

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL

Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Radicación: 11001 31 99 001 2019 70879 06.

PRIMERO: ADMITIR, en el efecto suspensivo, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio el 27 de julio de 2023.

SEGUNDO: ADVERTIR a la parte apelante que cuenta con cinco días para sustentar el recurso de apelación tras la ejecutoria de este auto, con escrito al correo electrónico de la secretaría del Tribunal¹, y constancia de envío a su contraparte², quien tendrá cinco días para pronunciarse. (art. 12 de la Ley 2213 de 2022)

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

¹ secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

² Num.14 del art.78 del C.G.P. y art.9º de la Ley 2213 de 2022.

Firmado Por:
Adriana Ayala Pulgarin
Magistrado
Sala 017 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: **e6b02c6ab40eece5f737fce567de53e89be3c0af1b1d9f3d6c46062f7f90d92c**

Documento generado en 27/10/2023 03:51:45 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 CIVIL**

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Radicación 110013199001 2021 67693 02

A efectos de proveer acerca de la petición elevada por la apoderada judicial del extremo actor, presentada dentro del término conferido, enfilada a que se decreten como prueba unas fotografías con fecha de captura 16 de febrero y 24 de julio de 2023, así como se ordene una exhibición de los documentos contables de los establecimientos de comercio de propiedad de la intimada que comprenden un período del 26 de julio de 2021 a la fecha¹, por versar sobre hechos ocurridos después de la etapa suasoria de primer grado, cumple precisar:

1. La habilitación reconocida por el Legislador para la práctica de pruebas en segunda instancia, -artículo 327 del Código General del Proceso-, se sujeta a las eventualidades previstas en dicha disposición, es decir, que sólo ante la concurrencia de alguna de aquellas se abre paso en el trámite de la apelación, comoquiera que por regla general estas deben solicitarse, ordenarse, y practicarse ante el *a-quo*.

2. Vistos los supuestos en que se apoya la primera petición demostrativa efectuada por la parte actora, prontamente advierte el Tribunal que no se satisfacen las exigencias del numeral 3º de la norma en comento, en la medida que si de demostrar el incumplimiento de la orden cautelar emitida con anterioridad a la

¹ Archivo 06SolicitaPruebas.

presentación del escrito introductorio, esto es, que la intimada continuó usando la expresión "OPTICA GERMANA" con posterioridad a que se decretó la aludida medida, dicho registro de imágenes bien hubiera podido recaudarse antes del término que tenía aquella litigante para pronunciarse frente a las excepciones y allegar nuevas pruebas, sin que el no haberse hecho en esta etapa procesal habilite la posibilidad de predicar que se trata de un suceso acaecido con posterioridad a tal fase, pues lo cierto es que, incluso, antes de este momento, la aludida inobservancia de la orden de cautela se presentó y, por ende, se hubiere podido acreditar ante el Funcionario *a quo*.

3. Igual suerte corre la exhibición de documentos contables de los tres establecimientos de propiedad de la convocada implorada, en razón a que los mismos se exigen desde "...el 26 de julio de 2021...", fecha anterior al 22 de diciembre de este año², oportunidad en que la solicitante contestó los medios de defensa propuestos y podía deprecar el decreto de tal probanza.

En mérito de lo expuesto, el Despacho,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR el decreto de pruebas impetrado por la promotora.

SEGUNDO: DISPONER que una vez cobre ejecutoria esta providencia regrese al despacho para lo que legalmente corresponda.

² Archivo TRASLADO EXCEPCIONES DE MÉRITO, ubicado en la carpeta 36 TRASLADO EXCEPCIONES DE MÉRITO, a su vez en carpeta 2021-167693, de SuperintendenciaDeIndustria&ComercioSIC.

NOTIFÍQUESE,

**Firmado Por:
Clara Ines Marquez Bulla
Magistrada
Sala 003 Civil
Tribunal Superior De 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: **0aaa9a568bccb33649f319321df518f1399a45266fe6395b8110ef9fa66b26fc**

Documento generado en 27/10/2023 02:22:17 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 DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL

Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Radicación: 11001 31 99 001 2021 76652 03.

PRIMERO: ADMITIR, en el efecto suspensivo, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, el 25 de julio de 2023.

SEGUNDO: ADVERTIR a la parte apelante que cuenta con cinco días para sustentar el recurso de apelación tras la ejecutoria de este auto, con escrito al correo electrónico de la secretaría del Tribunal¹, y constancia de envío a su contraparte², quien tendrá cinco días para pronunciarse. (art. 12 de la Ley 2213 de 2022)

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

¹ secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

² Num.14 del art.78 del C.G.P. y art.9º de la Ley 2213 de 2022.

Firmado Por:
Adriana Ayala Pulgarin
Magistrado
Sala 017 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: **ef3ec8a4419bd2cf2439c79c189ef680e2074c43be93b7c48bc0ebacdb98adcb**

Documento generado en 27/10/2023 03:08:07 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 DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL DE DECISIÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

11001-31-03-002-2015-00107-03

Por encontrarse legalmente procedente, el Despacho dispone:

Admitir en el efecto **SUSPENSIVO**, el recurso de alzada interpuesto por Perenco Colombia Ltda., así como el que, mediante apelación adhesiva, la parte demandante formuló, en contra de la **SENTENCIA** proferida el 6 de julio de 2022, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá.

Una vez cobre ejecutoria la presente decisión, contrólense los términos con los que cuentan los aquí apelantes para sustentar la alzada formulada, conforme lo consagra el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022. Transcurrido dicho lapso, de la sustentación presentada se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días, a fin de que, si a bien lo tiene, se pronuncien frente a las manifestaciones elevadas por los impugnantes.

Por Secretaría, una vez vencidos los mencionados términos, ingrese el expediente al Despacho, con el propósito de emitir la decisión que en derecho corresponda.

Las partes allegarán el escrito sustentatorio y su réplica, a la dirección de correo electrónico secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.

NOTIFÍQUESE,

ANGELA MARÍA PELÁEZ ARENAS
Magistrada.

Firmado Por:
Angela Maria Pelaez Arenas
Magistrada
Sala 009 Civil
Tribunal Superior De 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: **33b99df106edbc8254b960eaa16c6f131b170fe688338d1c9740284fdf815a92**

Documento generado en 27/10/2023 04:47:20 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 DE DECISIÓN CIVIL

Bogotá, D. C., veintisiete de octubre de dos mil veintitrés

11001 31 03 002 2018 00 265 01

Ref. proceso verbal de responsabilidad médica de Lucrecia del Socorro Durango
Correa frente a Compensar E.P.S. (y otros)

Se admiten los recursos de apelación que presentaron las tres demandadas y las dos llamadas en garantía contra la sentencia que el 6 de febrero de 2023 (adicionada el 17 de agosto del año que avanza) profirió el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia.

En su momento, **la secretaría controlará el surtimiento de los traslados de que trata el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022.**

Las partes tendrán en cuenta que los memoriales con destino a este proceso serán remitidos al correo electrónico secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.

Cumplido lo anterior, el expediente reingresará al despacho del suscrito Magistrado, para lo que haya lugar.

Notifíquese y cúmplase

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: **067d6cd27734d31b1fb6331658aac9da980b46595a127de1be37290b20f90c90**

Documento generado en 27/10/2023 04:49:24 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
SALA CIVIL

Magistrada Ponente
MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil ventres (2023)

ASUNTO: PROCESO VERBAL (ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR) PROMOVIDO POR EL SEÑOR FERNANDO ALFONSO GONZÁLEZ ALDANA CONTRA LA SOCIEDAD MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.

Rad. 003 2021 03126 02.

Sentencia escrita de conformidad con lo autorizado por el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, cuyo proyectó se discutió en varias sesiones y se aprobó sala de 18 de octubre de 2023, según acta N° 39 de la misma fecha.

Se resuelve el recurso de apelación que formuló la parte demandada contra la sentencia que profirió la Delegatura Para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia el 15 de mayo de 2023, para cuyos efectos se evocan los siguientes,

I. ANTECEDENTES

1. El señor Fernando Alfonso González Aldana, por conducto de apoderado judicial, formuló demanda contra la sociedad Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., para que se declare que celebraron un

contrato de seguro contenido en la Póliza Individual de Arrendamiento 2119316000691 el 12 de julio de 2016, donde fungió como tomador y beneficiario, la demandada como aseguradora y el señor Edgar Mauricio Ortiz Aguirre como afianzado; que el riesgo amparado, consistente en el incumplimiento por parte del arrendatario en el pago de los cánones y cuotas de administración “*a cargo del contrato de arrendamiento 116882 de fecha 21 de junio de 2016*” ocurrió, configurándose, en consecuencia, el siniestro.

Agregó, que la demandada incumplió el contrato de seguro; que la terminación de la póliza individual de arrendamiento se hizo sin justa causa y contravino la regulación normativa que atañe al contrato de seguros, así como los términos y condiciones acordados entre tomador y asegurado; y que, por tanto, tiene derecho al reconocimiento y pago del siniestro amparado.

Pidió se condene a la convocada a pagar la suma de \$296´009.998 por concepto de los cánones de arrendamiento y cuotas de administración causados y no pagados por el arrendatario “*liquidados hasta la fecha de presentación de la demanda, hasta por un máximo de 36 meses*”; la suma de \$380´464.800 por concepto de los intereses de mora a la tasa certificada por la Superintendencia Financiera para el mes de noviembre de 2020, así como los futuros que se causen hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo; y por las costas del proceso.

2. Como sustento de lo pretendido relató, en resumen, que mediante el contrato 116882 de 21 de junio de 2016, elaborado por la demandada, arrendó al señor Edgar Mauricio Ortiz Aguirre el local comercial 3-66 de Salitre Plaza Centro Comercial P.H., ubicado en la Carrera 68B No. 24-39 de esta ciudad, para el funcionamiento de un restaurante de comida asiática, por el término inicial de 24 meses contados desde el 1º de julio de 2016 al 30 de junio de 2018, con un canon mensual de \$10´850.000, más las expensas comunes de administración por \$850.000; y que para garantizar el pago de tales conceptos y servicios públicos tomó la póliza de seguros 2119316000691 el 12 de julio de 2016 con vigencia hasta el 30 de junio de 2017.

Agregó que el local fue objeto de división material en noviembre de 2016, lo que puso en conocimiento de la aseguradora el 20 de enero de 2017; que ante el incumplimiento en el pago de los cánones de arrendamiento formuló la respectiva reclamación a la aseguradora, reiterada luego el 3 y 4 de febrero de 2020; que en el transcurso de 2017 le dirigió al arrendatario varias comunicaciones de preaviso de terminación del contrato, soportada en la mora; y que el 22 de agosto de 2018 radicó reclamación formal ante la compañía aseguradora para el pago de los emolumentos adeudados, así como el procedimiento para la restitución del inmueble y la aplicación de la cláusula penal.

Manifestó que el 5 de octubre de 2018 la convocada le pagó los cánones de arrendamiento de los meses de agosto y septiembre de 2018 y posteriormente el 13 de noviembre de ese mismo año hizo lo propio frente al de octubre de 2018, pero en el mes de diciembre, contrario a lo esperado, adujo dar alcance al siniestro presentado respecto al incumplimiento en el pago de los cánones del contrato y le manifestó que no podía otorgar cobertura al último canon solicitado porque se evidenció *“que la cesión del contrato se había efectuado por fuera de las condiciones consignadas en la Ley 820 de 2003, como en el contrato firmado por las partes”*.

Refirió que la demandada el 25 de enero de 2019 emitió respuesta en el sentido de que no se iniciaría el proceso para la restitución del inmueble y que la reclamación había sido objetada por el incumplimiento de las obligaciones de las partes; que con la terminación unilateral e injustificada del contrato de seguro quedó sin ninguna cobertura que amparara los riesgos cubiertos por la póliza; y que tal postura, así como la de no pagar los cánones de arrendamiento amparados, se apoyan en argumentos carentes de fundamento fáctico y jurídico.

3. Notificada la sociedad demandada propuso las defensas de mérito que denominó: **i)** Excepción oficiosa de que trata el artículo 282 del Código General del Proceso; **ii)** *Caducidad de la acción de protección al consumidor financiero*; **iii)** *Exclusiones y garantías contempladas en el contrato de seguro*; **iv)** *No cumplimiento del mantenimiento del estado del riesgo y notificación de cambios*; **v)** *Pago cánones de arrendamiento* –

Devolución de prima por parte de Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.; vi) Cumplimiento de las obligaciones a cargo de Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.; vii) Límite del valor asegurado – Límite de las coberturas del contrato de seguro; viii) Prescripción extintiva y nulidad relativa; ix) Compensación; y, x) Buena fe.

4. La Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia profirió sentencia donde sólo admitió como probadas las excepciones referentes al límite del valor asegurado - límite de las coberturas del contrato de seguro y compensación, las demás las negó; y declaró contractualmente responsable a la sociedad demandada frente al no reconocimiento del amparo de cumplimiento de la póliza individual de arrendamiento número 2119316000691.

Adicional, condenó a la demandada a pagar en favor del demandante la suma de \$362.379.064, junto con los siguientes intereses de mora, calculados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1080 del Código de Comercio, así: (i) sobre la suma de \$10.850.000, calculados desde el 01 de febrero del año 2019 hasta la fecha efectiva de pago; y (ii) respecto del monto de \$282.405.067,28, desde el 21 de diciembre de 2020 hasta la fecha efectiva de pago.

II. LA SENTENCIA APELADA

A vuelta de reseñar las pretensiones y excepciones, señaló que para la prosperidad de los medios exceptivos no sólo bastaba la demostración la variación del objeto o la modificación en el riesgo, sino también era necesario la acreditación del hecho, por parte de la aseguradora, de que de haber conocido del mismo no se hubiera otorgado la cobertura o se hubiera hecho en condiciones más onerosas, lo que imponía a la demandada un ejercicio probatorio adicional, conforme al artículo 1056 del Código de Comercio; y, en ese análisis, encontró que ésta más allá de reseñar la existencia del cambio en el riesgo por el uso del local o su subarriendo, no cumplió con acreditar la condición de su agravación.

Consideró relevante la conducta de la convocada, en tanto que la terminación del contrato de seguro, que se soportó en la variación del estado del riesgo, se da con posterioridad al pago de tres cánones de arrendamiento que el demandante le reclamó, así como de hecho de haber tenido conocimiento de tal situación con antelación.

