy recurrente.

El documento que contiene esas condiciones y que aparece en la parte inicial del archivo titulado demanda y póliza, se denominó: “CONDICIONES TECNICAS VIDA GRUPO DEUDORES BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. PÓLIZA 3363151 LÍNEA GENERAL”, su tomador y beneficiario es el Banco Agrario de Colombia y el asegurado, los deudores.

Dentro del objeto del seguro aparece como *“Cobertura para los créditos otorgados por el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA a personas naturales deudoras del Banco y/o sus avalistas para que en caso de muerte o incapacidad total y permanente de los deudores se cubra el monto de la deuda pendiente, incluyendo capital, intereses corrientes y de mora, honorarios de abogado, primas de seguro y cualquier otro valor que se relacione con el mismo crédito y hasta un límite de 5.000 S.M.M.L.V.*

Asimismo, dentro de las exclusiones, se consignó que *“Según condiciones generales SURA, forma F - 02 - 83 - 342 “Plan Vida Deudores”. Se levantan las exclusiones 3, 4, 5, 6 y 7 de las condiciones generales.”*

Dentro del numeral 11 de las referidas condiciones, se previó el denominado **amparo automático** y se definió: *“Se entiende por Amparo Automático el límite máximo individual, hasta el cual el titular y/o codeudor o queda asegurado automáticamente diligenciando únicamente la declaración de asegurabilidad.”*

Si bien como requisito para ese denominado amparo, era la de diligenciar la declaración de asegurabilidad, a renglón seguido se estipularon las condiciones para que la cobertura se entendiera aceptada, previéndose allí que *“Se asegura independiente de las respuestas al estado de salud o enfermedades declaradas”*; *“Para montos iguales o inferiores a 806 S.M.M.L.V: ; Diligenciamiento previo Solicitud / Certificado de seguro para personas naturales y para el socio principal de las sociedades limitadas, en comanditas, de hecho y asimiladas a éstas; No se realiza exámenes médicos de ingreso; No se aplicarán extraprimas es decir, el riesgo ingresa con tarifa estándar. Cuenta con cobertura de preexistencias para la cobertura de Vida.”*

Siendo entonces que el crédito otorgado al demandante era inferior a los 806 S.M.M.L.V, puesto que se observa que eran tres obligaciones que tenía con el Banco Agrario de Colombia una por \$ 160.000,00 desembolsada el 22 de agosto de 2019; otra por \$ 7.525.398,00 otorgada el 4 de agosto de 2021 y, la tercera por \$ 122.730.094 del 3 de agosto de 2021, las condiciones reseñadas eran las que regían el contrato de seguro, donde se resalta que el deudor se aseguraba ***“independientemente de las respuestas al estado de salud o enfermedades declaradas”***, precisamente por haberse previsto un amparo automático.

Por tanto, si la compañía aseguradora demandada decidió celebrar con el banco Agrario de Colombia un contrato de seguro que amparara a los deudores de éste, en las condiciones anotadas, no había lugar a objetar la reclamación por reticencia porque, aunque parezca extraño, lo pactado la excluía.

De ahí que la *“no aplicación de la condición de reticencia”* prevista exclusivamente para el amparo básico de vida, en el ítem 16 de las condiciones bajo el título de amparos y cláusulas adicionales, según el cual: *“SURA declara y acepta que ha conocido o debido conocer el verdadero estado del riesgo en su integridad, razón por la cual una vez otorgado el amparo a los asegurados deja constancia del conocimiento y aceptación de las condiciones de los mismos. En consideración de lo anterior, SURA no podrá oponer a los asegurados y/o BANCO AGRARIO*

DE COLOMBIA, la reticencia o inexactitud en la declaración del estado del riesgo de los asegurados.”, también opera para la cobertura de “Invalidez, pérdida o inutilización por enfermedad o accidente (Incapacidad Total y Permanente –ITP)”

Al respecto, si bien al estipularse la precitada cobertura en el numeral sexto (6º) se estipuló que: *“Se ampara la Incapacidad Total y Permanente, cuando ésta, así como el evento que da origen a la misma se produzca dentro de la vigencia de este amparo; no obstante, lo anterior, de la misma forma se ampararan únicamente aquellos casos de Incapacidad Total y Permanente cuya fecha de estructuración se encuentre dentro de la vigencia de la póliza, por enfermedades o patologías preexistentes siempre y cuando éstas sean manifestadas expresamente por el asegurado en la Declaración de Asegurabilidad.”*, exclusión que es la que el recurrente afirma que se desentendió, no debe perderse de vista que, en clausulado posterior numeral (11) al consignar el amparo automático, que es la modalidad a la que corresponde el seguro al que entró a formar parte el deudor demandante, por las razones ya anotadas, se modificó la referida exclusión, al convenirse que *“Se asegura independiente de las respuestas al estado de salud o enfermedades declaradas”*, es decir, ese amparo automático, tenía unas condiciones para las cuales era irrelevante la reticencia.

4. Ahora bien, si se soslayara todo lo anterior, nótese que la funcionaria de instancia hizo uso de un argumento adicional, tampoco desvirtuado por la recurrente, en especial para resolver *“la excepción invocada por la aseguradora en los alegatos de conclusión”*, referida a un riesgo excluido, como lo fue la violación del deber de información por parte de la entidad bancaria, soportado en que los formatos de solicitud de crédito y seguros se diligenciaron por la funcionaria del Banco Agrario, Edith Quintero, contrario al contenido de tales documentos; que el demandante sí declaró que padecía hipertensión, a lo que se suma que la citada empleada, con suficiente experiencia, no precisó la información de las enfermedades, ni le entregó al demandante copia de los documentos que firmó.

En ese orden de ideas, se desconoció por la entidad bancaria lo previsto en el artículo 5° de la Ley 1328 de 2009, artículo 97 del Estatuto orgánico del Sistema Financiero, Circular Externa de la Superfinanciera No. 029/14 y el artículo 78 de la Carta Política, que impone el deber de información cierta, suficiente y oportuna, para que a partir de ella, el deudor pueda tomar las decisiones que se ajusten a sus intereses

5. Ante este panorama y probada como está la modalidad de seguro a que pertenece el deudor demandante, concluye la Corporación que la sentencia impugnada se ha de confirmar, con la consecuente condena en costas de esta instancia a cargo de la parte apelante, propósito para el que la Magistrada Sustanciadora fija como agencias en derecho el equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensual vigente S.M.L.M.V., atendiendo lo previsto por el Art. 5°, numeral 1°, del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala Fija de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia que profirió la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, el 18 de mayo de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandada apelante. Por Secretaría practíquese su liquidación e inclúyase a título de agencias en derecho de esta instancia la suma de \$2'000.000 M/cte.

NOTIFÍQUESE,

Los Magistrados,

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Firmado Por:

Maria Patricia Cruz Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jorge Eduardo Ferreira Vargas
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Ruth Elena Galvis Vergara
Magistrada
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **06cb052d7c32ef9d337ebe272ea33da2feeaaa73e9e101163ddd14c65a0f19e6**

Documento generado en 17/11/2022 10:35:49 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEXTA CIVIL DE DECISIÓN

Bogotá, D. C., diecisiete de noviembre de dos mil veintidós

11001 3103 004 2011 00785 05

REF. Proceso ejecutivo mixto de Promotora de Proyectos Especiales Moreno y Cia.
S. en C.S., frente a Martha Cecilia García Martínez y Carlos Eduardo Vanegas
Rodríguez

El suscrito Magistrado CONFIRMA el auto de 8 de febrero de 2022, cuya alzada le correspondió por reparto a este despacho el 21 de octubre del año que avanza, por medio del cual el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá declaró terminado, por pago total de la obligación, el proceso ejecutivo de la referencia.

SUSTENTO DE LA ALZADA. Como soporte de su recurso vertical, el ejecutante se limitó a manifestar que no había lugar a disponer la terminación del proceso por cuanto todavía no se encontraba en firme el auto de 17 de agosto de 2021, con el que la juzgadora de primer grado aprobó la actualización de la liquidación del crédito.

Así las cosas, y como quiera que por auto de 3 de noviembre de 2022 (en el abonado 04) el suscrito Magistrado confirmó la referida providencia de 17 de agosto del 2021, es ostensible que fue sorteado el único reparo que motivó la apelación que hoy se resuelve de fondo.

Explicado con otras palabras: ante la confirmatoria del auto por medio del cual se aprobó la actualización de la liquidación del crédito, nada queda por reprocharle a la providencia con la que se dispuso la terminación, por pago total, del juicio coercitivo de la referencia.

Se reitera que la motivación de esta providencia involucra un pronunciamiento frontal respecto del único reproche que contra la decisión apelada se formuló. No se olvide que **“el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante**, para que el superior revoque o reforme la decisión” (C.G.P., art. 320) y que “el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante” (*ibidem*, art. 328).

.

Sin costas en segunda instancia, por no aparecer justificadas. Devuélvase la actuación a la oficina de origen.

Notifíquese y cúmplase

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA
Magistrado

Firmado Por:

Oscar Fernando Yaya Peña

Magistrado

Sala 011 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3070adff896e3002101d29226d2e21da9048338e73ac51bf6d016a03f9f4f182**

Documento generado en 17/11/2022 03:25:20 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEXTA CIVIL DE DECISIÓN

Bogotá, D. C., diecisiete de noviembre de dos mil veintidós

11001 3103 004 2017 00835 02

Ref. proceso ejecutivo Gloria Inés Muñoz Santamaría frente a Asociación de
Adjudicatarios y/o copropietarios de vivienda multifamiliar -Asoadvimul- de la
Supermanzana 7

En atención a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en su sentencia STL15528-2022 de 2 de noviembre de 2022, con la que se revocó el fallo de tutela STC13571 de 14 de octubre del año que avanza de la Sala de Casación Civil de la misma Corporación, el suscrito Magistrado dispone:

Dejar sin efecto el auto de 25 de octubre de 2022, por medio del cual y en cumplimiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Civil en el prenombrado fallo de tutela, se repuso el auto de 23 de agosto de 2022.

Lo anterior, atendiendo las previsiones de los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha precisado que “si bien un fallo de tutela en primera instancia puede ser recurrido por cualquiera de las partes dentro de los términos establecidos por la ley, su cumplimiento por éstas es obligatorio mientras se surte la segunda instancia, la cual, de confirmarlo, dejará en firme la actuación del a-quo, pero **en caso de revocarlo, dejará sin efectos totales o parciales el fallo objeto de apelación, y producirá otros, los cuales las partes deberán acatar**” (Sentencia T-068 de 22 de febrero de 1995, M.P, Hernando Herrera Vergara).

Devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Notifíquese y cúmplase

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA
Magistrado

Firmado Por:
Oscar Fernando Yaya Peña
Magistrado
Sala 011 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **bdd4f04a26bc9c06ea0985d68e5fef9c76322e2243885f090922c1822f949b51**

Documento generado en 17/11/2022 02:13:03 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL**

Bogotá, D.C., diecisiete de noviembre de dos mil veintidós.

Proceso: Ejecutivo.
Demandante: Internacional Compañía de Financiamiento S.A. en liquidación.
Demandado: Yenith Rocío García Guarín y otro.
Radicación: 110013103005201600326 02
Procedencia: Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá.
Asunto: Apelación sentencia

Se fija la suma de \$2'000.000,00 como agencias en derecho de esta instancia.

Notifíquese,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

-2-

Firmado Por:
Ruth Elena Galvis Vergara
Magistrada
Sala Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **13ccf9b1c702966c966500f84b35bfe6ce429ddb69927f28d1dba094dd2ebe10**

Documento generado en 17/11/2022 12:31:26 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C. SALA CIVIL

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Bogotá, D.C., diecisiete de noviembre de dos mil veintidós.

Ponencia presentada y aprobada en Sala Civil de Decisión de 26 de octubre de 2022

Proceso:	Ejecutivo.
Demandante:	Internacional Compañía de Financiamiento S.A. en liquidación.
Demandado:	Yenith Rocío García Guarín y otro.
Radicación:	110013103005201600326 02
Procedencia:	Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá.
Asunto:	Apelación sentencia
SC-038/22	

1

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación provocado por la demandada Yenith Rocío García Guarín contra la sentencia proferida el 18 de febrero de 2021 en el asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

1. Internacional Compañía de Financiamiento S.A. en liquidación¹, instauró demanda ejecutiva en contra de Andiaso Ltda.² y Yenith Rocío García Guarín, en la que se solicitó la orden de pago a cargo de estos y en favor de la demandante, por las siguientes sumas y conceptos:

1.1. \$1.979'940.927,41 capital contenido en el pagaré base de la acción³ junto con los intereses de mora causados a partir del 29 de abril de 2016 y hasta que se efectúe el pago de la obligación.