Agregó, que con independencia de los alcances de la misiva del 20 de enero de 2017 y de la respuesta que otorgó la aseguradora, desde ese momento ésta conocía que sin permiso el arrendatario realizó la división del local, sin que se pronunciara al respecto y sólo se objetó en diciembre de 2018, cuando estaba en presencia de la renovación del seguro.

Que, sumado a lo anterior, de conformidad con el artículo 1078 del C. de Co., si un asegurado o beneficiario incumple con las obligaciones que le corresponden, en caso de siniestro, el asegurador sólo podrá deducir de la indemnización el pago de los perjuicios que le causen dicho incumplimiento.

Señaló que la enjuiciada no acreditó las causales excluyentes de responsabilidad aducida de la reclamación extraprocesal, por tanto, es responsable contractualmente frente al no reconocimiento del amparo del pago de arrendamiento de la póliza de seguro de cumplimiento terminada en 0691 y debe salir al pago de las sumas pactadas.

Finalmente, recordó que dado el interés público de la actividad aseguradora en la calidad de quien la ejerce y como contraprestación de los servicios que suministra genera un régimen especial de responsabilidad, del que no es oponible la buena o mala fe de quien la ejerce, ello en armonía con el artículo 871 de la codificación comercial.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

1. Inconforme con la decisión la parte demandada la apeló, con fundamento en los siguientes reparos concretos:

*i) **La sentencia desconoció el principio de congruencia por cuanto no decidió, ni realizó un análisis discriminado de las excepciones***, conforme lo ordena el artículo 282 del Código General del Proceso, en razón a que es un deber de los jueces pronunciarse y decidir sobre todas y cada una de las excepciones de mérito propuestas.

*ii) **Se declaró la obligación de indemnizar a cargo de Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. pese a que se presentó exceso ritual manifiesto*** y se apartó del deber de la administración de justicia como instrumento de efectivización de los derechos sustanciales.

*iii) **No se tuvo en cuenta las excepciones / argumentos que se expusieron con la defensa de la aseguradora Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., en cuanto a la caducidad de la acción de protección al consumidor financiero***, en razón a que el asegurado conoció desde el 2 de diciembre de 2016 la modificación del estado del riesgo respecto de la división material del local, situación de la que se percató la aseguradora en el mes de octubre de 2018 sin que fuera notificada por el asegurado, lo que motivó la terminación al contrato de seguro a partir de 31 de octubre de 2019, y esta acción se promovió el 18 de diciembre de 2020, posteriori al término de un año que tenía para entablarla.

*iv) Respecto a la **nulidad extintiva y nulidad relativa*** indicó que, si bien en las excepciones de mérito no se hizo mención asertiva sobre los términos de caducidad o prescripción, sí argumentó oportunamente sobre los sustentos fácticos que las motivaron, con ello, el fallador contaba con elementos para entrar a resolverlas.

*v) En lo que atañe a las **exclusiones y garantías contempladas en el contrato de seguro***, arguyó que, la póliza de arrendamiento 2119316000691 tenía por objeto garantizar el riesgo de incumplimiento de las obligaciones a cargo del arrendatario del contrato de arrendamiento número 116882, garantía que se encontraba limitada por la ley y el pacto allí contenido en cuanto a las partes, objeto, precio y obligaciones, no obstante, los señores Edgar Mauricio Ortiz Aguirre y Julio César Ordóñez Vera suscribieron un acuerdo el 15 de noviembre de 2016 en virtud del cual se procedió con el sub arriendo del local,

situación que afectó las condiciones del contrato de seguro y de arrendamiento.

vi) Frente al **no cumplimiento del mantenimiento del estado del riesgo y notificación de cambios**, señaló que con el subarriendo se afectaron las condiciones pactadas, debido que hubo cambio en la persona que inicialmente se identificaba como arrendatario y el uso del inmueble, situaciones que terminaron por afectar el riesgo asegurado.

Al respecto expresó que, con independencia de que el arrendador no haya dado su autorización para la subdivisión y subarriendo del bien, dicho asunto era ajeno a la aseguradora debido a que el contrato de seguro no cobijaba ese tipo de incumplimientos, por ello resulta ser una controversia que debe ser resuelta entre arrendatario y arrendador.

Señaló que si bien Mapfre procedió a reconocer cobertura sobre los incumplimientos en cabeza del arrendatario correspondiente a los meses de agosto a octubre de 2018, también lo es que objetó el de noviembre de la misma anualidad, así como cualquier otro posterior, ello en atención a que sólo hasta el mes de octubre se percató sobre el estado de agravación del riesgo no notificada oportunamente por el asegurado.

2. El demandante también impugnó el fallo y propuso los reparos que a continuación se sintetizan:

i) Que, el *a-quo* se abstuvo de resolver sobre las cuotas de administración que se causaron durante el periodo de 36 meses, bajo la excusa de que no se acreditó su monto, pese a que en el juramento estimatorio se estableció el valor de las expensas de administración desde el año 2016 a 2021; y que se debió aplicar en rigor el artículo 283 del Código General del Proceso y efectuar una condena en abstracto en cuanto a los ítems referidos.

ii) Que, no fueron decretados los intereses moratorios sobre la totalidad de \$362.379.064,00, sino sobre una suma menor, cuando se debieron disponer sobre la totalidad de la condena.

iii) Que la suma otorgada respecto a las agencias en derecho no corresponde a la de las tarifas que señala el Acuerdo No. PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura.

IV. CONSIDERACIONES

1. No hay duda de la configuración de los denominados presupuestos procesales en este asunto los cuales son necesarios para que válidamente se pueda tener trabada la relación jurídico-procesal. Además, no se observa vicio con identidad anulatoria, lo que permite proferir la decisión que en esta instancia se reclama.

2. En forma inicial, recuerda la Sala que en el marco del derecho de seguros se distinguen los de daños, caracterizados por ser meramente indemnizatorios, puesto que, *“tienen como fin último procurar reparar al asegurado o beneficiario los perjuicios recibidos como consecuencia del acaecimiento del suceso incierto determinado en el respectivo contrato como riesgo asegurado”*¹; clase dentro de la cual se encuentra el denominado seguro de cumplimiento.

Esta clase de seguro implica que la compañía aseguradora se compromete a pagarle al asegurado los perjuicios patrimoniales que se puedan derivar del incumplimiento de obligaciones a cargo del tomador nacidas de la ley o el contrato. En palabras de la Corte, dicho seguro:

“...garantiza el cumplimiento de una obligación, en forma tal que en el evento de la ocurrencia del riesgo, que consiste en el no cumplimiento, el asegurador toma a su cargo ‘hasta por el monto de la suma asegurada, por los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación’ (cas. civ. 15 de marzo de 1983), ‘la satisfacción oportuna de las obligaciones emanadas de otro negocio jurídico, lato sensu, de suerte que si el contratante ‘afianzado’ no lo hace, in concreto, deberá la compañía aseguradora indemnizar los perjuicios patrimoniales dimanantes de la inejecución prestacional, merced a su indiscutido carácter reparador, sin perjuicio de los regulados por el art. 1110 del estatuto mercantil” (cas. civ. 2 de febrero de 2001, exp. 5670; reiterando cas. civ. 21 de septiembre de 2000, exp. 6140). (...) Por ende, la obligación del asegurador no consiste en pagarle al acreedor-asegurado la suma de dinero que pretenda, sino indemnizarle el daño o perjuicio que, en estrictez, derive del incumplimiento imputable al deudor, que se le demuestre suficientemente y hasta concurrencia, claro está, de la suma asegurada” (cas. civ. 24 de julio de 2006, exp. 0019, cas. civ. 12 de diciembre de 2006 [SC-174-2006], exp. 11001-31-03-035-1998-00853-01).

¹ CSJ. Sent Cas Civ15 de nov de 2005. Exp. 1996-00206

Y, respecto de su prueba, agrega la Corte que:

“dada su naturaleza jurídica, el beneficiario del seguro de cumplimiento, ante el acaecimiento del siniestro, debe demostrar ante la compañía aseguradora, ya mediante reclamo extrajudicial o ya por vía judicial, la existencia del daño padecido y su cuantía, pues sólo hasta allá se extiende la responsabilidad de la compañía a quien, por razón de tal vínculo, le corresponde pagar, únicamente en esa medida, los perjuicios derivados para aquél por causa del incumplimiento de las obligaciones del tomador. Obvio que, antes, la aseguradora puede resultar exonerada de pagar la indemnización si demuestra que las obligaciones por cuyo cumplimiento se comprometió a responder fueron satisfechas, o que si bien fueron incumplidas, fue porque primero correspondía al otro contratante acatar las suyas (excepción de contrato no cumplido); o, en fin, que la infracción se dio por mediar un motivo legítimo o una causa extraña; en pocas palabras, no puede entenderse que la aseguradora en todo caso responde por el cumplimiento de las obligaciones del tomador, así éste tuviera motivos válidos para desatenderlas. 3. En lo que toca con carga probatoria sobre el monto de los perjuicios debe decirse que su imposición y satisfacción por el asegurado se explica, de un lado, porque la aseguradora no hace las veces de fiador de deuda ajena, pues asume la propia estipulada en la póliza, de carácter condicional, por supuesto distinta de la que contrajo el deudor del contrato objeto de aseguramiento; y de otro lado, porque, contrario a lo que sostiene la censura, el seguro de cumplimiento de que aquí se trata no es un seguro de valor admitido que permita deducir que el valor de la indemnización a cargo del asegurador es igual al valor asegurado que aparece en la póliza” (cas. civ. 21 de septiembre de 2000 [SC-170-200], exp. 6140)”.

3. En el *sub lite* tenemos que la compañía demandada, Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., expidió la póliza de seguro de cumplimiento entre particulares No. 2119316000691² con cobertura desde el 1º de julio de 2016 al 30 de junio de 2017, prorrogable mientras subsista el contrato de arrendamiento, cuyo valor asegurado aparece el monto de \$ 150.200.000, como tomador y afianzado el señor Fernando Alfonso González Aldana, y como beneficiario o asegurado el señor Edgar Mauricio Aguirre Ortiz. En el convenio, en la cláusula séptima se indica que la cobertura se mantendrá hasta que se restituyera el inmueble, con límite máximo de 36 meses, al igual en la décima también se estableció que los pagos que se efectúen no excederán el término de 36 meses.

4. El demandante señaló que el arrendatario incumplió el contrato de arrendamiento, de una parte, porque subarrendó y dividió el local pese a la prohibición expresa; y, de la otra, por razón de la mora en que incurrió en el pago de los cánones de arrendamiento, hecho que puso en conocimiento de la aseguradora³, junto con sus anexos con la que

² 007 ANEXOS/fol 38

³ 007 ANEXOS/fols 61 a 66, 73, 74, 83 y 94

advirtió la ocurrencia del siniestro asegurado, así como la exigibilidad de la indemnización, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1077 del estatuto mercantil⁴.

La compañía aseguradora en respuesta a las misivas de reclamación radicadas los días 20 de enero y 15 de febrero de 2017, donde el arrendador le puso en conocimiento la división del bien, el subarriendo y la mora, contestó que: *“En esos puntos debemos indicar que al ser obligaciones ajenas al objeto de cobertura la compañía no puede pronunciarse sobre el particular y deberán ser las partes de acuerdo a los cánones legales diriman estos puntos”*.

De manera posterior, el asegurado solicitó el pago de los cánones de arrendamiento correspondientes al año 2017; sin embargo, la petición se negó; luego, el 22 de agosto de 2018⁵ radicó otra solicitud donde realizó nueva reclamación, esta vez, ante el incumplimiento en el pago del canon correspondiente a agosto de 2018, donde reiteró el tema del subarriendo y cesión.

Mapfre seguros, contestó en comunicación del 12 de septiembre de 2018⁶, que respecto a los cánones causados en los meses de agosto y septiembre de 2018 de no ser pagados por el arrendatario serían indemnizados, de igual manera reiteró su respuesta a la situación del subarriendo y división.

En efecto, la compañía aseguradora indemnizó los cánones de arrendamiento de agosto, septiembre y octubre de 2018; empero, el 3 de diciembre de 2018 emitió documento dando alcance al aviso de siniestro, donde indicó que *“Revisada la documentación allegada a esta compañía, se pudo evidenciar que desde el mes de noviembre de 2016 se realizó una cesión de contrato entre el arrendatario y un tercero ajeno al contrato de arrendamiento No. 116882, al respecto es pertinente replicar lo consagrado en la Ley 820 de 2003 (...)”*, más adelante señaló *“Es así como*

⁴ ARTÍCULO 1077. <CARGA DE LA PRUEBA>. “Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.

El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad.

⁵ 007 ANEXOS/fol 94

⁶ 007 ANEXOS/fol 97

se puede evidenciar que la cesión del contrato se hizo fuera de las condiciones consignadas tanto en la Ley 820 de 2003 como en el contrato de arrendamiento para el inmueble de uso comercial No. 116882, se puede comprobar que hubo modificación al riesgo asegurado que según esta situación de incumplimiento de obligaciones, el contrato se dará por terminado”.

De esta manera se observa como la demandada objetó la reclamación y se opuso a las pretensiones de la demanda a través de excepciones de mérito; que una vez analizadas resultan ser, en parte, el mismo sustento del recurso de apelación, de ahí que corresponde a la Sala establecer si ellas se configuraron o no.

5. En esa tarea, los referidos reparos se resolverán de manera agrupada, puesto que dada la conexidad de su fundamentación ello lo permite; por tanto, las censuras correspondientes a la congruencia en el análisis de la excepciones, las exclusiones, garantías y el no cumplimiento del mantenimiento del estado del riesgo, serán considerados en los nomencladores 5.1. y 5.3.; por su parte, los correspondientes a la caducidad de la acción y la nulidad que de dicho fenómeno se deriva, se analizarán en el numeral 5.2 y lo referido al exceso ritual manifiesto estará comprendido en el numeral 5.4.

5.1 Como se acaba de anunciar, los reparos que corresponden a las excepciones de **iii) Exclusiones y garantías contempladas en el contrato de seguro y iv) No cumplimiento del mantenimiento del estado del riesgo y notificación de cambios**, la que se soportaron en que se incumplió el contrato de seguro No. 116882, en especial la cláusula 16 relacionada con la cesión y subarriendo del local, porque se modificó de manera sustancial la persona que inicialmente se identificaba como arrendatario y que, en virtud de ello, no sólo se variaban las condiciones pactadas en el contrato de arrendamiento, sino también las del contrato de seguro, evento que terminó por afectar el estado del riesgo con las consecuencias establecidas en la Ley.