1.2. \$148'822.993,61 por réditos vencidos causados antes del vencimiento del instrumento crediticio.

¹ Nit. 860.065.913-9

² Nit. 900.079.722-4

³ Folios 3 a 5 manuscrito o 3 a 5 archivo "01Cuaderno01".

2. Como sustento fáctico del *petitum* se expuso:

2.1. Las convocadas al juicio suscribieron el 26 de diciembre de 2014 un pagaré por \$2.128'763.921,02 en favor de la demandante.

2.2. Llegada la calenda del vencimiento del título valor, 29 de abril de 2016, las deudoras no realizaron el pago.

2.3. El liquidador designado para la parte actora confirió poder a mandatario judicial para el inicio de la acción ejecutiva.

3. Mediante proveído de fecha 28 de julio de 2016⁴ se libró el mandamiento de pago deprecado, ordenando la intimación a la demandada de este.

4. La señora Yenith Rocío García Guarín, en nombre propio y como representante del ente convocado, se notificó de manera personal de la orden de apremio el 24 de agosto de 2016⁵.

Oportunamente y mediante apoderado judicial, presentó escrito con el cual propuso los medios exceptivos que denominó⁶ *“Las fundadas en la omisión de los requisitos que el título deba contener y que la ley no supla expresamente”*⁷, *“pago”*⁸, *“las que se funden en la cancelación judicial del título o en orden judicial de suspender su pago”*⁹, *“falta de requisitos necesarios para el ejercicio de la acción”*, *“nulidad absoluta o parcial del título valor”*¹⁰, *“enriquecimiento sin justa causa”* y *“cobro de lo no debido”*.

5. Enseguida, y tras realizar el trámite de reconstrucción del expediente en los términos del artículo 126 de la Ley 1564 de 2012¹¹, se aportó comunicación por parte de la Superintendencia de Sociedades en la que se dio cuenta de la admisión de Andiaso Ltda., al proceso de reorganización, lo que motivó la aplicación del artículo 70 de la Ley 1116 de 2006, continuando la ejecución únicamente contra la señora Yenith Rocío García Guarín¹².

6. Tras la suspensión del proceso en varias oportunidades, en auto de 28 de mayo de 2019¹³ se convocó a los extremos del litigio a la audiencia del artículo 372 de la Ley 1564 de 2012, decretándose las pruebas del proceso.

⁴ Folios 12 a 13 manuscrito o 12 a 13 archivo “01Cuaderno01”.

⁵ Folio 14 manuscrito o 14 archivo “01Cuaderno01”.

⁶ Folios. 47 a 63 manuscrito o 48 a 64 archivo “01Cuaderno01”.

⁷ Fundada en adulteración del título valor y la dependencia de este con la suscripción de un contrato de leasing *leas back* que se celebró entre los intervinientes.

⁸ Compensación por los perjuicios causados por la incertidumbre del negocio y una deuda en favor de Dan Internacional S.A.

⁹ Estafa y otras conductas ilegales, pues a consideración de la demandada no podían debitar de forma automática dineros que previamente habían sido desembolsados por la demandante.

¹⁰ Sustentada en el incumplimiento contractual de la demandante con el desembolso de los dineros y la relación que del título valor se edificaba.

¹¹ Folios 73 a 74 archivo “01Cuaderno01”.

¹² Folio 334 archivo “01Cuaderno01”.

¹³ Folio 364 “01Cuaderno01”.

7. En el acto público programado, dada la carencia de ánimo conciliatorio, se dio curso a la etapa instructiva en la que las partes absolvieron interrogatorio y se practicaron las pruebas decretadas; posteriormente se convocó a la celebración del trámite de que trata el precepto 373 *ibidem*, en cuyo desarrollo se presentaron las conclusiones de cierre y, por último, se profirió sentencia que declaró no probadas las excepciones propuestas, dispuso seguir con la ejecución, ordenó la práctica de la liquidación del crédito y el remate, previo avalúo, de los bienes cautelados, así mismo condenó en costas a la demandada.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* indicó que estaban cumplidos los presupuestos procesales y como problema jurídico planteó si resultaban prósperas las defensas propuestas.

Memoró las exigencias mercantiles que establece la normativa para el surgimiento del título valor y su validez, enfatizando en que de la lectura del pagaré arrimado se evidencian la totalidad de los requisitos y por ende, se desprende la obligación a cargo de la deudora. Acotó en todo caso la existencia del instrumento crediticio en copia, pues el original se extravió y dio origen a la audiencia de reconstrucción desplegada en el dossier¹⁴.

3

A continuación, procedió al análisis de las excepciones propuestas para lo cual estimó conveniente agruparlas según la justificación que para cada una de ellas se dio, por lo que las sintetizó en razón a la adulteración del título, en sus valores y condiciones; la existencia de un negocio causal (leasing); la cantidad real adeudada por el débito automático que generó la demandante de las cuentas de la demandada; la ausencia de imputación de pagos; la compensación por daños y perjuicios; el ineficaz diligenciamiento de los espacios en blanco; las actuaciones ilegales y los vicios de consentimiento en el desarrollo del negocio, concluyendo al final que el común denominador de esas alegaciones es el indebido diligenciamiento del título valor¹⁵.

Para definir lo pertinente, hizo uso de lo contemplado en el canon 622 del Código de Comercio y refirió que la carga de demostrar la contradicción entre lo autorizado y lo efectivamente suscrito en el pagaré, era exclusiva de la demandada situación que no aconteció y por ende debía soportar el fallo adverso. Destacó la presunción de autenticidad de la literalidad del documento y la forma en que fue creado, para lo cual refirió que fue pacífica la aceptación de los espacios en blanco que posteriormente fueron diligenciados por la

¹⁴ Record 00:04:28 a 00:06:32 Archivo "21Video03Audiencia20210218".

¹⁵ Record 00:09:37 a 00:09:50 Archivo "21Video03Audiencia20210218".

demandante, sin perder de vista la autorización que la propia deudora suscribió en la parte final del título crediticio.

Así mismo, destacó que las afirmaciones respecto a la no autorización del débito automático de los dineros, contradice la documental allegada por parte de la Superintendencia de Sociedades, en la cual se prevé que se subrogó en obligaciones de “Vigilancia Andina” con “Dan Internacional” que efectivamente pagó la demandante.

Ahondando en argumentos expuso que ante la inasistencia de la deudora García Guarín a la audiencia inicial, procedía la sanción establecida en el precepto 372 de la Ley 1564 de 2012, que no era otra que asumir por ciertos los hechos susceptibles de confesión enlistados en la demanda, es decir, aceptar la obligación enrostrada en la acción ejecutiva.

Prosiguió con la excepción que se fundó en quitas a la obligación inicial, reseñando que no se allegó medio probatorio suficiente del cual se pudiera establecer el pago de los dineros aquí reclamados.

En lo referente a las excepciones derivadas del negocio causal, relacionadas con la anulabilidad del negocio, la aplicación de fuerza o coerción para la suscripción del título valor, entre otras, destacó que todo ello se quedó en el dicho de la demandada, sin que se hubiese aportado elementos demostrativos de los cuales se pudiese inferir las reclamaciones de la deudora.

En lo atinente a la aplicación de la figura de la compensación, estimó que no era factible hacer uso de esa institución jurídica por cuanto no se arrió constancia de crédito en favor de la deudora y a cargo de la acreedora, sin que del estimativo de perjuicios pueda hacerse uso en razón a la incertidumbre de su existencia.

Finalmente, reveló que la excepción de enriquecimiento sin justa causa no puede salir adelante ante la improsperidad de las demás excepciones por cuanto aquella se fundamentó en las mismas situaciones fácticas que ya se resolvieron, análisis similar por la cual desestimó el medio exceptivo denominado, cobro de lo no debido.

LA APELACIÓN

Inconforme con la determinación de primera instancia¹⁶, el apoderado judicial de Yenith Rocío García Guarín precisó que no se tuvo en cuenta la adulteración del título alegada por la pasiva y que en la actualidad ese hecho está en conocimiento de la autoridad penal.

¹⁶ Record 00:25:10 a 00:26:10 Archivo “21Video03Audiencia20210218”.

Expresó que la viabilidad o no de la ejecución dependía directamente de la demostración de ese hecho, sin que la juzgadora se hubiese preocupado por tal escenario.

Ante esta Sede reiteró, que desde la contestación de la demanda informó de las irregularidades en el título realizadas por el demandante en relación con el valor consignado en el pagaré.

Añadió que el documento estaba sujeto o dependía de los contratos suscritos por las partes constituyéndose en un título derivado del contrato de leasing que sólo otorgaba la posibilidad de perseguir los bienes relacionados con el mencionado contrato y no los bienes particulares de la persona natural demandada.

Anotó que la demandante adulteró el título valor y los montos consignados en él no corresponden a los efectivamente entregados a la parte demandada, pues el pagaré sólo debía contener la suma de 740 millones de pesos; la cifra consignada refleja valores correspondientes a otros actos jurídicos que no fueron cumplidos por la demandante que están siendo perseguidos sin haber sido consumados y aprobados por los demandados; sin que se valoraran las pruebas recaudadas que demuestran las irregularidades antedichas que establecen cómo fue la negociación contractual y cuáles los alcances de las instrucciones para completar los espacios en blanco del documento, así como también se desconocieron las probanzas sobre las investigaciones penales que se adelantan contra la demandante.

Al ejercer su derecho de réplica el apoderado de la actora resaltó que la apelante confunde la causal de relación contractual con la supuesta falsedad del título valor. Se acepta que fueron recibidos \$1.819'000.000 pero supuestamente no autorizó el destino que se le dio; aunque en el proceso liquidatorio ante la Superintendencia de Sociedades admitió la deuda que aquí se cobra.

CONSIDERACIONES

1. Con la presencia de los llamados presupuestos procesales de la acción y sin que se advierta la incursión en causal que pueda viciar de nulidad lo actuado, están dadas las condiciones para que esta Corporación decida de fondo la instancia.

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

3. El recurso de alzada se fundó, únicamente en la supuesta “adulteración” del título base de la acción ejecutiva, así como el desconocimiento del material probatorio mediante el cual se puso a disposición de la autoridad investigativa, la posible comisión de varios delitos, entre ellos la falsificación en documento privado.

4. Preliminarmente, debe advertirse que la actuación que se le enrostra a la acreedora es la alteración del título valor, con fundamento en la discrepancia que en las cantidades invoca la deudora se deben cancelar.

Al respecto, téngase en cuenta que al formular recurso contra el auto de apremio se pidió fuera revocado por que el pagaré “*contiene enormes Falsedades y es un Documento Adulterado*” y que “*carece de Validez, por la Inclusión Ilegal de montos no recibidos realmente por las demandadas, por ser producto de una Estafa y Autogiros, Montos no ejecutados, por el Acreedor, “por lo que solicitó: “SUBSIDIARIA que este sea reducido a la Suma de 340 millones de pesos (\$340.000.000) millones de pesos. Suma que reconoce la Demandada deber al Acreedor, aquí demandante”*¹⁷.

Y al contestar la demanda¹⁸ se respondió al hecho primero “*La sociedad Andíaseo Ltda., y la señora Yenith Rocio García Guarín, si son Deudoras de la Compañía Internacional. Pero es FALSO que sea por esos montos tan Elevados. Los montos han sido exagerados, mal liquidados, con montos inexistentes y todas esas presuntas falsedades fueron consignadas en el monto total del pagaré. Fue llenado de manera Irregular e Ilegal. ES UN TITULO VALOR ADULTERADO*”, enseguida anotó que se habían hecho abonos a la obligación; y al proponer excepciones dijo que “*EL TITULO VALOR HA SIDO ADULTERADO Y POR LO TANTO ESTÁ VICIADO DE FALSEDAD. Excepción In Rem. Tanto en números como en Letras, el monto consignado en el Título Valor no corresponde a los montos entregados a las Demandadas y menos a los Montos efectivamente Desembolsados para su uso*”, precisando en líneas posteriores que “*al integrar estos montos ilegales al Título Valor, mismos de los que jamás dispuso Andíaseo Ltda., o Yenith García, estamos frente a una Violación de mayor entidad, que tiene la facultad, no solo de enervar las pretensiones de la Demanda, sino de Anular el Pagaré mismo, por las falsedades que contiene*”, haciendo referencia en ese especial caso, a los valores que se incluyeron dentro del instrumento crediticio.