Para resolver sobre ese punto, se tiene que el artículo 1060 del Código de Comercio establece que tanto el asegurado como el tomador,

según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo y, ante la variación del mismo, estarán en la obligación de notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato.

En cuanto a la referida notificación la norma establece que: *“La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si ésta depende del arbitrio del asegurado o del tomador. Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación”.*

Para la doctrina nacional *“el asegurado debe declarar verazmente, en el momento de contratar, el estado del riesgo, también debe ser consciente de que, si ese estado del riesgo se llega a modificar para agravarse, en el curso del contrato, por circunstancias que no eran previsibles en el momento de su celebración, debe inmediatamente dar aviso al asegurador...”*⁷,

En este caso, si bien se consignó en el contrato de arrendamiento como en el del seguro la prohibición expresa de ceder o subarrendar el local comercial, se tiene que en diciembre de 2016 por parte del centro comercial Salitre Plaza se le informó al demandante de la división del local comercial por parte del arrendatario⁸, hecho que aquél corroboró en el mes de enero y que originó la comunicación radicada en Mapfre Seguros el 20 de enero de 2017⁹, donde de manera textual informó *“En primer lugar, el arrendatario decidió de manera unilateral y sin mi consentimiento, subarrendar parte del inmueble objeto del contrato aún cuando se estipula claramente que este tipo de acción está prohibida...”*, de esta forma se evidencia que el demandante enteró de tal situación a la aseguradora.

En contraste, en la respuesta ofrecida el 20 de febrero de 2017 la convocada no calificó dicha situación como modificadora del estado del

⁷ Lecciones de Derecho de Seguros No. 3/Autor Dr. Andrés E. Ordóñez Ordóñez, Editorial Universidad Externado de Colombia./ Pag 65

⁸ Demandante realiza manifestación en los documentos allegados con los anexos de la demanda CuadernoSuperintendencia 007 ANEXOS Fols. 65, 71 y 73, contestación demanda Fernando Gonzales vs Mapfre (2) folio 2 Acta de asamblea año 2016 mencionan la división del local.

⁹ CuadernoSuperintendencia 007 ANEXOS Fols. 61

riesgo, pues únicamente se conformó con responder que *“En las reclamaciones que usted como asegurado ha elevado a la compañía nos ha puesto en conocimiento presuntos incumplimientos proveniente del arrendatario consistentes en un subarriendo, división material del inmueble que ocasionó multas por el incumplimiento del reglamento de propiedad horizontal..., En estos puntos debemos indicar que al ser obligaciones ajenas al objeto de cobertura la compañía no puede pronunciarse sobre el particular...”*.

Contestación que, a juicio de la Sala, no se aviene con lo previsto en el artículo 1060 del Código de Comercio (inciso 3º), porque esa era la oportunidad que el asegurador tenía para revocar el contrato o de exigir el reajuste en el valor de la prima. Lo anterior, a no dudarlo, en razón a que la subdivisión del local por parte del arrendatario, no puede ser considerado como ajeno a la cobertura que la aseguradora le otorgó al tomador.

Pese a lo anotado, de manera paradójica, en el momento en que se encontraba Mapfre seguros desembolsando los cánones de arrendamiento que no fueron pagados por el arrendatario, correspondientes a los meses de agosto a octubre de 2018, con ocasión a la nueva reclamación, es que el 3 de diciembre de 2018 emite comunicación al demandante para informarle que por el subarriendo del local se produjo la alteración en el estado del riesgo asegurado; empero, como esa situación ya se le había informado a la aseguradora con 11 meses de antelación operó un consentimiento tácito, similar al que se presenta en los eventos de reticencia o inexactitud al momento de declarar el riesgo, de conformidad con lo estipulado en el inciso final del artículo 1058 del C. de Co.

Por tanto, en evidencia que la aseguradora no cumplió con las obligaciones a su cargo debido a que terminó unilateralmente el contrato de seguro sin la presencia de una causal objetiva, tampoco estarían acreditadas las excepciones de *“vi) Cumplimiento de las obligaciones a cargo de Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A” y v) Pago cánones de arrendamiento – Devolución de prima por parte de Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.”* esta última a pesar de que canceló de

manera parcial los cánones adeudados de agosto a octubre de 2018, no lo es respecto de los que se siguieron generando ni los que se comprometió en el clausulado de la póliza hasta 36 meses.

De ahí que no le asista razón al recurrente en los reparos que soporta con base en las referidas excepciones.

5.2 En lo que corresponde a las excepciones de **ii) Caducidad de la acción de protección al consumidor financiero y viii) Prescripción extintiva y nulidad relativa**, como lo expuso esta Sala en pronunciamiento del 14 de septiembre de 2022, al resolver el recurso de apelación frente a la sentencia anticipada que emitió la Delegatura el 31 de enero de ese mismo año:

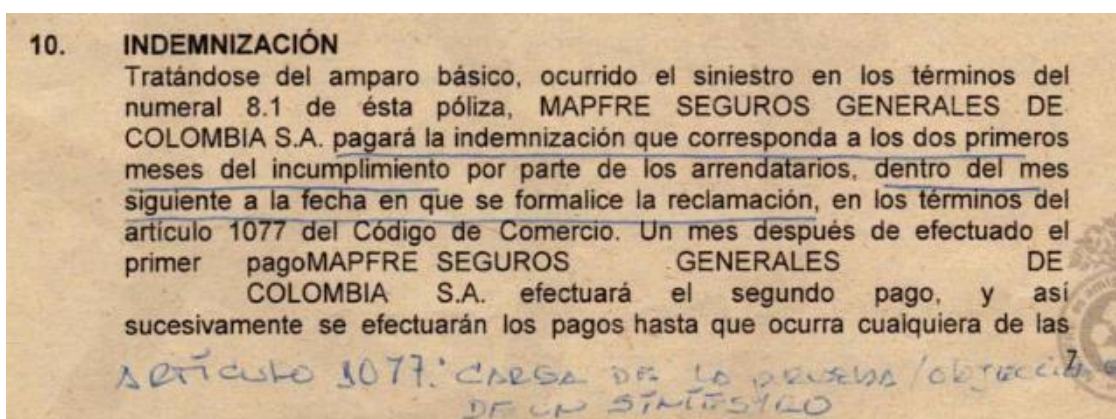
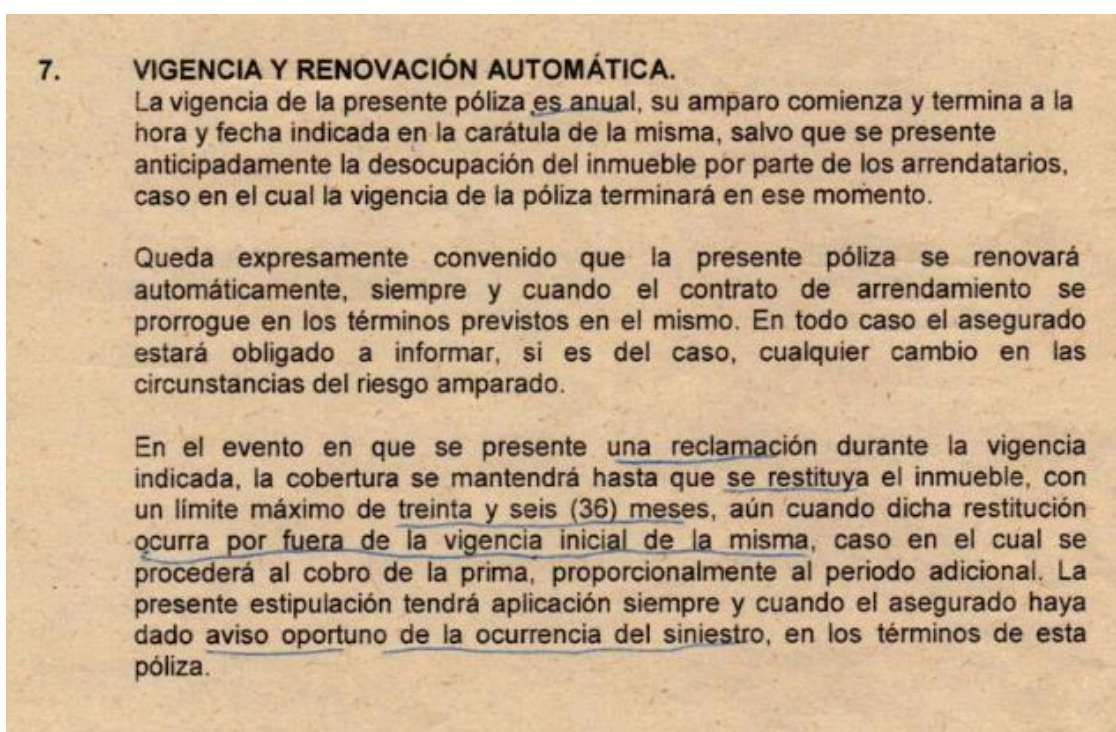
“la mayoría de integrantes de esta Sala es del criterio que el término previsto en el numeral 6° del citado artículo 58 de la Ley 1480 de 2011 es de prescripción puesto que, con independencia de la discusión académica que pueda surgir del tema, el legislador optó por esa figura, siendo una regulación de índole especial que debe primar, postura que ha calificado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sede de tutela, como razonable, al estimar que no es antojadiza ni ilegal, sino que “...obedece en línea de principio, a una legítima exégesis de la normativa que rige la materia y la jurisprudencia depurada sobre el tema ...”². Y, anteriormente, sobre la misma cuestión había precisado que le Juez no puede prever un instituto jurídico diferente al que la misma norma expresamente dispuso, ni siquiera acudiendo a un criterio auxiliar de la actividad judicial como lo es la doctrina (Art.230 C.N.) puesto que, de hacerlo, desconocería la voluntad explícita del legislador, para anteponerle el criterio del intérprete¹⁰”.

Bajo ese criterio, en la misma decisión se indicó que *“para comenzar a contabilizar el plazo otorgado al demandante para promover la acción contractual, se requería establecer si, en verdad, tal contrato terminó con o sin justa causa (...); por tanto, con soporte en la conclusión a la que arribó el delegado de la Superfinanciera y que esta Sala comparte, ante la terminación sin justa causa del contrato de seguro de cumplimiento, el límite para iniciar la acción empezaba a correr a la fecha de finalización del convenio, es decir 1 de julio de 2019 y hasta el término de un año de conformidad con el artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, es*

¹⁰ CSJ STC9016-2021 M.P. Hilda González Neira

decir, hacia el mes de agosto de 2020 sumada la suspensión de términos por cuenta de la pandemia que generó el virus Covid-19.

Además, no debe perderse de vista que en el contrato de seguro se estableció textualmente en la cláusula 7 nominada como “*Vigencia y Renovación Automática*” que: “*En el evento en que se presente una reclamación durante la vigencia indicada, la cobertura se mantendrá hasta que se restituya el inmueble, con un límite máximo de treinta y seis (36) meses, aún cuando dicha restitución ocurra por fuera de la vigencia inicial de la misma (...)*”.



siguientes circunstancias: Se restituya el inmueble arrendado por parte de los arrendatarios, o los arrendatarios efectúen el pago de sus obligaciones. En todo caso, los pagos que efectué MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. no excederán del término de treinta y seis (36) meses indicado en el numeral 7 de la presente póliza.

Para el amparo adicional de Servicios Públicos, MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. pagará la indemnización que corresponda, dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado formalice la reclamación, en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio.

Añádase a esto que según lo indicó el demandante en su interrogatorio, la restitución del inmueble se dio sólo hasta el mes de agosto del año 2021 gracias al proceso que al efecto promovió ¹¹ ante omisión de Mapfre de hacerlo, de conformidad con el acuerdo contractual.

Ante esa comprobación, la Sala concluye que dado el incumplimiento del pacto y bajo el supuesto de que en condiciones normales la cobertura se mantendría hasta lograr la restitución del inmueble al arrendatario, no se configuró el fenómeno prescriptivo enunciado, en atención a que la demanda si se presentó en diciembre de 2020, la restitución del bien tuvo lugar 8 meses después; por tanto, ni la excepción y menos el reparo que en tal sentido se propuso tienen alguna vocación de prosperidad.

5.3 En lo que corresponde al medio defensivo denominado *vii) Límite del valor asegurado – Límite de las coberturas del contrato de seguro*, que también se expone como reparo de la sentencia, si bien la cobertura el monto asegurado se estipuló en \$150.200.000, como ya se anotó, en la cláusula séptima del contrato se indicó que ella se mantendrá hasta que se restituyera el inmueble, con límite máximo de 36 meses¹²; asimismo, en la décima estipulación¹³ también se estableció que los pagos que efectúe la garantizadora no excederán el

¹¹ 128 EXP 2021 3126 AUDIENCIA 09 02 23 PARTE 1 DE 1/Minuto 45:50

¹² “En el evento en que se presente una reclamación durante la vigencia indicada, la cobertura se mantendrá hasta que se restituya el inmueble, con un límite máximo de treinta y seis (36) meses, aun cuando dicha restitución ocurra por fuera de la vigencia inicial(...)”.

¹³ “(...) Se restituya el inmueble arrendado por parte de los arrendatarios o los arrendatarios efectúen el pago de sus obligaciones. En todo caso, los pagos que efectúe MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. no excederán del término de treinta y seis (36) meses según lo indicado en el numeral 7 de la presente póliza”

término de 36 meses. Por ello, el funcionario de la primera instancia no erró cuando dispuso como indemnización el pago equivalente a los cánones de arrendamiento dejados de cancelar hasta el tope máximo convenido contractualmente, a los que descontó las mensualidades que alcanzó a amparar la aseguradora en el año 2018, antes de que objetara la reclamación.

5.4 Finalmente, en lo que atañe con la buena fe, el argumento del apelante se centró en el actuar de la aseguradora con el propósito de no ser condenada al pago de intereses, situación que no excluye tal pago por tratarse de un tema eminentemente legal.

Igual sucede con reparo correspondiente a la obligación de indemnizar, que nace en virtud del contrato de seguro, por eso el “*exceso ritual manifiesto*” que se expone como fundamento de una posible exoneración no tiene cabida, más aún cuando si bien fue enunciada y soportada en pronunciamientos jurisprudenciales, no se descendió al caso para exteriorizar los supuestos eventos donde el Delegado incurrió en ese exceso, concretamente en la sentencia de primer grado; por tanto, invocarla so pretexto de los derechos sustanciales no incide en la determinación final que se adopte, de ahí que tal inconformidad tampoco cuente con vocación de prosperidad.