En consonancia con lo anterior, nótese que la inconformidad y la expresión “adulteración” no hace referencia íntima a la modificación para falsear¹⁹ el documento contentivo de la obligación, y por el contrario es el desacuerdo con las cantidades consignadas, en tanto que se destacó que si bien existe una acreencia a cargo de Yenith

¹⁷ Folio 000016, foliación marcada en la parte superior derecha en caracteres rojos. En archivo 01Cuaderno01.pdf”

¹⁸ Folios 000047 y siguientes, ídem.

¹⁹ Atendiendo lo dispuesto por el diccionario de la Lengua española de la Real Academia Española.

García Guarín²⁰, lo cierto es que el monto consignado no corresponde al realmente debido, lo que necesariamente se traduce es en el desacuerdo al momento de diligenciar el pagaré, pues es de pacífica discusión que el mismo se suscribió con espacios en blanco.

5. Bajo esas consideraciones ha de recordarse que el artículo 619 del Estatuto Mercantil, señala que *“Los títulos-valores son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora. Pueden ser de contenido crediticio, corporativos o de participación, y de tradición o representativos de mercancías.”*. Desde el punto de vista material, el título valor es un documento escrito, siempre firmado (unilateralmente) por el deudor; es, además, un papel que contiene diversas menciones.

Adicionalmente, se define al título valor como un derecho en beneficio de una persona. El derecho incorporado en el documento nace con la creación de éste. Tiene una trascendencia en la actividad económica en general y en los negocios mercantiles en particular, de ahí que el desarrollo de la economía de un país interesa que el título como valor en sí mismo, pueda entrar en circulación económica como los demás bienes.

5. La obligación cambiaria debe sustentarse en un título que reúna los requisitos generales y especiales para ser considerado como título valor, así, el artículo 621 del Código de Comercio señala que además de lo dispuesto en cada instrumento negocial en particular, éstos deberán llenar los siguientes requisitos: a) la mención del derecho que en el título se incorpora y b) la firma de quien lo crea.

Tratándose del pagaré éste debe contener además los requisitos que establece el artículo 709 *ídem*:

- a. La promesa incondicional de pagar una determinada suma de dinero.
- b. El nombre de la persona a quien deba hacerse el pago.
- c. La indicación de ser pagadera a la orden o al portador.
- d. La forma de vencimiento.

Ahora bien, quien suscribe un título valor se obliga a una prestación frente al tenedor del título y no subordina esa obligación a ninguna aceptación, ni a ninguna contraprestación.

5.1. El artículo 622 del compendio antes referido, consagra la posibilidad de extender títulos valores en blanco o con espacios en blanco, que pueden ser completados por su tenedor legítimo *“...conforme a las instrucciones del suscriptor que los haya dejado, antes de presentar el título para el ejercicio del derecho que en él se incorpora.”*.

²⁰ Folio 51 Archivo 01Cuaderno01 *“El Pagaré presentado para Ejecutar la Acción Cambiaria debería contener solamente la suma de Setecientos (740) cuarenta millones de Pesos, pero como se hizo firmar un préstamo de crédito por \$1.706.000, millones de pesos, elementalmente se prueba que el monto consignado en dicho Pagaré, no es real y es fruto de un presunto delito Financiero”*.

Cuando el título fue extendido en blanco o dejando espacios en blanco, y el tenedor procedió a llenarlos para ejercer los derechos en él incorporados, nos hallamos de cara a un título valor de los llamados incompletos, los cuales autoriza la propia ley, es más, permite que sean creados con la sola firma del obligado. Lo que no tolera es que al momento de ejercerse el derecho sigan incompletos, y cumple al tenedor legítimo completarlo previamente. Así las cosas, es evidente que la simple circunstancia de haberse dejado espacios en blanco no refleja mayor incidencia, si es que al ejercitarse el derecho cambiario se llenaron.

El girador u otorgante de un título valor que deja en él espacios en blanco, admite desde un comienzo, por ese solo hecho, que sean luego llenados, por cuanto sabe a ciencia cierta que el derecho incorporado no se puede ejercer ostentando el título con esa condición; conoce de antemano que el título, por lo mismo, será llenado en cualquier momento y en todo caso antes del ejercicio de la acción cambiaria. Desde luego que todo ello comporta un altísimo riesgo, y de ahí las numerosas dificultades que la experiencia enseña, las más veces porque surge controversia en saberse con exactitud cuáles fueron las precisas autorizaciones que reclama la ley. Nadie pone en duda entonces el sumo interés que ha de poner el girador para conjurar el riesgo que tal cosa entraña. El tenedor, claro está, no puede sino llenarlo con apego estricto a las instrucciones impartidas.

8

Lo evidente es que el supuesto analizado no se concibe sino con la existencia de unas autorizaciones que obviamente provienen del suscriptor que decide, pese a todo, dejar espacios en blanco. De modo que cuando excepciona aduciendo que el título valor no fue llenado conforme a la autorización suya, a las instrucciones impartidas está en el ineludible deber de demostrarlo. Al respecto puntualizó la Corte Suprema de Justicia:

“Ahora, si una vez presentado un título valor, conforme a los requisitos mínimos de orden formal señalados en el Código de Comercio para cada especie, el deudor invoca una de las hipótesis previstas en la norma mencionada le incumbe doble carga probatoria: en primer lugar, establecer que realmente fue firmado con espacios en blanco; y, en segundo, evidenciar que se llenó de manera distinta al pacto convenido con el tenedor del título.

Lo anterior aflora nítido si se tiene en cuenta, conforme a principios elementales de derecho probatorio, que dentro del concepto genérico de defensa el demandado puede formular excepciones de fondo, que no consisten simplemente en negar los hechos afirmados por el actor, sino en la invocación de otros supuestos de hecho impositivos o extintivos del derecho reclamado por el demandante; de suerte que al ejercer este medio de defensa surge diáfano que el primero expone un hecho nuevo tendiente a extinguir o impedir los efectos jurídicos que persigue este último, enervando la pretensión.

En torno a este preciso punto, la Corte ha señalado: “[l]a defensa en sentido estricto estriba en la negación del derecho alegado por el demandante. Y la excepción comprende cualquier defensa de fondo que no consista en la simple negación del hecho afirmado por el actor, sino en contraponerle otro hecho impeditivo o extintivo que excluya los efectos jurídicos del primero y por lo mismo, la acción. (...) De consiguiente, la excepción perentoria, cualquiera que sea su naturaleza, representa un verdadero contra derecho del demandado, preexistente al proceso y susceptible de ser reclamado generalmente a su vez como acción” (Sentencias de Casación Civil de 31 de julio de 1945, G.J. t. LX pág. 406; 9 de abril de 1969, G.J. t. CXXX pág. 16, y 25 de enero de 2008, entre otras).

En concordancia con lo que se viene diciendo, tocante con la carga de la prueba, ha de verse cómo el artículo 1757 del Código Civil prevé que “[i]ncumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”, a la vez que el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil pregonaba que “[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, normas de las cuales se deduce con facilidad que corresponde demostrar los hechos a quien los alegue, para así poder obtener los efectos derivados de los mismos. En consecuencia, deviene palmario que es de cargo de las partes probar a cabalidad la existencia de sus obligaciones o su extinción, cuando así lo invoquen como supuestos de su acción o excepción, y ello, valga repetirlo, no es más que una aplicación del principio de la carga de la prueba en orden al cual le compete al sujeto procesal que reclama unos hechos forzosamente evidenciarlos, si aspira deducir algún beneficio a su favor.

De ahí que sobre el particular, haya enfatizado la Corte que “es un deber procesal demostrar en juicio el hecho o acto jurídico de donde procede el derecho o de donde nace la excepción invocada. Si el interesado en dar la prueba no lo hace, o la da imperfectamente, o se descuida, o se equivoca en su papel de probador, necesariamente ha de esperar un resultado adverso a sus pretensiones” (G. J. t. LXI, pág. 63). En igual sentido la Corte Constitucional acerca del tema ha entendido que “si el deudor opta por hacer oponibles asuntos propios del negocio subyacente, le corresponderá probar (i) las características particulares del mismo; y (ii) las consecuencias jurídicas que, en razón de su grado de importancia, tienen el estatus suficiente para afectar el carácter autónomo y la exigibilidad propia del derecho de crédito incorporado en un título valor. (...) Así, toda la carga de la prueba se impone exclusivamente al deudor, al ejecutado que propone la excepción” (Sentencia T-310/09 de 30 de abril de 2009).”²¹

Por último, recalcase que el sólo hecho de dejarse el espacio en blanco hace suponer que alguna autorización hubo; de lo contrario no se explica cómo pudo suscribirse un título valor si no es para que tenga vida jurídica.

En este orden de ideas, es legalmente posible suscribir títulos valores en blanco, correspondiendo a su tenedor legítimo llenarlo

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de junio de 2009. MP. César Julio Valencia Copete. Exp. 1100102030002009-01044-00

previamente a ejercer la acción cambiaria; proceder que en manera alguna es censurable, ni puede ser calificado como engañoso o torticero, como tampoco constituye una falsedad; alcances diversos tiene el hecho de que sea completado el cartular desatendiendo las instrucciones impartidas.

Ahora, transgredir las instrucciones no anula el título, sino que impone al juzgador ajustarlo a las efectivamente impartidas, como lo indicó la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil el 8 de septiembre de 2005: *“la inobservancia de las instrucciones impartidas para llenar los espacios en blanco dejados en un título valor no acarrea inexorablemente la nulidad o ineficacia del instrumento, toda vez que de llegar a establecerse que tales autorizaciones no fueron estrictamente acatadas, la solución que se impone es ajustar el documento a los términos verdadera y originalmente convenidos entre el suscriptor y el tenedor, como, verbigracia, reduciendo el importe de la obligación cartular al valor acordado o acomodando su exigibilidad a la fecha realmente estipulada”*²².

Así mismo, la Corte Constitucional haciendo remembranza de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de 8 de septiembre y 3 de octubre de 2005 y 30 de junio de 2009 concluyó:

*“Para esta Sala de Revisión las razones que tuvieron los jueces constitucionales para conceder el amparo son válidas, por cuanto: (i) la carta de instrucciones no es imprescindible, ya que puede haber instrucciones verbales, o posteriores al acto de creación del título o, incluso implícitas, y, (ii) la ausencia de instrucciones o la discrepancia entre éstas y la manera como se llenó el título valor, no necesariamente le quitan mérito ejecutivo al mismo, sino que impone la necesidad de adecuarlo a lo que efectivamente las partes acordaron.”*²³

10

6. Siguiendo los anteriores derroteros y aplicados al caso concreto, sin duda los reproches de la apelante resultan infundados.

6.1. En primer lugar, nótese que la demandada no desconoció la suscripción del pagaré que es objeto de la acción, y por el contrario aceptó al momento de replicar el libelo, que el hecho relativo a la creación del título valor fue cierto. Incluso se aceptó la ejecución mercantil del instrumento crediticio, y que fue solamente hasta la data en que se generaron controversias con la demandante, que se procedió al incumplimiento en el pago.

Consolida tal conclusión, la manifestación contenida en el folio 50²⁴ en la que se destacó que en razón a las diferentes tratativas que poseían con la demandada y otras dos empresas, Vigilancia Andina Limitada y Compañía Dan Internacional, procedieron a suscribir los documentos con la entidad, entre ellos el pagaré.

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 8 de septiembre de 2005 citada en sentencia T-968 de 2011.

²³ Corte Constitucional, T-968 de 16 de diciembre de 2011. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

²⁴ Folio 50 Archivo “01Cuaderno01”.

“Internacional en plena Navidad, insistió en la firma de los contratos y del pagaré:

Con base en la firma de los contratos y del pagaré, la compañía demandante, procedió a:

a) Desembolsar a la cuenta de la compañía Andiasco Ltda., la suma de (...) \$1.819'000.000 (...) en fecha de 30/12/2014”

En tono con lo anterior, fue la propia demandada quien reconoció el origen del pagaré y su suscripción, así como las instrucciones impartidas para el ejercicio de la acción cambiaria, de ser necesario ello.

Ahora, si bien se alude a la falsificación de la firma de la señora Yenith Rocío García Guarín²⁵, lo cierto es que la misma se hizo consistir en la que aparece registrada en el documento de leasing bajo la modalidad lease back, en la cual se discute la tasa de interés que erróneamente se cobra, según las alegaciones de la demandada. En todo caso lo cierto es que la defensa no propuso incidente de tacha de falsedad del pagaré ni de ningún otro documento (artículo 269 de la ley 1564 de 2012).

En esas condiciones, ante la presunción de autenticidad y legalidad que ampara el título valor (artículo 793 del Código de Comercio, 260 y 261 de la ley 1564 de 2012), y la ausencia de material probatorio del cual se pueda colegir la contravención a las instrucciones impartidas por la deudora, no es otra la causa que pueda discutirse en el presente asunto.

Y es que como lo ha enseñado la línea jurisprudencial la carga de probar la “inexistencia” de instrucciones y/o el indebido diligenciamiento de los espacios dejados para completar, gravita en el demandado, carga que no se satisface con la vaga y solitaria afirmación del deudor diciendo que no impartió instrucciones o que se desconocieron las que dejó, pues a nadie le ha sido otorgado el privilegio de demostrar con su mera versión: *“a nadie le es lícito o aceptable preconstituir unilateralmente la probanza que a sí mismo le favorece, cuando con aquella pretende demostrar unos hechos de los cuales deriva un derecho o beneficio con perjuicio de la otra parte, pues ello sería tanto como admitir que el demandado, ‘mutatis mutandis’, pudiera esculpir su propia prueba, en franca contravía de granados postulados que, de antaño, inspiran el derecho procesal”*²⁶ razón por la cual no puede tenerse como prueba lo que las partes declaran en su favor, todo a partir del deber que se impone sobre aquellas de adjudicarse la obligación de probar.

²⁵ Folio 48 manuscrito o 48 Archivo “01Cuaderno01”.

²⁶ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 4 de abril de 2001, expediente 5502

No basta extender un manto de duda sobre la veracidad del documento, edificado en las vagas y simples aseveraciones de la excepcionante, para enervar la literalidad del título valor, ni para derrumbar la decisión judicial adoptada con base en las pruebas legal y oportunamente arrojadas, máxime cuando no obra dentro del expediente probanza alguna de las conductas desplegadas por la parte demandante, verbigracia, los estados financieros de la demandada a través de la cual se podría evidenciar efectivamente el dinero desembolsado para la fecha de suscripción del pagaré u otros, de los cuales se pudiese servir esta Sala para establecer que las instrucciones dadas por la otorgante para llenar los espacios dejados en blanco fueron desatendidas.

6.2. Ahora, en cuanto a la ausencia de análisis del material radicado ante la Fiscalía General de la Nación para la investigación de las conductas tipificadas como delictuales, debe decirse que además de no obrar condena sobre la demandante en torno a este especial tema o la invalidación del pagaré y sus efectos, debe decirse que la denuncia nada aporta al estudio del cual se sirven las excepciones.

En efecto, de la revisión de ese documento se logra establecer que las acusaciones que se atribuyen a Internacional Compañía de Financiamiento S.A. se limitan supuestos fraudes financieros por el débito no autorizado de dineros directamente de las cuentas de los usuarios, que si bien resulta reprochable, nada tiene que ver con la suscripción y ejecución del pagaré, o por lo menos con la relevancia que asegura la demandada posee.

De cara a ello, téngase en cuenta que la motivación de la denuncia tiene como fundamento los siguientes delitos: (i) falsificación de documento privado; (ii) hurto; (iii) estafa; (iv) falsificación de estados financieros; (v) y los demás que puedan configurarse.

Para el caso que nos interesa, esto es la conducta que conlleva a la falsificación de un documento privado, se informó que *“la Financiera, envió un documento falsificado a mi poderdante, para soportar los cobros que supuestamente había contratado con la entidad, lo cual prueba que al usarlo sirvió de prueba. Esto es que lo Hicieron y lo Usaron”*²⁷, sin que en momento alguno se aduzca como móvil del delito, la modificación, alteración, adulteración o falseado en la inserción de expresiones o similares en el cuerpo del pagaré que se cobra en esta acción judicial, escenario que deja sin sustento las inconformidades frente a la desatención de la instancia en valorar ese escrito.

7. Ante el escenario jurídico y probatorio que acaba de analizarse los argumentos de la censora resultan infundados, por lo que se mantendrá la decisión del juzgado de primer grado. Ante el fracaso del recurso, se condenará en costas a la apelante vencida.

²⁷ Folio 25 archivo “01Cuaderno01”.

DECISIÓN

Con cimiento en la argumentación que precede, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en Sala de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida el 18 de febrero de 2021 por el Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Condenar a la parte demandada al pago de las costas de esta instancia.

Notifíquese,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Magistrada

110013103005201600326 02

13

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Magistrada

110013103005201600326 02

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

Magistrado

110013103005201600326 02

Firmado Por:

Ruth Elena Galvis Vergara

Magistrada

Sala Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jorge Eduardo Ferreira Vargas

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Maria Patricia Cruz Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **4eff75e98f4eea185fef15414a57a807b13fecc8ed1c9a480680b8f0a2b53056**

Documento generado en 17/11/2022 12:30:03 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CIVIL

Bogotá D.C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

**ASUNTO: PROCESO VERBAL (REIVINDICATORIO) PROMOVIDO
POR LOS SEÑORES MARIO MARTINEZ Y MARÍA INÉS RUIZ CONTRA
JOSÉ OCTAVIO CALDERÓN ACOSTA.**

Rad. 06 2017 00110 01

SE ADMITE en el efecto devolutivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada principal (demandante en reconvención) contra la sentencia que profirió el Juzgado 6° Civil del Circuito de Bogotá el 21 de octubre de 2022, dentro del presente asunto.

La parte apelante deberá tener en cuenta lo establecido en el inciso 3° del artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, a cuyo tenor: *“Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes”*, vencidos los cuales la contraparte deberá descorrer, si a bien lo tiene, el correspondiente traslado; términos que comenzarán a contabilizarse desde la ejecutoria de esta determinación.

Concurrente con lo antes señalado, los profesionales del derecho deberán dar estricto cumplimiento al numeral 14 del artículo 78 del Código General del Proceso, so pena de imposición de multa, en los términos allí previstos.

A su turno, las partes contendientes deberán dirigir sus escritos o memoriales con destino a este asunto al correo electrónico del Secretario Judicial de esta Corporación secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE este proveído en la forma establecida en el artículo 9° de la Ley 2213 de 2022.

Cumplido lo anterior, ingresen las presentes diligencias **inmediatamente** al despacho con informe pormenorizado de Secretaría, para proveer lo que en derecho corresponda.

Notifíquese,

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada

Firmado Por:
Maria Patricia Cruz Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingenieria
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **28cb1ca2cdee0310f5889fa8577e10e6f992199b8b88b748e7fa8439f11b3d10**

Documento generado en 17/11/2022 11:42:18 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CIVIL**

Magistrado Sustanciador:

RICARDO ACOSTA BUITRAGO

Bogotá D.C., diecisiete (17) noviembre de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: JUAN PABLO CARRANZA GARCÍA, MARÍA
TERESA GARCÍA BUITRAGO en nombre
propio y representación de NATALIA
ANDREA CARRANZA GARCÍA.
DEMANDADA: COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.
CLASE DE PROCESO: DECLARATIVO- Responsabilidad civil
contractual.
MOTIVO DE ALZADA: APELACIÓN SENTENCIA

ASUNTO

Se ocupa la Sala de resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 26 de mayo de 2022, por el Juzgado 7º Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

1. Con demanda radicada el 14 de noviembre de 2018¹, el extremo demandante pidió declarar que Compañía de Seguros Bolívar S.A. “es responsable por no haber pagado la prestación asegurada que amparaba la deuda del asegurado y que transmitida tal obligación a los actores, ellos están legitimados para obtener el pago del valor total asegurado”; por esa razón, se le condene a pagar “al Banco Davivienda el saldo del crédito No. 059000000400260113,

¹ Págs. 1 a la 138, Archivo 01CuadernoPrincipal.



a la fecha en que ponga fin al proceso” y a los accionantes “el valor de cada cuota por ellos cancelada” a esa entidad bancaria, “desde el fallecimiento del señor Héctor Julio Carranza Torres, hasta la fecha en quede en firme la sentencia que así lo ordene, debidamente actualizadas” y sobre estos valores se reconozcan “intereses de mora liquidados a la tasa máxima legal permitida”; también al pago de “indemnización por perjuicios derivada del incumplimiento del contrato de seguros de vida de grupo, equivalentes a 60 SMLMV”, así como el pago de las costas.

2. Como sustento de las pretensiones se informó que Héctor Julio Carranza Torres falleció el 7 de noviembre de 2016, para esa fecha tenía un pasivo con el Banco Davivienda S.A., en virtud del contrato de mutuo denominado crediexpress fijo No. 0590000000400260113, el cual ascendía a \$112 861 717 03. El señor Carranza tomó el seguro colectivo con cobertura de muerte, como mecanismo de amparo de sus deudas, según póliza DE 45155 de la Compañía de Seguros Bolívar S.A. Para adquirir este servicio, el interesado solo tuvo que “firmar unos formatos preimpresos de solicitud del seguro, sin que se le explicara nada, ni se le formulara cuestionario alguno sobre su situación de salud o eventuales antecedentes”. Con la muerte de Carranza Torres surgió para la aseguradora la obligación de pagar el saldo de la prestación asegurada, pero la “entidad convocada no pagó a la entidad financiera acreedora la deuda”, pese a que se formalizó la reclamación, la objetó y alegó “la supuesta nulidad” del contrato de seguro; en consecuencia, los accionantes han tenido que pagar a Davivienda \$63 067 000 desde el fallecimiento del señor Carranza.



3. La demanda se admitió el 16 de enero de 2019 y se corrigió el 7 de febrero siguiente. La aseguradora se notificó el 11 de julio de 2019² y propuso “prescripción extintiva de las acciones derivadas del contrato de seguro”, “nulidad relativa del contrato de seguro por reticencia e inexactitud”, “preexistencia”, “violación del principio de buena fe”, “buena fe y debida ejecución del contrato de seguro por [su] parte” y la genérica; también objetó el juramento estimatorio³.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* inició por precisar que el tipo de responsabilidad invocada era contractual, prosiguió por aludir a los elementos del contrato de seguro, específicamente el de vida deudores. Advirtió que se aportaron las pólizas, se comprobó la ocurrencia del siniestro -la muerte del asegurado- y la reclamación de sus herederos y cónyuge; luego, en principio, les asistiría razón en sus pretensiones. Declaró no probadas las excepciones. La de prescripción, porque con ninguno de los términos, ordinario de dos años, o extraordinario de cinco, que trae el artículo 1081 del C. de Co, se cumplió, en consideración de la fecha de fallecimiento de 7 de noviembre de 2016, la suspensión por cuenta de la solicitud de conciliación (1 de noviembre de 2018) y presentación de la demanda el día 14 de noviembre de 2018. Respecto de la reticencia, preexistencias y mala fe, coligió que el occiso sí tenía antecedentes médicos, empero, las pruebas no llevan al convencimiento suficiente para determinar que fueron “la causa generadora del fallecimiento”. Afirmó, respecto de la prueba pericial agotada, que los dos médicos convocados, si bien

² Pág. 164, ib.