6. En cuanto reparos formulados en tiempo por el demandante concernientes a la causación de las cuotas de administración no reconocidas en la sentencia; la liquidación de los intereses de mora y el valor decretado como agencias en derecho, se pronuncia el Tribunal, así:

6.1. Respecto de las cuotas de administración, al efectuar un estudio de las pruebas, se evidencia que estas no fueron objeto de reclamación ante la aseguradora y si bien su reconocimiento fue parte del contrato de seguro, lo cierto es que en la solicitud de siniestro que se realizó el 22 de agosto de 2018, no se hizo mención a dicho gasto ni se aportó prueba de su causación y pago a cargo del demandante, circunstancia por lo que no resulta procedente su reclamo por vía judicial.

Fíjese que en las condiciones de la póliza de seguro en el numeral 9.2 se estableció que el asegurado debe presentar la reclamación en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio, a la que se debió adjuntar los documentos idóneos para acreditar la cuantía y ocurrencia del siniestro, norma que no se acató en el presente trámite y de los que no existe evidencia de su radicación ante la demandada.

Ahora en lo que concierne a la condena en abstracto por razón de las referidas cuotas de administración, basta por memorar que de la lectura del artículo 283 de la norma procesal, el evento aquí presentado no se encuadra dentro de las categorías allí señaladas, atinentes al pago de frutos, intereses, mejoras u otra cosa semejante; y, en gracia de discusión, de aceptarse que puede ser deprecada en los términos del postulado 284 de la obra en cita, *“la parte favorecida podrá solicitar dentro del término de ejecutoria, se pronuncie en sentencia complementaria”*, situación que no acaeció.

6.2. Frente a la inconformidad respecto de la liquidación de intereses de mora, se tiene que la última reclamación formal realizada a la convocada corresponde al canon del mes de noviembre de 2018, y ella se hizo en el mes de diciembre del mismo año, tiempo en el que Mapfre Seguros dio por terminado unilateralmente el contrato de seguro. Así las cosas, las sumas de dinero a indemnizar según los cálculos efectuados por el *a-quo*, una vez descontado el valor de la prima pactado en un 3.11% corresponderían a **\$362.379.064.**, monto que corresponde a 33 meses de cobertura, habida cuenta que previo al finiquito del convenio la enjuiciada había reconocido el pago de los meses de agosto a octubre de 2018.

Se evidencia entonces que en el fallo de primer grado se concedieron concedió los intereses de mora sobre las siguientes sumas de dinero: *i)* \$10.850.000 por cuenta de la reclamación extraprocesal que realizó el demandante ante la aseguradora, respecto al mes de noviembre de 2018, calculados a partir del 1 de febrero de 2019, en atención a la fecha de reclamación; *ii)* sobre la suma de \$282.405.067,28, valor correspondiente a los cánones de arrendamiento distribuidos así: a) \$75.950.000 correspondiente a siete (7) meses de cánones para la

vigencia del 2018 a 2019, b) \$136.449.600 correspondiente a doce (12) meses de cánones para la vigencia 2019 a 2020, c) \$70.065.467 correspondientes a seis (6) meses de cánones para la vigencia de 2020 a 2021.

Para el cálculo de suma reconocida judicialmente, se señaló como fecha de partida el 21 de diciembre de 2020, data en la que fue presentada la demanda, de allí que el cómputo de los intereses causados sólo se limitara a los cánones que se hubiesen causado hasta dicho momento en razón a que, según su criterio, se acreditó la ocurrencia del siniestro y su cuantía.

Con la anterior conclusión se encuentra en desacuerdo la Sala, habida cuenta que, como sobrevino a la última reclamación formal la terminación del contrato, no es posible que la aseguradora sea obligada al pago de intereses en los términos del artículo 1080 del C de Co., siendo necesario esperar la reconvención judicial.

De esta manera, no resulta viable que con la presentación de la demanda hubiere quedado constituida en mora Mapfre Seguros, puesto que, solo vino a reportar ocurrencia de la constitución en mora, con la contestación de la demanda, en la medida que, sobre ese particular, la Corte ha dicho que:

/S/i bien toda reclamación debe tatuarse en un escrito (art. 1053 C. de Co.), no todo escrito en el que se solicite el pago de la prestación a cargo del asegurador, per se, se traduce en una genuina reclamación extrajudicial, o sea, en una solicitud de pago eficaz –total o parcial- y, por tanto, vinculante para aquel (petitum specialis), habida cuenta que es menester, indefectiblemente, que reúna determinadas –y reglados- requisitos (plus)...

Bajo este entendimiento, como no se presentó una típica reclamación extrajudicial al asegurador, mucho menos idónea, dirigida a obtener el pago de la prestación asegurada, fuerza concluir que aquel no se encontraba en mora para la fecha de la demanda, la que se erige, entonces, en solicitud de pago judicial. Pero como tal condición –la mora- es presupuesto ineludible para ordenar el reconocimiento de los señalados réditos, será necesario acudir a lo preceptuado en el inciso 2º del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, norma según la cual, “La notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento produce el efecto de requerimiento judicial para constituir en mora

al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, si no se hubiere efectuado antes”, lo que resulta entendible si se tiene en cuenta que, en ese específico momento, el demandado tiene la posibilidad de escoger entre asumir el pago que se demanda, o afrontar el proceso, de suerte que, en esta última hipótesis, en caso de acogerse la pretensión, los efectos de la sentencia, en lo que atañe a la mora, se retrotraen a la etapa de la litiscontestatio, es decir, al estadio procesal en que aquel asumió el riesgo de la litis, con todo lo que ello traduce (SC, 14 dic. 2001, exp. n.º 6230).

De esta manera, se tiene que la contestación de la demanda se registró el 30 de agosto de 2021, esto es, previo a que feneciera el término anual previsto en el artículo 94 del Código General del Proceso, razón por la que es posible tener a la demandada constituida en mora desde entonces y no a partir de la presentación de la demanda.

Colofón de lo anterior y debido a que los periodos indemnizados culminaban en el mes de agosto del año 2021 y como en dicha época fue contestada la demanda, es pasible determinar que el monto total sobre el que se deben calcular los intereses corresponde a **\$362.379.064¹⁴** y no a la suma expresada por el Juez de instancia.

6.3. Finalmente, en lo que tiene que ver con el monto reconocido como agencias en derecho, su reclamo en esta instancia resulta desacertado, en razón a que su inconformidad solo podrá controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto apruebe la liquidación de costas, como así lo prevé el artículo 366 del C.G.P. (numeral 5)

7. Así las cosas, ante la inviabilidad de los argumentos en que está soportada la alzada de la parte demandada y, ante la prosperidad parcial de los reparos del demandante, se impone modificar la sentencia fustigada e imponer la consecuente condena en costas a cargo de la parte convocada, propósito para el que la Magistrada Sustanciadora fija como agencias en derecho de esta instancia 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.

¹⁴ Ese monto corresponde a 33 meses de arrendamiento, menos \$ 13.321.442 correspondiente al valor de la prima no devengada para el periodo de 2018.

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. MODIFICAR el numeral sexto de la sentencia dictada por la Delegatura Para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia el 15 de mayo de 2023, para señalar que los intereses de mora deberán ser liquidados sobre el valor total de la indemnización, esto es **\$362.379.064**, serán causados a partir del 31 de agosto del año 2021 y hasta que se efectúe su pago total.

En lo demás se **CONFIRMA** la decisión de primer grado, por las razones decantadas en precedencia.

SEGUNDO. CONDENAR en costas de esta instancia a la recurrente. Líquidense por el *a quo* como lo dispone el artículo 366 del C.G.P., teniendo en cuenta la suma de \$2'601.250 como agencias en derecho, de acuerdo con lo expuesto en precedencia.

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: **684af054b4c84cd29715c267a43f8388a8961c3fef0365b5f13dc6f970c813c7**

Documento generado en 27/10/2023 10:31:51 AM

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., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO: VERBAL (ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO) DEL SEÑOR JUAN LEOPOLDO VARÓN SIERRA CONTRA COLMENA SEGUROS DE VIDA.

Rad. 03 2022 01379 02

SE ADMITE en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por el extremo demandante contra la sentencia que profirió la Superintendencia Financiera de Colombia el 12 de diciembre de 2022¹, dentro del presente asunto.

La parte apelante deberá tener en cuenta lo establecido en el inciso 3º 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 comenzaran 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 9º de la Ley 2213 de 2022.

¹ Reparto 23/10/2023

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

Rad. 03 2022 01379 02

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: **e07b212ccaf94cddd74d9dfda8038bbb1ff545e1eb6225f518e3fec945c3f68b**

Documento generado en 26/10/2023 06:48:30 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 D.C.
Sala Civil de Decisión

Magistrada Sustanciadora
SANDRA CECILIA RODRÍGUEZ ESLAVA

Veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

004 2010 00767 04

Vencido como se encuentra el término otorgado sin que fuera allegada la garantía, se hace necesario dar aplicación al inciso 6º del canon 341 del Código General del Proceso.

Recuérdese que, en proveído de 26 de septiembre 2023, se concedió el recurso extraordinario de casación interpuesto por Elisamar Martínez Sandoval contra la sentencia que dictó esta Corporación el 11 de julio anterior.

En esa oportunidad también se ordenó prestar caución por la suma de \$8.500'000.000.oo, dentro de los diez días siguientes a su notificación, con el fin de solventar el pago de los perjuicios que ocasione la suspensión de los efectos de la providencia impugnada.

En consecuencia, se debe dar trámite a la censura propuesta y ordenar el cumplimiento de la decisión emitida en segunda instancia. Al respecto, se advierte que no es necesario el suministro de expensas para la expedición de copias, debido a



que el expediente se encuentra digitalizado, tal como lo preceptúa el artículo cuarto del Acuerdo PCSJA21-11830 del 17 de agosto de 2021, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Así las cosas, por Secretaría remítase el expediente a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y elabórense las constancias respectivas.

NOTIFÍQUESE,

SANDRA CECILIA RODRÍGUEZ ESLAVA

Magistrada

Firmado Por:

Sandra Cecilia Rodríguez Eslava

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: **d6280330caca8b0ad28dd7196b2c3cdd71d289295ac5401a956509d69ecb30bb**

Documento generado en 27/10/2023 05:25:47 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 DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL DE DECISIÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

11001-31-030-05-2014-00746-01

Por encontrarse legalmente procedente, el Despacho dispone:

Admitir en el efecto **DEVOLUTIVO**, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la **SENTENCIA** proferida el día 9 de diciembre de 2021, por el Juzgado Cuarenta y Siete Civil del Circuito de Bogotá.

Una vez cobre ejecutoria la presente decisión, contrólense los términos con los que cuenta el aquí apelante para sustentar la alzada formulada, conforme lo consagra el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022. Transcurrido este lapso, de la sustentación presentada se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días, a fin de que, si a bien lo tiene, se pronuncie frente a las manifestaciones elevadas por el impugnante.

Por Secretaría, una vez vencidos los mencionados términos, ingrese el expediente al Despacho, con el propósito de emitir la decisión que en derecho corresponda.

Las partes allegarán el escrito sustentatorio y su réplica, a la dirección de correo electrónico **secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co**.

NOTIFÍQUESE,

ANGELA MARÍA PELÁEZ ARENAS
Magistrada

Firmado Por:
Angela Maria Pelaez Arenas
Magistrada
Sala 009 Civil
Tribunal Superior De 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: **595c5e71239616fb21a39910ddc2099bca6639717cd39c34cfe5cd576dcc4e51**

Documento generado en 27/10/2023 12:59:16 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 DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA CIVIL DE DECISIÓN

Bogotá D.C. veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Radicación : 11001 31 99 005 2018 64851 01.

Tipo : Verbal (Derechos de Autor).

Demandante : Entidad de Gestión Colectiva de Derechos de
Productores Audiovisuales de Colombia EGEDA Colombia.

Demandada : Blue Suites Hotel S.A.

Magistrada Sustanciadora: **ADRIANA AYALA PULGARÍN**

[Discutido y aprobado en Salas de 12 y 19 de octubre de 2023, actas 39 y 40]

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia de 13 de julio de 2020 proferida por la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor – DNDA - dentro del proceso verbal de la referencia.

ANTECEDENTES

1. La Entidad de Gestión Colectiva de Derechos de Productores Audiovisuales de Colombia - EGEDA Colombia solicitó que se declarara que Blue Suites Hotel S.A.: i) “*en el establecimiento hotelero denominado Blue Suites Hotel (comunicó) públicamente obras audiovisuales de titularidad de los productores (que representa) dentro del periodo comprendido entre 2007 hasta la fecha*”; ii) “*no cuenta con una autorización previa y expresa (...) para la comunicación pública de las obras audiovisuales comprendidas en su repertorio.*”; iii) “*vulneró los derechos patrimoniales de autor de comunicación pública de los productores audiovisuales que representa*” y, por

tanto, iv) es civilmente responsable por el incumplimiento de su deber legal, causado por la *“infracción al derecho de autor con sus propias acciones u omisiones y/o con incumplimiento al deber de adecuada selección, vigilancia y supervisión de las personas que directamente cometieron la infracción a los derechos de autor”*.

Consecuencia de lo anterior, condenarla a: 1) pagar *“la totalidad de los perjuicios ocasionados por la suma que se determina en el juramento estimatorio”* junto a los intereses comerciales moratorios a la máxima tasa de interés legal permitida *“desde la fecha en que debió realizarse cada pago de cada anualidad”* o desde la que se considere procedente; 2) abstenerse de comunicar públicamente obras audiovisuales hasta tanto no le conceda la licencia debida y; 3) en costas.

2. Manifestó, en síntesis, ser una sociedad colectiva de gestión de derechos de autores y productores audiovisuales nacionales e internacionales, en cuyo nombre autorizaba la comunicación pública de sus obras a través del otorgamiento de una licencia previa a los propietarios y responsables de establecimientos de comercio abiertos al público.

Señaló, que desde 2007, la sociedad demandada realizó la comunicación pública de piezas audiovisuales pertenecientes al repertorio de sus artistas y productores, a través de canales tales como Caracol Televisión, RCN Televisión, Señal Colombia, Canal Uno, City TV, Teleantioquia, Telecaribe, Telepacífico, Telecafé y Canal Tro, por intermedio de los televisores ubicados en las zonas comunes y las habitaciones de su hotel denominado Blue Suites Hotel ubicado en la Calle 93 17 48 de Bogotá D.C.