³ Págs. 272 a la 294, ib.



identificaron que las enfermedades “de base” que existían previamente a las suscripción del seguro, “en general, ambos aceptan que no eran de una gravedad tal que pudiera conllevar necesaria e irremediablemente... una inexactitud”, menos cuando se están hablando de “proformas en las cuales el asegurado tiene la ventaja de la interpretación en su favor” y formato en el cual, “la propia aseguradora está pidiendo la autorización para consultar la historia clínica”. Además, en razón de la edad del difunto, 60 años, habría “de suponerse por las reglas de la lógica que p[odría] tener algún tipo de enfermedad”. Concluyó que, para el caso específico, “las circunstancias en que acaeció la vinculación al contrato de seguro no ocurrió la reticencia en la información y, por ende, no hay lugar a declarar la nulidad relativa pretendida por pasiva”. No obstante, en punto a la legitimidad, consideró que los demandantes la “tendrían... para reclamar el pago al banco”, porque no son beneficiarios; para el funcionario, la activa debía acudir a la acción reclamando el pago de la deuda a Davivienda, no para sí, “incluso en los eventos en que hubieren realizado los pagos de la correspondiente obligación”. Esta condición la diferenció de la legitimidad por activa contemplada en la ley 45 de 1990, que modificó los artículos 1127 y 1133 del C. de Co., para darle una acción directa al beneficiario de un contrato de seguro que no fue parte del respectivo contrato. Aquí, aunque la cónyuge y los herederos tienen una acción contractual, para buscar que la aseguradora cancele el crédito al banco beneficiario, pero “una vez se haya realizado el pago ... se agota como tal el contrato de seguro y se pierde la obligación de la aseguradora de cancelar lo que estaba amparando con el mismo... el patrimonio del banco... y no propiamente al correspondiente deudor, aun cuando resultare beneficiario del mismo, él o sus causahabientes”. Esto lo concluyó



por el paz y salvo aportado por esa entidad bancaria. También afirmó que no se dan los requisitos del artículo 1666 del C.C., para que opere la figura de la subrogación pues tendrían otras acciones y podía, “a partir del fallecimiento” no pagar la obligación sino demandar para que se pague que es lo que ha admitido la jurisprudencia, o hacer un pago “previo acuerdo con la correspondiente entidad crediticia” para que le subrogue o ceda el derecho frente a la aseguradora.

Como consecuencia de lo anterior, declaró, de un lado, infundadas las excepciones de mérito propuestas por la pasiva, pero oficiosamente la de falta de legitimidad en la parte actora “atendiendo la inexistencia actual de saldos al crédito amparado por el contrato de seguro de que trata la demanda”, de otro, que la Compañía de Seguros Bolívar S.A. “incumplió el contrato de seguros póliza de vida grupo deudores No. 45 155 y que por ende, estaba obligada a la cancelación de los saldos... del producto crediticio crediexpress al momento de su fallecimiento”, pero negó las pretensiones indemnizatorias “por estar completamente cancelado el crédito a la fecha de emisión de la sentencia y carecer, por ende, los demandantes de legitimación en la causa” para reclamarlas.

LOS FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

El apelante alegó que **(i)** el *a quo* erró porque declaró la falta de legitimación de los demandantes atendiendo a “la equivocada idea de la inexistencia actual de saldos del crédito amparado”, lo que revela “un craso error de apreciación de la prueba obrante en el expediente”, entre otras, de las certificaciones expedidas por Davivienda sobre otras obligaciones diferentes a la de



crediexpress mencionada en la demanda; **(ii)** los demandantes reclamaron el cumplimiento del contrato de seguro, pero nunca buscaron “asumir la condición de beneficiarios en sustitución de la entidad financiera”, en tanto se pidió que el saldo insoluto se pagara directamente a Davivienda, “sin pretensión de ninguna naturaleza a su favor, distinta que le fueran reconocidos los valores desembolsados a su costa y en favor” de ese banco; **(iii)** en la certificación expedida por Davivienda, consta que la obligación TC 4916471834517128, se encontraba a paz y salvo por reclamación del seguro de vida y que la indemnización correspondió a la suma de \$3.701.598. Esto evidencia que “la aseguradora vinculada por la entidad financiera a sus operaciones, no mid[e] con el mismo criterio el derecho a la indemnización, aceptando las de cuantía no significativa y objetando otras según su criterio”; **(iv)** a los demandantes les asiste interés en el objeto del litigio, son terceros pero relativos, no absolutos porque el impago del seguro afecta su patrimonio; **(v)** al predicar la legitimación únicamente en cabeza de Davivienda para reclamar el cumplimiento del seguro, se desconocen los derechos de los demandantes y se plantea un escenario en el cual “no pueden intervenir” y se les impide “exponer sus argumentos”; **(vi)** la sentencia SC 5698 del 2021 no puede aplicarse, pues no se puede admitir que “con el fallecimiento del deudor se extingue la obligación de pagar”; y **(v)** si no se escogió la acción adecuada, el juez debía definir “cuál era el derecho a controvertir”.

CONSIDERACIONES

1. Por no estructurarse una causal de nulidad que invalide lo actuado, la decisión será de fondo; de entrada, se precisa, que la parte de la decisión que declaró que Seguros Bolívar S.A.



incumplió el contrato no puede ser objeto de estudio porque la aseguradora no apeló.

Aquí se analizará puntualmente la legitimación de los accionantes para reclamarle a su convocada, de un lado, el pago del valor insoluto de la obligación identificada con el No. 0590000000400260113 directamente al Banco Davivienda (pretensión segunda) y, de otro, que les reintegren las sumas que cancelaron a esta entidad por cuenta del mutuo, desde el fallecimiento de Carranza Torres (pretensión tercera), sus correspondientes intereses moratorios (pretensión cuarta) e indemnización de perjuicios (pretensión quinta).

2. Respecto a la legitimación para pedir el cumplimiento de la obligación de un contrato de seguros de vida grupo deudores, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido, en principio, que “(...) *los causahabientes del deudor fallecido o las personas afectadas indirectamente con el seguro no son los beneficiarios del mismo, pues la vida se asegura para bien del acreedor, hasta la concurrencia del saldo insoluto de la obligación. De ahí que, en el caso, el banco demandado sería el único llamado a exigir las consecuencias directas del seguro contratado*”⁴.

No obstante, también ha aceptado que los terceros interesados, cuyos patrimonios pueden verse afectados por la inejecución del acto jurídico (seguro), puedan exigir a la aseguradora que pague el crédito al acreedor; sobre el particular, de antaño decantó la citada Corporación: “*con todo, como el principio de la relatividad de los contratos no es absoluto, en consideración a que la*

⁴ Sentencia de casación civil del 15 de diciembre de 2008, Expediente. 2001-01021-01



ejecución o inejecución de un negocio jurídico puede beneficiar o afectar indirectamente otros patrimonios, se tiene aceptado que los terceros interesados se encuentran facultados para velar por la suerte del mismo. Es el caso, entre otros, del cónyuge sobreviviente o de los herederos del asegurado, inclusive del socio o vocero de una sociedad, cuya vida estaba amparada, quienes en defensa de la sociedad conyugal, de la herencia o del patrimonio social, pueden exigir a la aseguradora que pague lo que debe y a quien corresponde”⁵.

Bajo tales consideraciones en cita se colige que los demandantes sí estaban legitimados para reclamar que Seguros Bolívar S.A. pagara el saldo insoluto del crédito No. 0590000000400260113 al Banco Davivienda, así no fueran los beneficiarios de la póliza de seguro No. 45 155; tal aspecto no está en discusión. Aquí el juez negó el pedimento porque con los documentos adosados al plenario encontró probado que, a la fecha de emitir sentencia, el mutuo ya se encontraba saldado y, por contera, extinta cualquier obligación del banco con la aseguradora; sin embargo, anduvo errado en su conclusión; así se advierte con la simple revisión de los documentos en los cuales la sustentó.

Veamos, el *a quo* acudió a los paz y salvos expedidos por Davivienda vistos a folios 272 y 273 del expediente físico, páginas 327 y 328 archivo digital 01CuadernoPrincipal, pero estos documentos se refieren a dos obligaciones que no fueron involucradas en la demanda: el “Crediexpress Rotativo No. **06500321000965196**” que fue “cancelado en su totalidad... el 10 de julio de 2017” y la tarjeta de crédito “MasterCard No.

⁵ Ib.



5523367413991092” pagada “el 2 de diciembre de 2016”. Lo que no advirtió el funcionario fue que, en el folio y página siguiente, la entidad bancaria certificó que la obligación “Crédito fijo No. **05900000400260113**”, reclamada por los demandantes, presentaba un saldo de \$74 367 021,65 al 15 de noviembre de 2018.

El caso requiere aclarar que en la fijación del litigio el apoderado de la aseguradora pidió limitar el proceso al crediexpress terminado en 260113 y no por la tarjeta de crédito (min: 11:05 archivo 11001310300620190001300-20220526_102016-Grabación de la reunión), y con anuencia del apoderado actor, quedó definido por el juez que se excluía “la reclamación relacionada con la tarjeta de crédito y queda... la póliza que amparaba el producto crediexpress” (min. 14:00, ib).

Es decir, de la obligación objeto del pleito, que en la certificación bancaria figura como un “crédito fijo”, de ningún modo obró paz y salvo en el plenario, no se acreditó que estuviera pagada; esto se confirma con mayor acierto al estudiar los extractos de dicho crédito, aportados por los accionantes, especialmente el más reciente, del 10 de junio a 10 de julio de 2019, que informa un saldo pendiente de \$61 336 927,16 (Pág. 359 a la 360).

En ese orden de ideas, como en esta instancia no se discutieron los apartes de los numerales primero y segundo de la sentencia impugnada en los que se declararon infundadas las excepciones y que Seguros Bolívar S.A. estaba obligada a cancelar los saldos que presentara la obligación No. **05900000400260113**, tales determinaciones se mantendrán, aunque se revocarán parcialmente la del numeral primero que declaró de oficio la falta de



legitimación de los demandantes y la del segundo que negó “las pretensiones indemnizatorias reclamadas, por estar completamente cancelado el citado crédito”, es decir, “la cancelación de los saldos que presentara HÉCTOR JULIO CARRANZA TORRES al beneficiario BANCO DAVIVIENDA S.A.”

Veamos: La póliza 45115, condición primera, determina el amparo básico como “el riesgo de muerte de los asegurados”⁶ y las condiciones generales de la póliza “DE SEGURO DE VIDA DE GRUPO” en la estipulación 8ª, sobre valores asegurados individuales, dice: “La Compañía reconocerá como valor del seguro de cada persona asegurada, aquel valor registrado en la respectiva solicitud o solicitud certificado de seguro, vigente en el momento de presentarse el siniestro”⁷. El certificado individual de seguro, expedido por Seguros Bolívar, amparó el crédito en cuestión de la siguiente manera⁸:

Crédito amparado			Línea de crédito			Valor asegurado	
No. 05900000400260113			CREDIEXPRESS			\$	\$117.667.810,00
Vigencia desde		Vigencia hasta		Prima			
22	09	2016	02	02	2017	\$	

Con la demanda se aportaron extractos del crédito que interesa al proceso: uno que expresa el valor de la deuda al 10 de noviembre de 2016 por valor de \$112 861 713,03 pesos⁹, pero los demandantes continuaron haciendo pagos al Banco por esa deuda, dada la negativa de la aseguradora a asumir el siniestro, en total \$63 067 000 (hecho 18.1), respaldados con los recibos de

⁶ Archivo 1976592_8_ITP_DEUDORES_45155. Carpeta Contendofl364, repetida en las otras carpetas del expediente.
⁷ Archivo 1976592_9_CLAUSULADOS_VIDA_GENERALES. ib.
⁸ Archivo 1976592_6_0113, ib.
⁹ Págs. 118, Archivo 01CuadernoPrincipal.



consignación y extractos del crédito¹⁰, de acuerdo con la siguiente relación:¹¹

FECHA	VALOR
27/03/2017	\$ 13.000.000,00
02/05/2017	\$ 4.399.000,00
17/05/2017	\$ 2.529.000,00
07/07/2017	\$ 2.529.000,00
16/08/2017	\$ 2.540.000,00
26/09/2017	\$ 2.550.000,00
20/10/2017	\$ 2.532.000,00
20/11/2017	\$ 2.540.000,00
15/12/2017	\$ 2.540.000,00
15/01/2018	\$ 2.600.000,00
12/02/2018	\$ 2.550.000,00
10/03/2018	\$ 2.438.000,00
04/04/2018	\$ 2.550.000,00
09/05/2018	\$ 2.530.000,00
01/06/2018	\$ 2.530.000,00
04/07/2018	\$ 2.530.000,00
01/08/2018	\$ 2.540.000,00
01/09/2018	\$ 2.550.000,00
02/10/2018	\$ 2.540.000,00
06/11/2018	\$ 2.550.000

Según extracto el saldo de la obligación al 10 de octubre de 2018 era de \$76 069 478,88 pero la señora María Teresa García hizo otro pago el 6 de noviembre de 2018 por valor de \$2 550 000.

Luego, la aseguradora deberá pagar a Davivienda, conforme a la pretensión de la demanda “el saldo del crédito No. 059000000400260113, a la fecha en que quede en firme la sentencia que ponga fin a este proceso”. Y por supuesto que si incurrió en mora pagará, también, los intereses que se hubieren causado hasta el pago total de la obligación.