Destacó, que, con independencia de que dicho complejo contara con un servicio de televisión abierta o por suscripción, con la señal que de este captaba retransmitía de manera obligatoria la parrilla de programación de los mencionados operadores y, por consiguiente, las producciones de sus asociados, sin rendir el respectivo tributo.¹

¹ Cfr. Páginas 2 – 36 Folio Cuaderno 1 folio 1 al 178 Archivo: “Cuaderno 1”.

3. Blue Suites Hotel S.A. se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones que denominó: i) “*no realiza comunicación pública de obras audiovisuales*”; ii) “*Ausencia de contrato previo entre Egeda Colombia y Blue Suites Hotel*” y; iii) “*indebido calculo -sic- de las tarifas por parte de Egeda*”. Alegó, que los hoteles y, en particular, sus habitaciones, no son establecimientos de comercio abiertos al público sino “*domicilios privados*” que se encuentran excluidos del pago de los derechos reclamados; en cualquier caso, hizo énfasis en que no realizó la exhibición endilgada, y controvertió el cálculo del cobro realizado.²

4. La primera instancia culminó con sentencia que declaró no probadas las excepciones, accedió a las pretensiones y condenó a la pasiva a “*pagarle a Egeda Colombia (...) \$32.416.960 por concepto de lucro cesante*”. Argumentó, que en las habitaciones y en las zonas comunes del hotel en cita se comunicaban públicamente obras audiovisuales de titularidad de los productores representados por la demandante, pues contaba con “*40 habitaciones y cada una (...) con un televisor conectado al prestador de servicios DirecTV, esto es consecuente con lo evidenciado en la práctica de la inspección judicial en la que fueron revisadas 6 habitaciones de manera aleatoria (...) cada una de ellas contaba con un televisor conectado a un decodificador*”; situación que fue confesada y ratificada por su representante legal en su interrogatorio de parte, al afirmar “*que los canales que se (podían) sintonizar en los televisores ubicados en el establecimiento Blues Suite Hotel, no habían sido bloqueados*”.

Aunque echó de menos pruebas que acreditaran “*que en los canales disponibles se comuni(caran las) obras audiovisuales*” de los asociados de la actora, ante la inasistencia de la representante legal de la demandada a la audiencia inicial de que trata el artículo 372 del Código General del Proceso (13 de febrero de 2020) dio aplicación al numeral 4º del artículo 372 del Código General del Proceso y tuvo como cierto que en aquéllos “*se realiza(ron) actos de comunicación al público en su modalidad de exhibición, proyección y difusión*”, sin que se hubiese desvirtuado tal presunción.

² Cfr. Páginas 100 – 113 Folio Cuaderno 1 folio 1 al 178 Archivo: “Cuaderno 1”.

Destacó, que desde que el hotel empezó a prestar sus servicios (en 2007) contó con un plan básico de televisión por suscripción tanto en sus habitaciones como en sus zonas comunes, por lo que en estas se transmitieron canales y se comunicaron al público obras audiovisuales protegidas por derechos de autor; precisó, que, en las últimas de las instalaciones referidas, tal situación se registró hasta el 13 de febrero de 2020; conducta que, en cualquier caso, le causó un daño patrimonial a la demandante, al impedirle ejercer su facultad exclusiva de autorizar o prohibir la utilización de las pluricitada obras.

Agregó, que no era necesaria la mediación de un contrato, porque las entidades de gestión colectiva tenían el deber de fijar un valor base de concertación e iniciar el proceso de negociación para que el mismo se convirtiera en precio de licencia, deber que cumplió la interesada con la convocatoria a audiencia de conciliación, a la que no asistió la pasiva.³

5. Inconforme, la accionada interpuso recurso de apelación; expuso, que se le vulneró el derecho al debido proceso, en la medida en que no tuvo acceso al expediente digital con anterioridad a la audiencia de instrucción y juzgamiento, pues no se había digitalizado; destacó, que puso en conocimiento de la directora del asunto esa situación, pero se le restó importancia debido a que antes la de dicho momento, las partes habían tenido acceso al medio físico.

Adicionó, que la Delegatura *a quo* estimó erradamente que su establecimiento de comercio “*dispon(ía) en las habitaciones tecnología que permit(ía) una comunicación pública indirecta a través de una pantalla, argumento equivocado pues interpret(ó) de forma errada las normas que establec(ían) qu(é) se entiende por comunicación pública*”, ya que, conforme al artículo 15° de la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones, “*los verbos con los cuales se realiza tal comunicación pública (...) son: representación, proyección o exhibición, emisión,*

³ Cfr. Audiencia de instrucción y juzgamiento del proceso 1-2018-64851 Parte 3 Folio Cuaderno 1 folio 91 Archivo: “Cuaderno 1”.

transmisión, retransmisión, exposición, y en general difusión de obras audiovisuales (que) son imputables únicamente el -sic- operador de televisión, mientras que el solo hecho de disponer un televisor mediante el que se pueda realizar dicha comunicación pública no implica que el propietario de dicho equipo sea quien realiza la comunicación pública”; resaltó que su hotel era “un espacio privado y cerrado en el que no se puede dar tal connotación de pública”.

Alegó, que no se demostró que realizara *“ni tan siquiera la transmisión de alguna de las obras del repertorio representado por la demandante, pues está bloqueada la señal de los canales de televisión a través de los cuales se transmiten tales obras”,* situación que se evidenció en la inspección judicial, sin embargo, la decisión contradijo el sustento probatorio.

Insistió, en que las habitaciones de hoteles son domicilios privados conforme al artículo 83 de la Ley 300 de 1996, por lo que la ejecución de una obra audiovisual en su interior, *“por parte de la persona que la alquila no está llamada a generar ningún tipo de lucro, pues la persona que se hospeda en modo alguno tiene posibilidad de realizar una comunicación pública de obra alguna amparada por el derecho de autor por las mismas características de una habitación de hotel en la que la persona se hospeda con el fin de descansar, y/o realizar un privado esparcimiento, espacio en el que ningún tercero puede inmiscuirse a no ser que medie una orden de autoridad judicial, (...) ni mucho menos exigirle que informe si tiene algún ánimo de lucro al ejecutar alguna de las obras audiovisuales del repertorio de la demandante”*.⁴

CONSIDERACIONES

1. Los presupuestos procesales se encuentran acreditados, no se advierte causal de nulidad que pudiese invalidar lo actuado, ni impedimento para proferir la siguiente decisión de fondo.

2. El Código Civil colombiano, al regular los bienes incorpóreos (artículo 653) incluyó “[l]as producciones del talento o del ingenio (como) propiedad de

⁴ Cfr. Páginas 9 – 17 Folio 01 Cuaderno Tribunal Archivo: “Cuaderno Tribunal”.

sus autores” (artículo 671) haberes cuyos derechos encuentran regulación, entre otras leyes especiales, en la Constitución Política de 1991, la que elevó a ese rango el deber del Estado de proteger “*la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley*” (artículo 61) lo primero, durante “*la vida del autor y ochenta años más*” conforme al artículo 11° de la Ley 23 de 1982 (modificada por la Ley 1915 de 2018⁵) y, lo segundo, a través de las acciones y autoridades dispuestas por el Legislador para el efecto.

En materia supranacional, tanto la Decisión 351 de 17 de diciembre de 1993, aprobada por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, como el Convenio de Berna⁶, al que también adhirió nuestro país, contienen lo relativo al Derecho de Autor y Derechos Conexos.⁷

2.1. Conforme a lo previsto en el artículo 3° de la Decisión 351 en cita, constituye obra audiovisual “*toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que esté destinada esencialmente a ser mostrada a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicaciones de la imagen y de sonido, independientemente de las características del soporte material que la contiene*”. A su turno, el artículo 13 *ibidem* señala que el autor o sus causahabientes tienen el derecho a -entre otros- realizar, autorizar o prohibir “*la comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes*”, lo cual puede ocurrir -*vr. gr.*- con la emisión de obras “*por radiodifusión o por cualquier otro medio*”, la transmisión o retransmisión “*por entidad distinta a la emisora*” de las mismas, su “*emisión o transmisión*” por radio o televisión y, en general, por “*cualquier procedimiento conocido o por conocerse*”; asimismo, de acuerdo con el artículo 15 *eiusdem*, se entiende por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares

2.2. A su turno, el artículo 11 del Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas es del siguiente tenor literal:

⁵ Sobre derechos de autor.

⁶ Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.

⁷ Sobre el tema Cfr. CSJ SC3179-2021.

“Derechos de radiodifusión y derechos conexos: 1. Radiodifusión y otras comunicaciones sin hilo, comunicación pública por hilo o sin hilo de la obra radiodifundida, comunicación pública mediante altavoz o cualquier otro instrumento análogo de la obra radiodifundida; 2. Licencias obligatorias; 3. Grabación; grabaciones efímeras 1) Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar: (i) la radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de estas obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes; (ii) toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen; (iii) la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida.”

A la vez, la guía explicativa de ese convenio especifica, para el supuesto número 3 comentado, que: *“es aquella en la que, una vez radiodifundida, la obra es objeto de comunicación pública mediante altavoz o instrumento análogo. En la vida moderna, este caso se da cada vez con más frecuencia: allí donde se reúne gente hay una tendencia creciente a amenizar el ambiente con música (cafés, restaurantes, salones de té, hoteles, grandes almacenes, vagones de ferrocarril, aviones, etc.), sin tener en cuenta el espacio cada vez mayor que ocupa la publicidad en los lugares públicos. Con ello se plantea la cuestión de si la autorización de radiodifundir una obra que se concede a la emisora comprende además cualquier utilización de la emisión, incluso su comunicación pública mediante altavoz, sobre todo si se persiguen fines de lucro”*.

3. Vista la normatividad aludida, y de acuerdo con lo consignado en los antecedentes, véase que en el caso bajo estudio se solicitó que se declarara infractora a la sociedad Blue Suites Hotel S.A., por la publicación o comunicación de las obras audiovisuales incluidas en los canales de televisión de señal nacional y por suscripción que contrató desde 2007, sin autorización previa y expresa de los titulares de derechos de autor, representados por la sociedad demandante, mediante los televisores ubicados en las habitaciones y las áreas comunes del complejo hotelero de su propiedad, denominado Blue Suites Hotel, ubicado en la Calle 93 17 48 de Bogotá D.C.

Por su parte, esta última se opuso a lo peticionado, en tanto que consideró que sus habitaciones eran *“domicilios privados”* en los que no se probó que se hubiese realizado la exhibición pública de las obras comentadas, pues, en caso de haber sido así, fueron directamente sus operadores de señal televisiva o sus huéspedes, los que procedieron de tal manera, lo que descartaba su obligación de pagar por tales derechos, máxime si se tomaba en cuenta, que no existía un contrato suscrito con la accionante para tales fines.

4. Al respecto, ha de recordarse que los titulares del derecho de autor, directamente o a través de su representante (Artículo 49 de la Decisión 351 Ib) tienen la potestad de proteger su propiedad intelectual, para lo cual cuentan con múltiples herramientas legales nacionales y supranacionales en orden de reclamar de los presuntos infractores, la reparación del daño causado.

4.1. En este caso se demostró que Blue Suites Hotel S.A. vulneró los derechos de autor gestionados por EGEDA Colombia, hecho que se originó en la transmisión, comunicación o publicación que, de obras audiovisuales incluidas en los canales de televisión de señal nacional y/o por suscripción contratados por la demandada, con sus respectivos operadores, se efectuaron mediante los televisores ubicados dentro de las habitaciones y las áreas comunes de su hotel denominado Blue Suites, sin autorización previa y expresa de sus titulares, representados por la sociedad demandante, como se pudo establecer del material probatorio, en especial, de las confesiones realizadas por la representante legal de la convocada en su correspondiente interrogatorio de parte⁸.

4.2. Consecuencia de esa situación, el daño, según se afirmó por la accionante, se edificó en la afectación directa que debía ser materia de resarcimiento, esto es, la comentada violación a las prerrogativas de los autores, en sus esferas moral y patrimonial. Sobre este tópico, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina refirió, en la interpretación prejudicial solicitada para este caso, que: *“Para que opere la infracción por falta de autorización de comunicación pública de una obra audiovisual que forma parte del repertorio inscrito en una sociedad de gestión colectiva deben darse las siguientes condiciones: a) Se debe considerar la existencia de derecho de autor, en concreto de obras audiovisuales reconocidas a favor de sus titulares. b) Que sus titulares hayan inscrito el repertorio de obras ante la sociedad de gestión colectiva para la protección de sus derechos. c) Que se haya efectuado la comunicación pública de las obras audiovisuales sin autorización de la sociedad que los representa.”*⁹.

4.3. Así, es claro el nexo causal existente entre este y aquél (daño-hecho) cuya configuración fue actual y próxima al ocasionado, en la medida en que la

⁸ Cfr. Audiencia: “09120100”.

⁹ Cfr. Interpretación Prejudicial 139-IP-2021.

lesión al derecho subjetivo tutelado fue consecuencia de la conducta descrita en precedencia, pues, a raíz de la comunicación pública de obras protegidas por derechos de autor sin la autorización previa aludida, se causaron varios daños antijurídicos que debían repararse integralmente, los cuales se especificaron en las pretensiones y en el juramento estimatorio realizado, concretados en aquél valor que la sociedad demandante hubiera recibido si la demandada hubiera obtenido y pagado la licencia para tal efecto, esto es, perjuicio por lucro cesante.

4.3.1. Sobre este particular, se acreditó en el plenario que la sociedad demandada, al transmitir o publicar obras audiovisuales de titularidad de los productores representados por Egeda Colombia desde el año 2007, cuando inició sus operaciones, transgredió derechos de autor protegidos, no sólo por el ordenamiento jurídico interno sino también, internacional, como así podía colegirse de la interpretación prejudicial realizada por el Alto Tribunal para la Comunidad Andina para este asunto (139-IP-2021) la inspección judicial realizada por la autoridad de primer grado a las instalaciones del hotel, en la que de manera aleatoria encontró que si bien, en algunos de los televisores allí revisados, conectados a sendos decodificadores, se encontraban bloqueados - con control parental- algunos de los canales objeto de la discusión, no menos cierto es que, en otros, se encontraron varios que no lo estaban, como es el caso de los denominados CNN, FOX, SPORT, A&E, FOX, DW, ANIMAL PLANET, NAT GEO, DISNEY.