En esos términos prosperan los reparos encaminados a demostrar la legitimación en la causa por activa para reclamar la

¹⁰ Págs. 57 a la 119, ib.

¹¹ Pág. 44, ib.



afectación de la póliza y pago del saldo en favor de Davivienda. No será necesario estudiar las excepciones puesto que la declaración que hizo el juez en la sentencia, sobre el incumplimiento del contrato de seguro por parte de la compañía demandada, no fue objeto de apelación por Seguros Bolívar.

3. En la oportunidad para sustentar el recurso, los apelantes solicitaron que “se acceda a todas y cada una de las pretensiones indemnizatorias deprecadas, identificadas como Segunda, Tercera, Cuarta, Quinta del libelo demandatorio”. A la segunda ya se asintió en precedencia, esto es al pago del saldo del crédito directamente a Davivienda; las restantes aluden al reintegro del valor “de cada cuota” que pagaron los demandantes desde el fallecimiento de Héctor Julio Carranza, los intereses moratorios de esas sumas y la indemnización de perjuicios tasada en 60 SMLMV para cada uno.

Recuérdese que la razón que invocó el *a quo* para negar estos pedimentos fue la falta de subrogación legal y convencional en favor de los demandantes por parte de Davivienda, a quien no se demandó. Pero, como sí fue acreditado que ellos continuaron pagando la deuda, pues la aseguradora no lo hizo, surge claro que la razón por la que tuvieron que asumir el pago de las cuotas fue “por causa del incumplimiento de la convocada”, como afirmaron en el hecho 18 de su demanda y lo determinó la sentencia que no apeló Seguros Bolívar.

Así se evidencia que los argumentos relacionados con la falta de subrogación de los interesados y su imposibilidad de asumir la posición contractual del occiso para reclamar directamente



el pago de las cuotas del crédito son irrelevantes porque su reclamación a la aseguradora no fue a título de subrogatorios y sólo buscan que se les retorne “el valor de cada cuota por ellos cancelada a BANCO DAVIVIENDA, desde el fallecimiento del señor HECTOR JULIO CARRANZA TORRES, hasta la fecha en que quede en firme la sentencia que así lo ordene, debidamente actualizadas”.

Por tanto, se accederá a dicho reintegro con el reconocimiento de intereses moratorios “a la tasa máxima legal permitida” porque frente a la aseguradora estos tienen origen en la obligación a su cargo -el pago de la indemnización- que opera en favor del asegurado, según el artículo 1080 del C. de Co. y, por haber fallecido, les corresponde a sus deudos que han demandado.

4. En punto de la “equivocada elección... en cuanto a las pretensiones”, según lo calificó el apelante, la Sala comparte el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia relativo al deber que tienen los jueces de realizar una interpretación de la demanda orientada a salvaguardar el derecho sustancial, independientemente de la “desacertada calificación que el libelista le dé en su demanda a las súplicas”, como lo alegó invocando la sentencia de 7 de mayo de 1979, reiterada, entre otras, en la SC del 25 mayo de 2005; sin embargo, este no es un caso donde el juzgador haya desconocido dicha labor. Nótese que la demanda claramente involucraba los dos tipos de responsabilidades: la contractual, derivada del negocio de seguro, de donde se debatía el incumplimiento por parte de Seguros Bolívar S.A., y la extracontractual, en tanto los demandantes enarbolaron unas pretensiones contra la compañía, ajenas al contrato de seguro, exigiendo devolución de unas sumas pagadas a Davivienda y la indemnización de perjuicios.



Entonces, ningún reparo merece la actividad del *a quo* al interpretar la demandada por haberla rotulado el apoderado como de responsabilidad civil contractual cuando toda su argumentación se vertió por esa senda y el objeto del litigio, como el debate procesal, se orientaron por el mismo camino. De allí las excepciones propuestas por la aseguradora, unas encaminadas a extinguir los derechos derivados del contrato de seguro, o en su lugar invalidarlo por reticencia, preexistencias y mala fe.

En conclusión, como ya se dijo, aquí el debate giró en torno al contrato de seguro, su desatención y la legitimación de terceros, como los demandantes, para exigir su cumplimiento, la afectación de la póliza y el pago de los saldos del crédito reclamado que debe hacer Seguros Bolívar S.A. a Davivienda y la devolución de las cuotas del crédito amparado que fueron asumidas por los demandantes por la falta de reconocimiento del siniestro por la aseguradora

5. En el reparo se protestó la aplicación del “precedente jurisprudencial” de la sentencia SC 5698-2021 porque en los argumentos del fallo “se extrañan consideraciones específicas relacionadas con la naturaleza y consecuencia de las obligaciones personales dejadas por quien falleciera”, en tanto que ese hecho no “extingue la obligación de pagar para este o para sus deudos”, y que “el no pago de una obligación de esta naturaleza, derivada del incumplimiento de la aseguradora, afecta los activos de la sociedad conyugal, así como el acervo hereditario”, dado que “las deudas hereditarias... deben ser atendidas entre los herederos”, para concluir de allí que los demandantes deben ser beneficiarios “a título gratuito



de la póliza... en su condición de cónyuge supérstite y... como legitimarios del mismo, por ser causahabientes de la deuda a cargo de cujus..." (sic).

Pero, deberá decirse, en primer lugar, que los demandantes nunca elevaron sus pedimentos en favor de la herencia o sociedad conyugal; luego, la normatividad invocada y el argumento resultaron inocuos y no guardan relación con el petitum de la demanda, el cual, valga recordar, se hizo a título personal. Además, el tema pierde transcendencia con el descubrimiento de la equivocación del juez al tener por pagada la deuda amparada por el seguro y el reconocimiento de la legitimación que tienen los demandantes para reclamar de la aseguradora el pago del saldo del crédito al banco y el reintegro de los valores que tuvieron que abonar a esa obligación después del fallecimiento del asegurado.

Y, en segundo, que para la indemnización de perjuicios por el no reconocimiento del siniestro, es decir, el pago de saldo del crédito a favor de la entidad financiera que como deudos del asegurado fallecido pudieren reclamar a la aseguradora, atendiendo el inciso final del artículo 1080 del C. de Co., justificada en el "pago o amortización que de la deuda han tenido que seguir realizando los convocantes, por causa del incumplimiento de la convocada" (hecho 18), no puede reconocerse simultáneamente con el interés moratorio "igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad" pues, expresamente, la norma excluye esa posibilidad al consagrar el "derecho a demandar, en lugar de los intereses a que se refiere el inciso anterior, la indemnización de perjuicios causados por la mora del asegurador" (se subraya). Luego, como la reclamación por los intereses moratorios comerciales



se reconocerá a los demandantes sobre las cuotas pagadas después de la muerte del asegurado, no era viable acumular, además, la indemnización de perjuicios. Por tanto, se mantendrá la negativa de la pretensión quinta de la demanda.

Bajo tales consideraciones se resolverá conforme se anticipó, esto es, revocando parcialmente los numerales primero y segundo de la sentencia cuestionada para reconocer la legitimación de los demandantes y conceder la pretensión de condenar a la aseguradora a pagar el saldo actual del crédito No. **05900000400260113** al Banco Davivienda y la devolución del valor de las cuotas por ellos pagadas hasta el momento de la sentencia, con los intereses moratorios previstos en el artículo 1080 del C. Co. a partir de la fecha en que se hizo cada abono y hasta su pago efectivo por la aseguradora.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en Sala Primera de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Revocar parcialmente el numeral primero en la parte resolutive de la sentencia proferida el 26 de mayo de 2022, por el Juzgado 7º Civil del Circuito de Bogotá, que declaró la falta de legitimación de los demandantes atendiendo la inexistencia actual de saldos al crédito amparado por el contrato de seguro.



SEGUNDO: REVOCAR parcialmente el numeral segundo en la parte que negó las pretensiones por estar cancelado el crédito objeto de la demanda y en su lugar CONDENAR a Seguros Bolívar S.A. a pagar al beneficiario Banco Davivienda S.A. el salto total actual del crédito fijo o Crediexpress No. **05900000400260113**, a cargo de Héctor Julio Carranza Torres, amparado con la póliza de seguro de vida grupo deudores No. 45155, lo cual deberá realizar dentro del plazo de cinco días contados desde la ejecutoria de este fallo de manera que la obligación quede totalmente extinguida; y a devolver a los demandantes el valor total de las cuotas por ellos pagadas al Banco Davivienda S.A. a partir del fallecimiento del señor HECTOR JULIO CARRANZA TORRES, hasta la fecha en que quede en firme esta sentencia, más los intereses previstos en el artículo 1080 del C. de Co. sobre cada una desde el momento en que se hicieron hasta el día del pago a los demandantes.

Negar las demás pretensiones de la demanda

TERCERO: REVOCAR el numeral tercero para condenar en costas en la primera instancia a la demandada. El juez fijará las agencias en derecho que correspondan. En la segunda instancia no habrá condena ante la prosperidad en parte del recurso.

CUARTO: Devolver el expediente al despacho de origen, para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Ricardo Acosta Buitrago
Magistrado
Sala Civil Despacho 015 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Marco Antonio Alvarez Gomez
Magistrado
Sala 006 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jesus Emilio Munera Villegas
Magistrado
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3cd13daed1aabd2a9063a9f1740a340392205b393abad2f56b26a55f61e007f7**

Documento generado en 17/11/2022 11:56:52 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C. SALA CIVIL

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Bogotá, D.C., diecisiete de noviembre de dos mil veintidós

Ponencia presentada y aprobada en Sala Civil de Decisión de 19 de octubre de 2022.

Proceso:	Ejecutivo hipotecario.
Demandante:	Miguel Pineda Solano.
Demandado:	Ismael Augusto Rodríguez Hurtado y otro.
Radicación:	110013103007201500521 06
Procedencia:	Juzgado 5º Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá.
Asunto:	Apelación de sentencia
SC-037/22.	

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación provocado por la parte demandada contra la sentencia emitida el 25 de octubre de 2019, por el Juzgado 5º Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. Miguel Pineda Solano promovió demanda ejecutiva con garantía hipotecaria contra Ismael Augusto Rodríguez Hurtado y Nelly Esperanza Rodríguez Vargas a fin de obtener el recaudo de las siguientes sumas de dinero:

i) \$30.000.000, por concepto de capital contenido en el pagaré N° 001 en papel documentario CA-17600496.

ii) \$50.000.000, capital contenido en el pagaré N° 002 en papel documentario CA-17600497

iii) \$50.000.000, por concepto de capital contenido en el pagaré N° 003 en papel documentario CA-17600498.

iv) \$50.000.000 por concepto de capital contenido en el pagaré N° 004 en papel documentario CA-17600423.

v) Los intereses moratorios causados sobre las anteriores sumas a partir del 15 de noviembre de 2013 y hasta la cancelación total, a la tasa certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

2. La *causa petendi* expuesta, admite la siguiente síntesis:

2.1. El 13 de abril de 2010, Ismael Augusto Rodríguez Hurtado y Nelly Esperanza Rodríguez Vargas se constituyeron en deudores de Miguel Pineda Solano, a favor de quien constituyeron hipoteca abierta en cuantía indeterminada, para garantizar toda obligación que por cualquier causa contrajeran a favor del acreedor.

2.2. Los deudores suscribieron cuatro pagarés por un monto total de \$180.000.000, reconocidos ante Notaría el 21 de abril de 2010 cuyos capitales debían pagarse el 20 de abril de 2011 y, se encontraban en mora desde el 15 de noviembre de 2013.

3. El Juzgado 7° Civil del Circuito de Bogotá libró orden de pago el 16 de septiembre de 2015¹, auto corregido mediante providencia del 13 de octubre del mismo año, por la vía ejecutiva hipotecaria de mayor cuantía a favor del demandante y a cargo de los demandados por los montos indicados en el libelo genitor.

3.1. El 4 de octubre de 2016² se profirió auto que ordenó seguir adelante la ejecución por cuanto los ejecutados no contestaron la demanda.

3.3. Nelly Esperanza Rodríguez Vargas mediante apoderado presentó incidente de nulidad por indebida notificación³ el cual en auto del 13 de julio de 2018 se declaró probada y dispuso “*Declarar la nulidad de lo actuado, respecto a la ejecutada Nelly Esperanza Rodríguez Vargas, desde el auto de octubre 13 de 2015*” y, la tuvo por notificada por conducta concluyente.

La citada decisión fue confirmada por esta Corporación en auto del 18 de noviembre de 2018⁴.