4.3.2. Tal escenario fue ratificado por la propia representante legal de la accionada, quien además de contradecirse entre lo certificado en su momento¹⁰, con lo dicho en su declaración juramentada¹¹, permitió establecer, con un alto grado de probabilidad, que durante el periodo señalado por la actora en sus pretensiones y, por lo menos, hasta “julio de 2.016”, cuando se ordenó su bloqueo, a través de los contratos de televisión por suscripción y la señal de televisión abierta que se transmitía por los aparatos audio visuales puestos a

¹⁰ Cfr. Folios 201 y 202 Archivo: “Cuaderno 1 folio 1 al 178”

¹¹ Cfr. Audiencia: “09120100”.

disposición de huéspedes y visitantes del hotel (televisores) se expusieron al público obras protegidas por EGEDA.

En efecto, dicha representante manifestó en su interrogatorio, que desde que abrió al público el hotel tuvo servicio de televisión, antes “*con Claro*”, ahora con “*DirecTV*”, a través de aparatos electrónicos instalados tanto en las habitaciones como en las zonas comunes, cuyos canales -no tenía conocimiento- que hubieren sido bloqueados, pues era facultad del huésped utilizarlos, o no.¹²

4.4. Frente a esa materia, el Tribunal Judicial de la Comunidad Andina reiteró en la precitada interpretación, que “*A través de la instalación de televisores por medio de los cuales los huéspedes tienen la capacidad (potencial) de poder ver obras audiovisuales, los hoteles, como intermediarios, realizan un acto de comunicación pública de dichas obras para con sus huéspedes. En consecuencia, los hoteles deben obtener la correspondiente autorización de los titulares de las obras audiovisuales (v.g., los productores de películas, telenovelas, series, dibujos animados, etc.), posiblemente representados por una sociedad de gestión colectiva, lo que significa que esta puede exigir el pago de las remuneraciones correspondientes.*”¹³.

A lo que agregó, que: “*Existen dos elementos que deben presentarse para que se configure un acto de comunicación pública de una obra protegida por el derecho de autor, de manera indebida: (i) el primero, el que un tercero, que no cuenta con la autorización del autor o titular de una obra, la ponga a disposición de una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar o permita que estas tengan acceso a ella; y, (ii) el segundo, que no haya existido una previa distribución de ejemplares de la obra a dichas personas*¹⁴. Asimismo, el acto de comunicación será público cuando se produzca para una colectividad exceptuándose el ámbito familiar o doméstico.¹⁵”.

5. Todo lo anterior, permite ratificar, sin lugar a dudas, la incuestionable responsabilidad civil extracontractual en la que incurrió la sociedad demandada

¹² Cfr. Audiencia: “09120100”.

¹³ Cfr. IP 139-IP-2021.

¹⁴ Tercer Seminario Regional sobre Propiedad Intelectual para jueces y fiscales de América Latina.

¹⁵ Cfr. Interpretación prejudicial N°. 33-IP-1999.

por los perjuicios que sufrieran los productores y/o autores representados por Egeda Colombia, la que -dicho sea de paso- en su calidad de representante estaba legitimada para impetrar la presente acción y obtener el respectivo resarcimiento; asimismo, que aquélla omitió obtener la licencia previa de comunicación de obras audiovisuales como era su deber, hizo caso omiso y ni siquiera concurrió a la conciliación extrajudicial a la que fue convocada por EGEDA para concertar el precio de tributo mencionado, conducta por lo que, adicionalmente, le eran aplicables los indicios graves en su contra de que trata el artículo 22 de la Ley 640 de 2001¹⁶.

6. El reparo concreto circunscrito a que la Delegatura *a quo* estimó erradamente que la pasiva “*dispon(ía) en las habitaciones tecnología que permit(ía) una comunicación pública indirecta a través de una pantalla, argumento equivocado pues interpret(ó) de forma errada las normas que establec(ían) qu(é) se entiende por comunicación pública*”, resulta infundado, pues no es cierto que, conforme al artículo 15° de la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones, la “*representación, proyección o exhibición, emisión, transmisión, retransmisión, exposición, y en general difusión de obras audiovisuales*” eran “*imputables únicamente (a)l operador de televisión*”, pues, se insiste, el solo hecho de disponer de televisores mediante los que se pueda realizar dicha comunicación pública, implica que el propietario de dichos equipos esté obligado a contar con una licencia previa o expresa para esos fines, ya que, un hotel no es simplemente “*un espacio privado y cerrado en el que no se puede dar tal connotación de pública*”.

No corresponde a la realidad señalar que un hotel no sea un lugar de “*connotación pública*”, si en cuenta se toma que, en estos, a diferencia del ámbito familiar o doméstico, a diario ingresar y egresan innumerables personas con razones disimiles a las que podrían tener los miembros de una familia que pernocta indefinida y no esporádicamente en el mismo lugar, a lo que ha de

¹⁶ "Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones". ARTÍCULO 22. Inasistencia a la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho. Salvo en materias laboral, policiva y de familia, si las partes o alguna de ellas no comparece a la audiencia de conciliación a la que fue citada y no justifica su inasistencia dentro de los tres (3) días siguientes, su conducta podrá ser considerada como indicio grave en contra de sus pretensiones o de sus excepciones de mérito en un eventual proceso judicial que verse sobre los mismos hechos.

sumarse la eventual celebración de eventos concurridos por personas (la mayor de las veces) distintas a las que ocupan sus habitaciones, a las zonas sociales o comunes de tales edificaciones.

Contrario a lo aducido por la quejosa, en el expediente sí obran pruebas que soportan serios indicios que permitían colegir “*la transmisión*” de varias de las “*obras del repertorio representado por la demandante*” pues, el solo hecho de haber encontrado algunos canales bloqueados el día de la diligencia de inspección judicial realizada, no daba certeza, ni que tal situación se hubiere registrado de esa manera precisa y contundente desde los inicios del hotel (2007) ni mucho menos que, después del retiro de la autoridad administrativa que visitó las instalaciones para dichos fines (27 de febrero de 2020) los propietarios del hotel, sus dependientes o sus huéspedes, no tuvieran la posibilidad de desbloquearlos a través de los códigos correspondientes, para disfrutar de las obras protegidas, con la posibilidad que los aparatos de televisión ubicados en las instalaciones les permitía, ya en las zonas comunes, ora en cada habitación.

Mírese bien como, DirecTV, entonces operador de televisión por cable del hotel le manifestó a la Dirección Nacional de Derechos de Autor que era “*el usuario quien establece una contraseña para el bloqueo*” de los canales a su discreción, así como que, a través de una serie de instrucciones publicadas en una página web, estos podían activar o desactivar el mismo, a manera de “*control parental*”¹⁷.

En cuanto a que se trataba de habitaciones de hotel consideradas como “*domicilios privados*” conforme al artículo 83 de la Ley 300 de 1996, debe notarse que, a través de la sentencia C-282 de 1997, se declaró inexecutable el apartado de dicho canon normativo que indicaba que tal señalamiento se realizaba “*Para los efectos del artículo 44 de la Ley 23 de 1982*”, esto es, para la “*libre (...) utilización de obras científicas, literarias y artísticas en el domicilio privado sin ánimo de lucro*”. La citada providencia de constitucionalidad, en aparte alguno concluyó que, por tal razón, los hoteles estuviesen exentos de la obligación de solicitar

¹⁷ Cfr. Folios 203 y 203 Archivo: “Cuaderno 1 folio 1 al 178”.

autorización para la comunicación de obras protegidas en las habitaciones destinadas a sus huéspedes, o de realizar el pago respectivo.

Por el contrario, en aquella ocasión lo que hizo la Corte Constitucional fue una importante distinción entre dos eventualidades a saber, por una parte, que el huésped reprodujera obras por mecanismos de difusión propios y, por la otra, que ese acto se efectuara por intermedio del hotel, a través de sus redes internas destinadas a las habitaciones, para lo que estimó, que, en el primer escenario, no podría tratarse de una comunicación o acto de carácter público, mientras, en el segundo, ocurría todo lo opuesto.

6.1. Al punto, la Corporación en cita señaló:

“Para la Corte es evidente que la ejecución de una obra artística dentro de una habitación de hotel u hospedaje no es pública o privada según la calificación que se haya hecho del lugar en cuanto tal, sino del sujeto que la lleve a cabo y del ánimo -lucrativo o de particular y privado esparcimiento- que la presida.

En efecto, no es lo mismo si el huésped, en la intimidad de su habitación, decide escuchar una obra musical mediante la utilización de elementos electrónicos que lleva consigo -como una grabadora portátil o un "walkman"- , evento en el cual la ejecución de la obra artística mal podría ser calificada de pública, que si el establecimiento hotelero difunde piezas musicales a través del sistema interno de sonido, con destino a todas las habitaciones, o a las áreas comunes del hotel, circunstancia que corresponde sin duda a una ejecución pública con ánimo de lucro, de la cual se deriva que el hotel asume en su integridad las obligaciones inherentes a los derechos de autor, de conformidad con la Ley 23 de 1982 y según las normas internacionales.

Por lo tanto, en el aspecto sustancial, el artículo acusado, sin la remisión según la cual es aplicable "para los efectos del artículo 44 de la Ley 23 de 1982", en nada vulnera la Constitución Política, y, por el contrario, aplica a cabalidad sus artículos 15 y 28, cuando reivindica para los huéspedes de los hoteles y sitios de alojamiento el derecho a su intimidad y al disfrute privado de las obras artísticas, sin que por ello deban obtener permiso del autor de las mismas, ni hacer erogación alguna con destino al pago de derechos.

Desde el punto de vista del establecimiento, no podría éste ampararse en la norma demandada para eludir el cumplimiento de sus obligaciones, correlativas a los derechos de los autores de las obras que ejecuta públicamente, entendiéndose por ejecución pública inclusive la difusión de sonidos o videos mediante redes internas destinadas a las habitaciones”¹⁸.

6.2. Ahora bien, sin perjuicio de las diversas lecturas que sobre el particular podrían darse, no puede olvidarse que en la Interpretación Prejudicial que se rindió para este específico caso, la cual es vinculante de conformidad con el artículo 35 de la Decisión 472 de 1999, el Tribunal de Justicia de la

¹⁸ Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-282 de 1997

Comunidad Andina destacó que la conducta en mención sí comportaba un acto de comunicación pública que debía ser autorizado, y que generaba el cobro correspondiente a favor de los productores representados, al decir:

“3.3. Cuando un hotel u otro establecimiento de hospedaje coloca televisores en las habitaciones de los huéspedes, así como en ambientes como el lobby, el bar, el restaurante, el gimnasio u otros espacios de uso común, y a través de dichos televisores se difunde la señal de emisión de una o más empresas de radiodifusión (de señal abierta y/o cerrada), y dicha señal o emisión contiene obras audiovisuales (películas, telenovelas, series, etc.), ello califica como un acto de comunicación pública de dichas obras audiovisuales, en los términos previstos en el Literal F) del Artículo 15 de la Decisión 351¹⁹.

(...)

3.5. Si bien la habitación de un hotel no es un ‘lugar público’, es un lugar ‘para el público’ en el sentido de que los huéspedes, como público, en cualquier momento podrían encender (o simplemente ver) el aparato de televisión y disfrutar las obras audiovisuales transmitidas por medio de la señal (o emisión) del organismo de radiodifusión de que se trate, que puede ser tanto de señal abierta como de señal cerrada (televisión paga o por suscripción).

(...)

3.7. Por tanto, para que la sociedad de gestión colectiva sea acreedora del pago de las remuneraciones por las obras audiovisuales comunicadas públicamente por el hotel, no es necesario que los huéspedes accedan de manera efectiva a dichas obras (es decir, encender el televisor y apreciar las obras contenidas, por ejemplo, en la parrilla de canales de una empresa de radiodifusión de señal cerrada), sino que basta que exista la posibilidad de que los huéspedes puedan hacerlo en cualquier momento, ya sea desde las habitaciones, o desde otros ambientes como el lobby, el restaurante, el bar, el gimnasio u otros espacios de uso común.

3.8. (...) El hecho de que el hotel o establecimiento de hospedaje pague un monto determinado por el servicio de televisión por suscripción (señal cerrada) no lo exonera de pagar la remuneración correspondiente al titular de la obra audiovisual comunicada públicamente o a la sociedad de gestión colectiva que representa a dicho titular”

3.9. El derecho relativo a la comunicación pública de una obra audiovisual comprende, pues, la mera ‘puesta a disposición del público’ de la referida obra, y esta puesta a disposición resulta suficiente para el cobro de una remuneración a favor del titular del derecho”.

7. En ese orden, ni siquiera había lugar a analizar si la comunicación de obras dentro de las habitaciones de un hotel era, o no, libre o si realmente comportaba un acto público que diera lugar a la reclamación respectiva, como tampoco si la instalación de televisores y decodificadores podía configurar la conducta, pues la norma de la Decisión Andina y su Interpretación era suficiente para el efecto, sin que al juez nacional le fuere posible apartarse de estas, aspecto sobre el que la Corte Constitucional ha acentuado que “la

¹⁹ El razonamiento referido a los aparatos de televisión es aplicable a los de radio.

*interpretación del Tribunal, circunscrita al contenido y alcance de las normas comunitarias, es vinculante para el respectivo órgano judicial y, a este respecto, las distintas autoridades nacionales deben velar por el efectivo cumplimiento de las decisiones de aquél*²⁰.

El hecho de que las habitaciones de un hotel puedan asemejarse al domicilio privado de las personas una vez son alquiladas, no otorga una patente de corso a esos establecimientos para sustraerse de la obligación de contar con autorización previa para la comunicación de obras al interior de esas unidades individuales, y que la realización de ese acto, sin la licencia respectiva- no generara cobro a favor de los productores representados por la sociedad de gestión ahora demandante, pues, emerge evidente, la comunicación de obras en el interior de dichos recintos, por intermedio de televisores y mecanismos dispuestos por el mismo comerciante, sin la existencia de una autorización o licenciamiento previo, basta para considerar un acto público de esa naturaleza, que da lugar al ejercicio de acciones por infracción de derechos de propiedad intelectual como la que nos ocupa.

Se insiste, la sola acción de instalar en un hotel, bien sea, en sus recintos privados o en sus dependencias públicas, aparatos de telecomunicación audio visual y/o digital o sus futuras modificaciones o creaciones, involucra la posibilidad de que usuarios del comercio hotelero, para el que su propietario se sirve como un fin lucrativo, estén en la potencialidad de reproducir públicamente obras protegidas por derechos de autor, cuya licencia previa es necesaria, pese a la inexistencia de contratos con las asociaciones y/o entidades que gestionan la protección de los mismos, en cabeza de artistas, autores, productores y sus descendientes. Ergo, no prospera la apelación.

Finalmente, ha de notarse que la censura referida a una supuesta vulneración del derecho al debido proceso tampoco tenía futuro, pues, de haber existido el aparente vicio alegado por la quejosa, este se saneó en los

²⁰ Cfr. Sentencia C-227 de 1999, proferida en el proceso de Revisión de la Ley 457 de 1998, por medio de la cual se aprobó el "Protocolo modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena" (Decisión Andina 472 de 1999), a la postre declarada exequible, la Corte Constitucional

términos de que trata el artículo 136 del Código General del Proceso, ya que, aunque refirió haberlo puesto en conocimiento de la autoridad de primer grado, y esta -supuestamente- no le prestó mayor importancia, la realidad es que no se formularon los debidos incidentes de nulidad en tal sentido, ni recursos sobre dicha postura, dentro de los que estaba permitida, inclusive, la apelación ante este Tribunal. A pesar de esto, la inconforme continuó actuando dentro del trámite, y se reservó el punto para esta alzada, cuando ya era tarde.

8. Consecuencia de lo anterior es que se confirmará la sentencia apelada, se condenará en costas a la recurrente y se ordenará la remisión de una copia de esta decisión al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en cumplimiento a lo dispuesto en el inciso final del artículo 128 de la Decisión 500 de 2001.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha y procedencia ya conocidas.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la apelante. La Magistrada Ponente fija como agencias en derecho la suma de **\$2.000.000. Líquidense.**

TERCERO: REMITIR una copia de la presente decisión al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Cumplido lo anterior, Secretaría devuelva el expediente al despacho de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE²¹,

²¹ *Link expediente digital:* [11001319900520186485101](#).

Firmado Por:

Adriana Ayala Pulgarin
Magistrado
Sala 017 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Clara Ines Marquez Bulla
Magistrada
Sala 003 Civil
Tribunal Superior De Bogotá D.C.,

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: **ea2449990540502166f2e26cf60983708cc399c16b397555f76572a185ee190f**

Documento generado en 27/10/2023 01:38:54 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 DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL DE DECISIÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

11001-31-03-007-2021-00177-01

Por encontrarse legalmente procedente, el Despacho dispone:

Admitir en el efecto **SUSPENSIVO**, el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en contra de la sentencia proferida el día 26 de septiembre de 2023, por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá.

Una vez cobre ejecutoria la presente decisión, contrólense los términos con los que cuenta el aquí apelante para sustentar la alzada formulada, conforme lo consagra el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022. Transcurrido este lapso, de la sustentación presentada se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días, a fin de que, si a bien lo tiene, se pronuncie frente a las manifestaciones elevadas por el impugnante.

Por Secretaría, una vez vencidos los mencionados términos, ingrese el expediente al Despacho, con el propósito de emitir la decisión que en derecho corresponda.

Las partes allegarán el escrito sustentatorio y su réplica, a la dirección de correo electrónico secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.

NOTIFÍQUESE,

ANGELA MARÍA PELÁEZ ARENAS
Magistrada.

Firmado Por:
Angela Maria Pelaez Arenas
Magistrada
Sala 009 Civil
Tribunal Superior De 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: **8300addaef842281634a9e7bc36b0b18be35873e6f99fe9f443702afa8cc9955**

Documento generado en 27/10/2023 01:00:01 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 DE DECISIÓN CIVIL**

MAGISTRADA PONENTE

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de Octubre de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO: PROCESO VERBAL (RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL) PROMOVIDO POR BERNARDO TORRES VILLAMIL, JENNY KATHERINE TORRES PINZÓN, JUAN CARLOS TORRES PINZÓN, NOHEMY TORRES PINZÓN, DORA ISABEL PINZÓN, SANDRA VERÓNICA PINZÓN y FELIVER PINZÓN CONTRA COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS. Rad. 08 2021 00028 01

Sentencia escrita de conformidad con lo autorizado por el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, cuyo proyecto se discutió en varias sesiones y aprobó en la Sala del 18 de octubre de 2023, según acta 38 de la misma fecha.

Se resuelve el recurso de apelación que promovió la parte demandante contra la sentencia que profirió el Juzgado 8º Civil del Circuito el 27 de febrero de 2023.

I. ANTECEDENTES

1. Los señores Bernardo Torres Villamil, Jenny Katherine Torres Pinzón, Juan Carlos Torres Pinzón, Nohemy Torres Pinzón, Dora Isabel Pinzón, Sandra Verónica Pinzón y Feliver Pinzón, por conducto de apoderado, formularon demanda de responsabilidad civil contractual contra la Compañía Mundial de Seguros S.A., para que se declare que es responsable de los perjuicios derivados del accidente de tránsito, ocurrido el 3 de enero de 2018, donde perdió la vida la señora Blanca

Lilia Pinzón; y, en consecuencia, se le condene a pagar por lucro cesante, \$1.757.795 y, por perjuicios inmateriales (daño moral) \$160.000.000.

2. Como sustento de lo pretendido adujeron, en síntesis, que en la citada fecha, en la variante Bogotá – Ibagué, en el sector conocido como Chicoral vía KL21+21, el vehículo tipo taxi, de placas WHQ-205 donde viajaba la señora Blanca Lilia Pinzón sufrió un accidente y ésta perdió la vida; que la precitada, era la encargada de suplir los gastos de su progenitora Flor de María Pinzón de 83 años y de su hija Nohemy Torres Pinzón, quien para la fecha de los sucesos dependía económicamente de sus padres.

Que el citado automotor, es de propiedad de la señora María Hilda Martínez; se encuentra asegurado con la póliza de responsabilidad civil extracontractual número 2000004255, otorgada por Seguros Mundial, con vigencia del 12 de marzo de 2017 al 12 de marzo de 2018; y que en el Juzgado 2º Promiscuo Municipal de Flandes -Tolima-, cursa una investigación penal en contra del señor Camilo Arévalo Yaquén por el delito de homicidio culposo.

3. Admitida la demanda¹ y notificada personalmente la aseguradora convocada, se opuso a las pretensiones de la demanda por vía de las defensas de mérito que denominó:

“Ausencia de Presunción de Responsabilidad en la Responsabilidad por el hecho de un Tercero”; Inexistencia de Nexo Causal por Hecho Exclusivo de un Tercero”; “Inexistencia de Nexo Causal Entre el Hecho del Conductor y el Accidente, Así Como la Relación Entre el Accidente y el Fallecimiento del Demandante, a Causa de la Ocurrencia del Hecho de un Tercero”; “Ausencia de Responsabilidad”; “Ausencia de Culpa”; “Inexistencia de Prueba de los Daños Inmateriales reclamados por el Demandante”; “Inexistencia de Prueba de los Daños Materiales reclamados por el Demandante”; “Inexistencia De Responsabilidad Extracontractual”; “Cumplimiento de la Obligación de Seguridad”; “Inexistencia de Responsabilidad” ; “Inexistencia del Siniestro”;

¹ Archivo pdf 020AutoAdmite

“Límite del Valor Asegurado de la Póliza 2000004255 ; “Disponibilidad de Cobertura, por Valor Asegurado” ; “Cobertura En Exceso de los Pagos del Soat”; y “Normas y Cláusulas que rigen el contrato de Seguro”

4. Agotado el trámite de la instancia, la Juez le puso fin con la sentencia donde declaró probadas las excepciones de *“ausencia de presunción de responsabilidad en la responsabilidad por el hecho de un tercero, inexistencia del nexo causal por hecho exclusivo de un tercero, inexistencia de nexo causal entre el hecho del conductor y el accidente, así como la relación entre el accidente y el fallecimiento del demandante a causa de la ocurrencia del hecho de un tercero, ausencia de responsabilidad, ausencia de culpa”*; negó las pretensiones; declaró terminado el proceso; y condenó en costas a la parte demandante.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

A vuelta de reseñar los antecedentes del caso, estimó reunidos los presupuestos procesales; luego, realizó un recuento jurisprudencial sobre la materia; después, evocó las pruebas del proceso; y con base en ello, estableció que no se perfeccionó el contrato de transporte, en razón a que no existe prueba del pago del servicio, debido a que iba a ser sufragado una vez se finalizara el viaje.

Adicionalmente, encontró configurada la exoneración de culpa por la intervención de un tercero, para ello refirió que el conductor de la ambulancia que colisionó el taxi donde se movilizaba la víctima, tuvo un micro sueño, que fue lo que desencadenó el accidente, razón por la que está investigado penalmente, conclusión a la que arribó después de analizar los interrogatorios, en especial, el de los señores Juan Carlos y Feliver Pinzón.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión el extremo demandante la apeló y dentro de la oportunidad prevista en el artículo 322 del C.G.P., expuso el siguiente reparo:

“Entre el conductor del taxi, y la causante, existió un contrato de servicio de transporte, en el cual el transportista estaba subordinado a llevar sanos y salvos a los pasajeros, en su obligación legal y asumida la responsabilidad por ejecutar una acción peligrosa, es de referir que SEGUROS MUNDIAL, tiene la obligación de cumplir con la póliza No. 2000004255, en favor de mis mandantes, en concordancia con el artículo 1602 del Código Civil, en el cual otorga la calidad de ley para las partes, y quedan obligadas a cumplir lo pactado”.

IV. CONSIDERACIONES

1. Se encuentran presentes la capacidad de las partes para acudir al proceso, la demanda en forma y la competencia del juez para tramitar y decidir la instancia, se tiene 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 Sala se reclama.

Propósito para el que se tendrá en cuenta inicialmente lo establecido en el artículo 328 del Código General del Proceso, referido a que *“El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante”*, eso sí, sin desechar los pronunciamientos de oficio que le impone la ley, toda vez que *“la resolución del derecho reclamado por el solicitante, accediendo o negando, previamente al estudio de los mecanismos de defensa propuestos o a los reparos señalados por el recurrente por vía de apelación, no comporta la conculcación del principio de congruencia, por tratarse del cumplimiento del deber de administrar justicia de que está investido todo funcionario judicial, ya de primera instancia ora de segundo grado, en desarrollo del derecho a la tutela judicial efectiva.”*²

² CSJ. Cas Civ Sent. SC3918-2021, de Sep. 8 DE 2021 Exp. 033-2008 0010601 y SC5473-2021, Dic. 16 de 2021, Exp 001 2017 40845

2. Para resolver el reparo que a la sentencia se le hace, recuerda la Sala que de conformidad con los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, los contratos válidamente celebrados son ley para las partes contratantes, quienes deben ejecutarlos de buena fe, obligándose por consiguiente no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, o que por ley o costumbre pertenecen a ella, lo que justifica que su incumplimiento, bien sea por inejecución o por ejecución tardía o defectuosa, sin causa justificada, sea sancionado por el ordenamiento jurídico y que dicho comportamiento, faculte al contratante cumplido para solicitar a la jurisdicción ya sea el cumplimiento forzado de la prestación o prestaciones debidas, o la resolución del vínculo negocial, en uno u otro caso mediando la posibilidad de reclamar el valor de los perjuicios que la infracción contractual le haya ocasionado (arts. 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio).

Disposiciones estas que emergen como fundamento normativo de la acción incoada al consagrar la incorporación de la condición resolutoria en los contratos bilaterales, la que" *...depende de la demostración, en primer término, de la celebración por las partes del contrato a que se refiere la misma y, en segundo lugar, de los elementos que son propios a aquella, a saber: i) el incumplimiento de la convención por la persona a quien se demanda; ii) la producción para el actor de un daño cierto y real; y, finalmente, iii) que entre uno y otro de tales elementos medie un nexo de causalidad, es decir, que el perjuicio cuya reparación se persigue sea consecuencia directa de la conducta anticontractual reprochada al demandado...*"³.

3. Acá, si bien no se demandó al transportador, sino directamente a la aseguradora, es necesario establecer la existencia del contrato de transporte de manera inicial, puesto que en su desarrollo fue que aconteció el fallecimiento de la señora Blanca Lilia Pinzón, cuyo evento, muerte a pasajero, estaba amparado por la póliza de seguro; por tanto, sólo de encontrar configurado el contrato de transporte y su incumplimiento surge

³ CSJ. Cas Civ Sent. de 9 de marzo de 2001.Exp. 5659. Sent. 19 de febrero de 1999. Exp 5099.

la obligación de la aseguradora de responder, en los términos del amparo, en razón a que el artículo 994 del C. de Co., le impone al transportador la obligación de asumir un seguro que cubra entre otros, a las personas, contra los riesgos inherentes al transporte.

3.1. Establecido lo anterior se tiene que conforme al artículo 981 del Código de Comercio, *“El transporte es un contrato por medio del cual una de las partes se obliga para con la otra, a cambio de un precio a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y entregar éstas al destinatario...”*⁴; que al tenor del numeral 2º del artículo 982⁵ *ibidem* es obligación del transportador en el transporte de personas *“conducirlas sanas y salvas al lugar de destino”*; y que, en principio, conforme al artículo 1003⁶ *ibidem* el transportador responderá de todos los daños que sobrevengan desde el momento en que se haga cargo del pasajero.

Para la demostración del referido contrato hay libertad probatoria puesto que se perfecciona con el sólo pacto entre las participantes, es decir, entre el pasajero y el transportador, que generalmente está representado por el conductor del vehículo de servicio público; de ahí que para su estructuración no se requiere de requisitos adicionales fuera del compromiso que asume de transportar el pasajero sano y salvo a su lugar de destino y éste a su vez a pagar el valor del pasaje.

3.2 En este asunto, la funcionaria de instancia consideró que el contrato de transporte no se había perfeccionado en razón a que los pasajeros no pagaron el pasaje; empero, esta Sala considera que si el contrato comienza a ejecutarse el pago del servicio se puede hacer en cualquier momento, según lo convengan las partes, porque la ley no estableció un momento preciso para esos efectos.

⁴ art. 981 del Código de Comercio

⁵ “Inciso segundo art.982 *ídem*: “En el transporte de personas a conducirlas sanas y salvas al lugar de destino”.

⁶ Art.1003 *up supra*: “El transportador responderá de todos los daños que sobrevengan al pasajero desde el momento en que se haga cargo de éste. Su responsabilidad comprenderá, además, los daños causados por los vehículos utilizados por él y los que ocurran en los sitios de embarque y desembarque, estacionamiento o espera, o en instalaciones de cualquier índole que utilice el transportador para la ejecución de contrato (...)”