3.4. La ejecutada Nelly Esperanza Rodríguez Vargas contestó la demanda⁵ y formuló las excepciones de “*prescripción de la acción cambiaria, pago parcial de la obligación, mala fe y falta de lealtad procesal*”.

En providencia del 18 de octubre de 2018⁶ se dejó constancia que Ismael Augusto Rodríguez Hurtado no contestó la demanda.

¹ Folio 31 manuscrito o folio 51 del 01CopiaCuadernoPrincipal.PDF en 01CuadernoUno.

² Folio 88 manuscrito o folio 127 01CopiaCuadernoPrincipal.PDF en 01CuadernoUno

³ Cuaderno 4, escrito radicado el 5 de octubre de 2017.

⁴ Folio 3 manuscrito o folio 5 del cuaderno denominado 03cuadernos

⁵ Folio 148 manuscrito o folio 209 archivo 01CopiaCuadernoPrincipal.PDF en 01CuadernoUno

⁶ Folio 156 manuscrito o folio 219 archivo 01CopiaCuadernoPrincipal.PDF en 01CuadernoUno

4. Adelantado el trámite de la primera instancia, se dictó sentencia el 25 de octubre de 2019⁷ en la cual se declararon no probadas las excepciones propuestas por la demandada Nelly Esperanza Rodríguez Vargas; decretó la venta en subasta, previo avalúo, de los bienes hipotecados para con su producto pagar el crédito y las costas, de los que dispuso practicar las liquidaciones respectivas; y condenó en costas a la parte demandada.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En primer lugar analizó, la juzgadora si se tipificaba el fenómeno de la prescripción de la acción cambiaria derivada de los pagarés.

Dijo que contando los tres años desde la fecha en que se constituyó en mora el deudor, el 15 de noviembre de 2013 a la data de presentación de la demanda el 15 de noviembre de 2016 no se cumplió el término señalado por tanto, se interrumpió la prescripción extintiva. Anotó que se libró orden de pago el 16 de septiembre de 2015 y esa decisión se notificó en estado el 18 del mismo mes y año.

Precisó que el demandado Ismael Augusto Rodríguez Hurtado se notificó el 29 de julio de 2016, es decir, dentro del término de un año previsto en el artículo 94 de la Ley 1564 de 2012, acto con el cual se interrumpió la prescripción respecto a ese ejecutado.

Agregó que con base en el artículo 632 del Código Civil, los giradores, otorgantes, aceptantes, endosantes, avalistas, se entienden obligados solidariamente. Así, se generó la interrupción de la prescripción respecto a Nelly Esperanza Rodríguez Vargas al haber firmado los pagarés en el mismo grado que el otro codeudor; por tanto, empezó a correr nuevamente el término de 3 años para la prescripción, los cuales vencerían el 29 de julio de 2019, empero, dicho término se vio interrumpido ante la notificación por conducta concluyente de la referida demandada el 14 de febrero de 2019, razón por la cual no prosperaba esa excepción.

En cuanto a la excepción de pago parcial de la obligación, señaló no fue probada. Sí bien la demandada Nelly Esperanza Rodríguez Vargas afirmó que hizo un abono de \$40.000.000 el 14 de agosto de 2013, no lo acreditó. En lo que atañe al abono \$12.000.000 el 29 de septiembre de 2016 fue reconocido por el ejecutante, pero, no constituye un medio exceptivo al no modificar los hechos de la demanda porque fueron efectuados después de formulada la acción ejecutiva, por lo que sería tenido en cuenta en los términos del artículo 1653 del Código Civil.

⁷ Folio 253 manuscrito o folio 349 archivo 01CopiaCuadernoPrincipal.PDF en 01CuadernoUno

Frente a la mala fe y lealtad procesal, advirtió tampoco fue probada y, en todo caso, el abono de \$12.000.000 fue reconocido por el actor.

LA APELACIÓN

El apoderado de la parte demandada apeló la decisión, fundando su disenso en los argumentos que ante esta Sede y en oportunidad expuso de la siguiente manera:

i) Se demostró que efectivamente la demandada, Nelly Esperanza Rodríguez Vargas, fue indebidamente notificada por lo que el *a quo* el 13 de julio de 2018 se decretó la nulidad de lo actuado y, el Tribunal Superior del Distrito Judicial confirmó tal determinación el 14 de noviembre de 2018. El *a quo* profirió auto de obedéscase y cúmplase el 14 de febrero de 2019, data a partir de la cual la ejecutada es notificada por conducta concluyente, así lo dice la Corte Constitucional en sentencia T-319 de 2005. En otras palabras, no se tuvo en cuenta que la demandada fue notificada 5 años después.

La demanda fue radicada el 10 de septiembre de 2015, cuando los títulos objeto de la acción ya estaba prescritos, pues la acción ejecutiva tenía vencimiento el 21 de abril de 2014.

ii) En lo que referente al pago parcial, argumentó que el juez de primera instancia le restó credibilidad a las manifestaciones hechas por los demandados en el interrogatorio de parte, en los que quedó probado que Ismael Rodríguez Hurtado en compañía de su esposa, Nelly Esperanza Rodríguez, realizó un pago por \$40.000.000 el 14 de agosto de 2013 con abono al capital, el cual fue entregado en el apartamento de Miguel Pineda Solano, en presencia del hermano Víctor Eladio Pineda Solano. Lo cual no fue desconocido al descorrer las excepciones.

No se tuvo en cuenta que Ismael Augusto Rodríguez Hurtado se notificó el 29 de julio de 2016, acto en el cual fue asaltado en su buena fe, en la medida que fue inducido a ello, fue acompañado a firmar por el abogado de la actora quien le manifestó que “no le remataría la bodega” por lo que no ejerció el derecho a la defensa. Aquél ejecutado manifestó en el interrogatorio de parte que fue convencido para realizar una consignación a un tercero el 29 de septiembre de 2016, y el destinatario no demostró ser heredero de Miguel Pineda Solano y, el *a quo* simplemente no le dio valor probatorio a ello; adicionalmente que los ejecutados desconocen a Rut Elena Pineda. Así, se evidencia la falta de lealtad procesal así como la mala fe con que han actuado contra los ejecutados.

iii) No se dio trámite a la petición de terminación del proceso por pago, realizado al señor Víctor Eladio Pineda Solano, diputado para recibir según autorización expresa contenida en la Escritura en la cual se constituyó la hipoteca; le restó importancia a los documentos

presentados por el apoderado de éste que aceptan que la obligación esta prescrita, reconoce el pago de \$40'000.000 a capital, por haber estado presente el día que los entregaron a su hermano Miguel Pineda, *“Que de buena fe se llegó a un acuerdo de pago por valor de CIENTO VEINTICINCO MILLONES DE PESOS MCTE, condonando la totalidad de los intereses”*.

CONSIDERACIONES

1. Con la presencia de los llamados presupuestos procesales de la acción y sin que se advierta la incursión en causal que pueda viciar de nulidad lo actuado, están dadas las condiciones para que esta Corporación decida de fondo la instancia.

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

3. En primer lugar, la Sala abordará el tema de la prescripción extintiva, alegada por la demandada Rodríguez Vargas que se aduce sí se configuró.

3.1. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 2512 del Código Civil, *“La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso, y concurriendo los demás requisitos legales (...)”*.

La prescripción como institución de derecho sustancial que lo es, supone la inercia del acreedor en cierto tiempo; caso en el cual al transcurrir el término legal, extingue el derecho material que se trata de tutelar, ya que el legislador ha querido que los derechos se hagan valer en tiempo y al no hacerlo, la seguridad que requieren las relaciones jurídico – procesales exige que al invocarla el demandado se le otorgue el efecto jurídico querido si sus presupuestos de hecho han tenido cabal concurrencia en el proceso.

Cuando la prescripción no se ha cumplido, puede interrumpirse, ya en forma natural, ya de manera civil; y ocurre esta última con la notificación de la demanda judicial al dueño o deudor, conforme a los preceptos 2522, 2523, 2539 del Código Civil y 94 de la Ley 1564 de 2012.

4. De conformidad con los artículos 781 y 789 del Código de Comercio, la acción cambiaria directa, que es la procedente contra el *“aceptante de una orden o el otorgante de una promesa cambiaria o sus*

avalistas", "prescribe en tres años a partir del día del vencimiento", vale decir, desde cuando se hace exigible la obligación.

A su turno, el artículo 792 de la misma obra en cita señala quiénes se benefician de la interrupción de la prescripción y señala *"Las causas que interrumpen la prescripción respecto de uno de los deudores cambiarios no interrumpen respecto de los otros, salvo en los casos de los signatarios en un mismo grado"*.

5. En este caso, se tiene que los pagarés base de la ejecución vencían el 20 de abril de 2011, por lo cual la prescripción se consumaba el 20 de abril de 2014; empero, no puede pasarse desapercibido que en los hechos 4 y 7 de la demanda⁸ se dijo que los deudores *"no han pagado los intereses sobre el capital total, ... desde el 15 de noviembre de 2013"* y, al contestar la demandada Nelly Esperanza Rodríguez Vargas no negó tal afirmación⁹ y, por su parte, el demandado Ismael Augusto Rodríguez guardó silencio, de allí que conforme al artículo 97 de la Ley 1564 de 2012, se tiene por cierto lo indicado en tal hecho.

Incumbe entonces establecer si el lapso de prescripción fue interrumpido, pues a tono con el artículo 2539 del Código Civil:

*"La prescripción que extingue las acciones ajenas, puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente.
Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente.
Se interrumpe civilmente por la demanda judicial; salvo los casos enumerados en el artículo 2524"*.

5.1. Sea lo primero denotar que al contestarse la demanda por la señora Nelly Rodríguez al referirse al hecho 3.4., se respondió:

"AL HECHO 3.4: Es cierto, parcialmente conforme a los pagares aportados con la demanda y cuyo vencimiento era el 20 de abril de 2011. Mi representada y de acuerdo a lo manifestado bajo la gravedad de Juramento, el día 14 de Agosto de 2013 realizaron un abono por Valor de CUARENTA MILLONES DE PESOS MCTE (\$40.000.000.00), valor que el demandante MIGUEL PINEDA, les habia solicitado le consiguieran para un negocio que tenia, que se comprometia abonarlos a capital, por lo cual mi representada y con el fin de disminuir la deuda, junto con el señor ISMAEL AUGUSTO RODRIGUEZ HURTADO, consiguieron el valor solicitado por el señor PINEDA, con sorpresa ve mi poderdante que se le este exigiendo la totalidad de la obligación y desconociendo lo que las partes pactaron de forma verbal con el señor PINEDA., es decir aplicar los CUARENTA MILLONES DE PESOS MCTE (\$40.000.000.00), que con mucho esfuerzo consiguieron para que se abonara a capital."

⁸ Folio 24 manuscrito o folio 40 del archivo digital 01CopiaCuadernoPrincipal.PDF en 01CuadernoUno

⁹ Folio 149 manuscrito o folio 210 del archivo digital 01CopiaCuadernoPrincipal.PDF en 01CuadernoUno

Manifestación que reiteró al proponer la excepción de pago parcial, en ese mismo sentido se pronunciaron al absolver interrogatorio y se insiste al sustentar el recurso, con la cual se confesó que para el 14 de agosto de 2013 reconocieron la obligación a la cual dicen le hicieron un abono; confesión con la cual se tiene por interrumpido naturalmente el plazo prescriptivo en esa calenda.

5.2. En este contexto, debe darse aplicación al inciso final del artículo 2536 del Código Civil según el cual *“una vez interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término”*; precepto sobre el cual la Corte Suprema de Justicia explicó *“...Con todo, como la renuncia, a semejanza de lo que ocurre con la interrupción, conlleva a contabilizar un nuevo término de prescripción, la Corte tiene averiguado que el “resultado de la renuncia, igual que la interrupción, es la prescindencia de todo el tiempo de inercia corrido hasta entonces, de modo que el cómputo se reinicia, con posibilidad prácticamente indefinida de que se repitan los fenómenos, hasta que el término respectivo transcurra íntegro nuevamente.”*^{10”}¹¹.

De allí que, a partir del 14 de agosto de 2013 empezó a correr nuevamente el plazo trienal de prescripción.

5.3. La demanda ejecutiva fue radicada el 10 de septiembre de 2015¹² y, la orden de pago se expidió el 16 de ese mes y año, mediante auto notificado en estado el día 18 siguiente. Lo que pone en evidencia que la acción fue propiciada cuando no había fenecido el término que prevé el artículo 789 del Código de Comercio.

Ahora, el demandado Ismael Augusto Rodríguez fue notificado personalmente el 29 de julio de 2016¹³, sin que en oportunidad hiciera manifestación alguna.

Notificado el señor Ismael Rodríguez dentro del año de que trata el artículo 94 del estatuto procesal vigente, el plazo prescriptivo fue interrumpido civilmente desde la presentación de la demanda, fenómeno que se comunicó a quienes suscribieron el pagaré en un mismo grado¹⁴, esto es, a la otra demandada, si se tiene en cuenta que de acuerdo con el tenor del artículo 792 del Código de Comercio *“Las causas que interrumpen la prescripción respecto de uno de los deudores cambiarios no la interrumpen respecto de los otros, salvo en el caso de los signatarios en un mismo grado”*.

5.4. Por otra parte, mediante auto del 13 de julio de 2018¹⁵ se tuvo a Nelly Esperanza Rodríguez Vargas notificada por conducta concluyente; y a voces del artículo 301 *“Cuando se decreta la nulidad por indebida notificación de una providencia, ésta se entenderá surtida por*

¹⁰ Sentencia de 28 de febrero de 1984, G. J. Tomo CLXXVI, pág. 55.

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. MP. José Fernando Ramírez Gómez, sentencia de 3 de mayo de 2002. Exp. 6153.

¹² Folio 29 manuscrito o Folio 49 del archivo digital 01CopiaCuadernoPrincipal.PDF en 01CuadernoUno

¹³ Folio 63 manuscrito o folio 97 del archivo digital 01CopiaCuadernoPrincipal.PDF en 01CuadernoUno

¹⁴ Pues según el artículo 632 del Código de Comercio “Cuando dos o más personas suscriban un título-valor, en un mismo grado, como giradores, otorgantes, aceptantes, endosantes, avalistas, se obligarán solidariamente”;

¹⁵ Folio 30 manuscrito o folio 41 del cuaderno 01CopiaCuadernoIncidenteNulidad(1).PDF en 04CuadernoCuatro4

conducta concluyente el día en que se solicitó la nulidad, ..."; de allí que aplicado este precepto al caso concreto tenemos que la solicitud de nulidad la presentó el mandatario judicial de la señora Rodríguez Vargas el 5 de octubre de 2017¹⁶, data en que se le tiene notificada legalmente.

Entonces, desde la presentación de la demanda, hasta la fecha de notificación a la señora Nelly Rodríguez no transcurrieron los 3 años de prescripción de la acción cambiaria. Ergo, la excepción no podía tener acogida.

Lo anterior, sin considerar el abono realizado por el señor Ismael Rodríguez por \$12.000.000 el 29 de septiembre de 2016 al que se hizo alusión en la contestación de la señora Nelly para decir que desconocía tal pago¹⁷, pero que fue aceptado por el acreedor¹⁸.

Ahora, la apelante aduce desconocer a la persona a quién se hizo la consignación, es decir, a Rut Elena Pineda, por no tener la certeza si se trataba de una heredera del acreedor; no obstante, remitidos a la defensa ella se propuso en los siguientes términos:

"Fundamento la presente excepción en el sentido de indicar que dentro de la presente demanda se manifiesta un abono por valor de (\$12.000.000.00) realizado el día 29 de septiembre de 2016, abono que fue realizado por el esposo de mi representada, el señor ISMAEL AUGUSTO RODRIGUEZ HURTADO, y demandado dentro de la presente., quien manifiesta bajo la gravedad de juramento haberlo realizado [sic] en la cuenta de ahorros No. 6833197871 del Bancolombia y a nombre de la señora RUTH HELENA PINEDA, datos que fueron suministrado [sic] por la apoderada del demandante, y mucho después del deceso del señor MIGUEL PINEDA SOLANO (q.e.p.d.) quien falleció el día 16 de febrero de 2016, situación que mi poderdante desconocía".

Se aceptó allí que fue el mismo Ismael Rodríguez, esposo de la señora Nelly Rodríguez, quien hizo el depósito, lo que además consta en el formato de transacción aportada al expediente¹⁹ y, aunque hecho a cuenta de la señora Rut Elena Pineda, al descorrer las excepciones la parte actora señaló que había sido verificado a *"quien tiene vocación hereditaria del acreedor fallecido"* y avalado por la apoderada²⁰.

Adicionalmente, se acreditó que el 1º de abril de 2022 el Juzgado 5º de Familia de Bogotá declaró que el señor Miguel Pineda Solano fue el padre extramatrimonial de Rut Elena Pineda Jaramillo, decisión judicial de la que se dejó nota en el registro civil de nacimiento de la mencionada; y en virtud de ello se le reconoció como sucesora procesal de aquel en esta causa.

¹⁶ Folio 2 manuscrito o folio 4 del cuaderno 01CopiaCuadernoIncidenteNulidad(1).PDF en 04CuadernoCuatro4

¹⁷ Folio 151 manuscrito o folio 212 del archivo 01CopiaCuadernoPrincipal.PDF en 01CuadernoUno

¹⁸ Folio 168 manuscrito o folio 233 del archivo 01CopiaCuadernoPrincipal.PDF en 01CuadernoUno

¹⁹ Folio 168 manuscrito o folio 233 del archivo 01CopiaCuadernoPrincipal.PDF en 01CuadernoUno

²⁰ Folio 180 manuscrito o folio 245 archivo 01CopiaCuadernoPrincipal.PDF en 01CuadernoUno

Corolario de lo así discurrido emerge la falta de fundamento del reproche y, por ende, el fracaso de la impugnación.

6. En lo concerniente a la endilgada mala fe del acreedor al acercar al ejecutado, Ismael Rodríguez, al Juzgado para efectuar notificación personal, resulta un argumento carente de sindéresis, si en consideración se tiene que el ejercicio de una acción judicial es una conducta legítima; y que todos los ciudadanos tenemos el deber constitucional de colaborar con la justicia (artículo 95 de la Constitución). En todo caso, precisamente con el acto de notificación se le enteró de la demanda en su contra y se le brindó la oportunidad de ejercer su defensa, cosa distinta es que haya optado por asumir remiso proceder.

Ahora bien, si tal y como lo disponen los artículos 83 de la Constitución Política y 769 del Código Civil, que en su orden consagran que *“Las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”* y que *“La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria... En todos los otros, la mala fe deberá probarse”*, se sigue de ello, que quien afirma la ausencia de buena fe de su contrario, tiene la obligación, por un lado, de devastar la presunción que en beneficio de su opuesto consagran la Constitución y la ley y, por el otro, probar que el actuar de éste contradice la conducta recta, proba, honesta, leal y transparente a que se ha hecho mención.

En tal virtud, *“no cualquier proceder o alegación desvirtúa el postulado en comento o, más exactamente, la arraigada presunción que, como regla o principio rector, establece el ordenamiento en beneficio de todos. Ese actuar contrario podrá entonces hallarse -entre varios supuestos- en aquel comportamiento inequívoco que evidencie una postura incorrecta, desleal, desprovista de probidad y transparencia, que desconozca al otro, o ignore su particular situación, o sus legítimos intereses, o que esté dirigida a la obtención de un beneficio impropio o indebido, conforme se anticipó tangencialmente.”*²¹.

No puede alegarse que el demandado Ismael Rodríguez fue asaltado en su buena fe, cuando pleno conocimiento tenía de la obligación a su cargo, asumida con la suscripción de los pagarés, obligaciones que garantizó con la constitución de la hipoteca. Su mera aseveración de que el apoderado de la actora le manifestó que *“no le remataría la bodega”* en nada afecta la validez de la notificación personal que era de suyo efectuar, ni constituye un acto desleal el que lo hubiera convocado a acercarse al juzgado para enterarse de la demanda ejecutiva en su contra.

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 5 de julio de 2011. MP. Ruth Marina Díaz Rueda. Exp. 19001-3103-003-2000-00183-01

Por lo demás, la *ratio decidendi* de la sentencia T-319 de 2015 de la Corte Constitucional, que cita el recurrente, hace referencia a las formalidades de la notificación, la necesidad de las mismas, y que solo aquella hecha en debida forma tiene efectos de interrupción de la prescripción; empero, en este asunto no se avizora la incursión en motivo de nulidad en la notificación del señor Rodríguez, quien siendo el legitimado para alegar algún vicio, tampoco lo invocó.

7. La queja atañedora a la falta de valoración de la petición de terminación por pago que hizo el apoderado de Víctor Eladio Pineda Solano, es infundada si en cuenta se tiene que ese tema fue examinado y definido tanto en primera como en segunda instancia.

En efecto, la juzgadora de primer grado en auto del 19 de noviembre de 2019²² dijo:

*“Ahora bien, allegada la escritura pública No. 1060 de la Notaria 62 del Circulo de Bogotá, que fuera solicitada en auto calendado 30 de septiembre de 2019 (fl.234), y efectuada una revision exhaustiva al plenario, encuentra el Despacho que el poder especial otorgado por el demandante señor Miguel Pineda Solano (q.e.p.d.), al señor Víctor Eladio Pineda Solano, terminó al momento del fallecimiento del señor Pineda Solano, tal como lo establece el artículo 2189*5 del C.C., motivo por el cual, no se reconoce personería jurídica al doctor Oswaldo Ramírez Bolívar, como quiera que quien otorga poder no es parte en el proceso.”*

En sede de apelación sobre tal determinación esta Colegiatura se pronunció mediante auto del 30 de abril de 2021²³, en el que se confirmó el proveído en cuestión, tras considerar *“no siendo el recurrente [Víctor Eladio Pineda Solano] parte, ni sucesor procesal del demandante, ni tercero, su participación en la causa no está permitida”*.

Por ende, no había lugar ha pronunciarse sobre la solicitud de terminación del proceso por pago elevada por quien no es parte en el proceso.

8. Corolario de lo explicado, fallidas resultan las críticas del censor que carecen de la contundencia para enervar la decisión de primer grado la que, por tanto, se confirmará con la consiguiente condena en costas al apelante.

DECISIÓN

Habida consideración de lo plasmado en precedencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en Sala de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

²² Folio 380 digital o 278 manuscrito del archivo 01CopiaCuadernoPrincipal.PDF en 01CuadernoUno

²³ En el radicado 110013103007201500521 04

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de octubre de 2019 por el Juzgado 5º Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia al apelante.

NOTIFÍQUESE,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Magistrada

110013103007201500521 06

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Magistrada

110013103007201500521 06

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

Magistrado

110013103007201500521 06

-2-

Firmado Por:

Ruth Elena Galvis Vergara
Magistrada
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jorge Eduardo Ferreira Vargas
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Maria Patricia Cruz Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **7c0f330c2d00a597b907ddb1fa28dc5b27e3d9b91f1421a4d7eae2f50d5923df**

Documento generado en 17/11/2022 12:27:20 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL**

Bogotá, D.C., diecisiete de noviembre de dos mil veintidós

Proceso: Ejecutivo hipotecario.
Demandante: Miguel Pineda Solano.
Demandado: Ismael Augusto Rodríguez Hurtado y otro.
Radicación: 110013103007201500521 06
Procedencia: Juzgado 5º Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá.
Asunto: Apelación de sentencia

Se fija la suma de \$2'000.000,00 como agencias en derecho de esta instancia.

Notifíquese,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

-2-

Firmado Por:
Ruth Elena Galvis Vergara
Magistrada
Sala Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **d848cc39b9fc24dff1fe36e621375d97221dd672ae02a5dbc0c42fd8e03dc57f**

Documento generado en 17/11/2022 12:28:24 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C. SALA CIVIL

Bogotá, D.C., diecisiete de noviembre de dos mil veintidós

Proceso: Ejecutivo
Demandante: Juan Carlos Maldonado Arias
Demandado: Eliseo Cabrera Leal y otro
Radicación: 110013103007201600734 05

Como quiera que la Sala Dual ya definió sobre el recurso de súplica últimamente interpuesto por el señor Secretario dése estricto cumplimiento a la normativa procesal, respetando cabalmente los términos y, los memoriales dirigidos al proceso de la referencia pónganse en conocimiento del Magistrado Sustanciador, DE INMEDIATO.

Cumplase,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

Firmado Por:

Ruth Elena Galvis Vergara

Magistrada

Sala Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 57a00148b56d08d21b607e2adee3bc552992695f372f54eba1de0494ab8e32d9

Documento generado en 17/11/2022 01:00:17 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>