Para el caso, según lo informó el demandante Feliver Pinzón, el servicio de transporte se pactó con el conductor del vehículo, por un precio de \$600.000 para cubrir la ruta Bogotá – Buga, ida y vuelta por un periodo de 3 días, cuyo monto se cancelaría al finalizar el viaje. Así expuso:

de que hiciera todas sus cuentas y al ahí si nos dijera cuánto se gastaban total del carro para pagarle todo lo que se gastará del carro.

“No digamos no esto porque para que yo voy a decirle que pagamos y sería una mentira, yo no voy a decirles mentiras, no es un esto no, no. Hasta el momento no se había pagado nada, lo único que se había convenido con John, (...) el pago de \$600.000 pesos ida y vuelta”

Digamos nosotros, nosotros hablamos con él, le dijimos, bueno, vamos a ir a un viaje tal todo en él, me dijo, a mí me toca pedir permiso del carro, le pide el permiso y vamos al viaje, me dice cuánto me va a cobrar por el por el viaje, entonces él me dijo, eh, tranquilo, vamos a hacer cuentas. ¿Cuánto se consume el carro, cuánto está el carro? Hay que pagar a la empresa unos, bueno, él tiene que cumplir con una cuota, entonces él me dijo me pagan, me dan todo lo del carro más las cuotas de la empresa y eso y no hay problema ahí fue donde cuadramos el viaje⁷.

En cuanto al valor del servicio de transporte reiteró que su costo era de:

Seiscientos mil pesos \$600000 pesos ida y vuelta (...) ¿A Buga ida y vuelta? Sí, señora, nos demoramos 3 días”⁸.

Dicho convenio, como ya se anunció, no desnaturaliza el contrato de transporte, puesto que *“es principio de derecho internacional privado que, considera la solución como uno de los modos de extinguir las obligaciones, debe regirse por la Ley del lugar fijado para el cumplimiento de las mismas obligaciones; y de ahí que sea la lex solutionis la aplicable a todos los casos relativos al modo como debe realizarse el pago, a las cosas que deben ser pagadas y a las personas a quienes pueden hacerse dicho pago”⁹*; lo que se aviene al principio general previsto en el artículo 1645 del Código Civil, según el cual *“el pago debe hacerse en el lugar designado por la convención”*

⁷ 27 Febrero 2023 10 Am Art 372-20230227_100948-Grabación de la reunión Minuto 1:07:28, 1:08:38, 1:09:20 / 02-11001310300820210002800 Audiencia

⁸ 27 Febrero 2023 10 Am Art 372-20230227_100948-Grabación de la reunión Minuto 1:09:39 y 1:09:48 / 02-11001310300820210002800 Audiencia

⁹ CSJ Sentencia diciembre 17/1902, GJ., T. xvi, PAG 56

3.3. Entonces, como el contrato de transporte se perfecciona con el solo acuerdo de las partes y se prueba conforme a las reglas generales, según el artículo 981 del C. de Co, no hay duda que en este caso tal convenio se estructuró y no hubo discusión respecto a que el mismo se incumplió por el transportador, en razón a que no condujo a las personas, sanas y salvas, al lugar de su destino, como así se lo imponía el artículo 982 *ibidem* (numeral 2º) además, el convenio fue imperfecto debido a que no se cumplió en ninguno de sus propósitos a causa del accidente de tránsito, con lo cual se derrumba la teoría de la Juzgadora de primer instancia en cuanto a que la convención nunca se materializó.

4. Establecido el contrato de transporte y su incumplimiento, corresponde ahora a la Sala verificar la responsabilidad de la compañía aseguradora demandada, no respecto del accidente porque en él no tuvo ninguna injerencia, pero sí del pago del daño o perjuicio causado que reclaman los demandantes, cubierto por la póliza.

4.1. Para esos efectos, se evoca 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*”¹⁰; por esencia es de carácter indemnizatorio, puesto que con él se busca restablecer la situación económica afectada por un siniestro, sin que pueda constituirse para el asegurado en una fuente de enriquecimiento.

4.2. Al contestar la demanda la compañía aseguradora acompañó la póliza de seguro de responsabilidad contractual, emitida por Seguros Mundial, cuyo tomador es el operador Tax Colombia S.A.S, como beneficiario figuran “terceros afectados; con cobertura, entre otros, por muerte accidental hasta 60 SMMLV¹¹, aspecto delimitado “*..., equivale a la suma asegurada individual multiplicada por el número total de cupos para pasajeros que figuran en la tarjeta de operación del vehículo del*

¹⁰ Garrigues Joaquín Curso de Derecho Mercantil Tomo IV pág., 260

¹¹ PrimeraInstancia/01CuadernoPrincipal/028ContestaciónDemanda28/folio 60

asegurado relacionado en la póliza, otorgados por la autoridad competente”¹², incluido el amparo patrimonial y los perjuicios morales ; emitida para el vehículo de placa WHQ205, clase taxi, marca Hyundai, como así puede verse:



tu compañía siempre

NIT 860.037.013-6

www.mundialseguros.com.co

COMPANIA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.

DIRECCIÓN GENERAL CALLE 33 NÚM. 68 - 24 PISOS 1,2 Y 3 - BOGOTÁ
TELÉFONO 2855600 FAX 2851220 - WWW.SEGUROSIMUNDIAL.COM.CO

PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL
BÁSICA PARA VEHÍCULOS DE SERVICIO PÚBLICO

VERSION CLAUSULADO 10-02-2020-1317-P-06-PPSUS10R00000012-D001

HOJA No. 1

No. POLIZA	2000004255	No ANEXO		No CERTIFICADO		No RIESGO	
TIPO DE DOCUMENTO	POLIZA NUEVA	FECHA DE SUSCRIPCIÓN	02/07/2021	SUC EXPEDIDORA		SUCURSAL BOGOTA	
VIGENCIA DESDE		VIGENCIA HASTA		DÍAS	VIGENCIA CERTIFICADO DESDE		VIGENCIA CERTIFICADO HASTA
0:00 Horas 12/03/2017		0:00 Horas 12/03/2018		365	0:00 Horas 12/03/2017		0:00 Horas del 12/03/2018

TOMADOR	OPERADOR TAX COLOMBIA S.A.S.			No IDENTIDAD	900298395
DIRECCION	CLL 9 # 40-50	CIUDAD	BOGOTA DISTRITO CAPITAL	TELEFONO	3710200
ASEGURADO	SEGÚN RELACION DE VEHICULOS			No IDENTIDAD	900298395
DIRECCION		CIUDAD	BOGOTA DISTRITO CAPITAL	TELEFONO	3710200
BENEFICIARIO	TERCEROS AFECTADOS			No IDENTIDAD	
DIRECCION		CIUDAD		TELEFONO	

OBJETO DEL CONTRATO		
COBERTURAS	VALORES ASEGURADOS	DEDUCIBLES
MUERTE ACCIDENTAL	60 SMMLV	SIN DEDUCIBLE
INCAPACIDAD TEMPORAL	60 SMMLV	
INCAPACIDAD PERMANENTE	60 SMMLV	
GASTOS MEDICOS Y HOSPITALARIOS	60 SMMLV	
AMPARO PATRIMONIAL	INCLUIDO	
ASISTENCIA JURIDICA EN PROCESO PENAL Y CIVIL	INCLUIDO	
PERJUICIOS MORALES	INCLUIDO	

PLACA: WHQ205
MARCA: HYUNDAI
MODELO: HYUNDAI
NUMERO DE MOTOR: G4HGDM761401
CLASE: TAXI

De esta manera, ante el acaecimiento del siniestro, para el reconocimiento de la indemnización deprecada, la parte actora debía proceder conforme al artículo 1077 del Código de Comercio, esto es, acreditar la ocurrencia del siniestro, aspecto que satisfizo con el registro civil de defunción de la señora Blanca Lilia Pinzón, puesto que efectivamente ocurrió un accidente cuando era transportada en el vehículo de placa WHQ-205 y allí perdió la vida; además, también estaba en cabeza de la parte actora, demostrar la cuantía del daño que generó tal suceso.

¹² PrimeraInstancia/ 01CuadernoPrincipal/ 028ContestaciónDemanda28/ folio 55

5. No obstante, como la compañía aseguradora insistió en sus excepciones en que no existió una conducta atribuible al asegurado que amerite ser indemnizada, y la juez de primera instancia le halló la razón al reconocer el eximente de responsabilidad referido a la intervención de un tercero, corresponde a la Sala verificar si tal aspecto se encuentra debidamente comprobado, en consideración a que tratándose de responsabilidad por accidentes de tránsito la culpa se presume, y al ser demandada directa la compañía aseguradora, le correspondía desvirtuar tal presunción, porque el artículo 2356 del Código Civil, que *“(...) dispone una regla de atribución de responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”. (...) . La presunción de culpa que en el caso del artículo que se estudia pesa sobre el demandado, y lo obliga a la reparación del daño o perjuicio causado, puede ser desvirtuada por uno de estos tres factores: fuerza mayor, caso fortuito e intervención de un elemento extraño”*¹³.

5.1 Para reconocer el eximente de responsabilidad, la funcionaria de primera instancia se apoyó en las declaraciones de los demandantes, en especial las de los señores Juan Carlos Torres Pinzón y Feliver Pinzón. Éste, en su versión relató que al viaje iban dos vehículos, una camioneta tracker, donde él era copiloto, y el taxi que transportaba la señora Blanca Lilia Pinzón y otros, así lo expuso:

*“Íbamos viajando en el momento se sintió el impacto porque íbamos a una, digamos, una velocidad por ahí de 80 km/h cuando sentimos el impacto, el impacto apenas fue el impacto fue el taxi que le pegó a la tracker y al momento de que le pega el impacto, El taxi a la tracker, fue cuando la tracker se volteó, en el momento que el carro para, me bajo yo rápido auxiliar a los que veníamos dentro del carro, nos devolvemos y me doy cuenta que había sido la ambulancia que había impactado al taxi por detrás y el taxi nos votó a nosotros porque cómo íbamos a ahí encaravanados”*¹⁴.

¹³ Cfr. C. S.J. Sal. Cas. Civ. Sent. 18-12-12. MP. Ariel Salazar Ramírez. Ref. Exp. 76001-31-03-009-2006-00094-01.

¹⁴ 27 Febrero 2023 10 Am Art 372-20230227_100948-Grabación de la reunión Minuto 00:56:23/02-11001310300820210002800 Audiencia

Ante la pregunta formulada por el Juzgado a fin de determinar la razón por la cual la ambulancia había impactado el carro respondió:

“Pues lo que el señor estipuló allá en la audiencia que se hizo en la en el bueno que el policía de tránsito y eso nos hicieron indagatoria. El señor dijo que fue un microsueño que le dio y que automáticamente pues él quedó dormido con el acelerador, encima te pone el pie del acelerador”¹⁵.

Analizada la anterior versión, concluye la Sala que de ella no se puede deducir con absoluta certeza que el accidente donde perdió la vida la señora Blanca Lilia Pinzón, ocurrió por causa del conductor de la ambulancia de placas RAS021 a que hizo alusión su narrativa, en razón a que es el propio deponente quien informó que el vehículo tipo camioneta donde se movilizaba como copiloto iba adelante; si ello fue así, es evidente que no tenía la visibilidad para verificar la manera en que aconteció el suceso, lo que apareja que sus narraciones referidas a que la ambulancia embistió al taxi y éste a su vez chocó a la camioneta, no pueden tenerse por demostradas con su dicho.

A lo anterior se agrega, que la afirmación del citado deponente respecto a que al conductor de la ambulancia le dio un micro sueño que terminó por ocasionar el siniestro, según su dicho, se recaudaron para otro trámite judicial del que acá no se aportó prueba.

Asimismo, el informe policial de accidentes de Tránsito¹⁶ que se allegó con la demanda, no arroja mayores detalles que sugiera cómo fue que se dio la colisión, en razón a que el acápite correspondiente al dibujo topográfico tomado en el lugar de los hechos se encuentra vacío, de igual forma, en el punto de la hipótesis del accidente de tránsito está sin diligenciar; también el anexo que atañe a la actuación del primer respondiente es ilegible, así como el informe aportado al trámite adelantado ante la fiscalía¹⁷; por tanto, no es posible servirse de los referidos medios de convicción para dar por demostradas las excepciones de mérito propuestas por la aseguradora, con el propósito de acreditar el

¹⁵ 27 Febrero 2023 10 Am Art 372-20230227_100948-Grabación de la reunión Minuto 00:57:16/02-11001310300820210002800 Audiencia

¹⁶ 005Anexos

¹⁷ 003Anexos

hecho de un tercero como generador del suceso y sobre las cuales fundamentó la mayoría de sus medios de defensa.

Tampoco se aportó un experticia técnica que se aproximara a la teoría que dio por demostrada la jueza de primera instancia; no se solicitó la prueba testimonial de los conductores de los vehículos partícipes en el evento, ni de los agentes de tránsito que acudieron al lugar de los hechos; menos las pruebas recaudadas al interior de la investigación penal. Por ello, con tanta orfandad probatoria, en verdad, no se puede sostener que la presunción de culpa en cabeza del conductor del vehículo que estaba cobijado por la póliza de seguros, donde viaja la señora Blanca Lilia se desvirtuó y menos que se probó el eximente de responsabilidad que la primera instancia reconoció.

5.2 A lo expuesto se añade, sólo con el propósito de excluir la participación de la víctima en el suceso y desvirtuar la posible aminoración de la culpa, que tampoco se probó que Blanca Lilia no portara el cinturón de seguridad, medida obligatoria que deben adoptar los pasajeros de un vehículo, puesto que de los testimonios recaudados, tan solo el señor Juan Carlos Torres Pinzón, quien indicó ir en la parte delantera del taxi de placas WHQ-205, informó que su mamá sí lo llevaba puesto; menos, modifica tal presunción el hecho de que el vehículo WHQ-205 contara con las revisiones técnicas necesarias.

5.3. Aquí, resulta pertinente traer a colación lo referido por la doctrina nacional que en cuanto al eximente de responsabilidad generado por el hecho o intervención de un tercero:

“Lo que se exige es que, desde el punto de vista causal, tanto el tercero como el demandado sean instrumentos del daño. Si dos carros colisionan cuando van en marcha, lo más seguro es que haya intervención recíproca y mutua; en cambio, si A se encuentra estacionado y B lo golpea lanzándolo contra la víctima podemos pensar que B es un tercero, causa exclusiva del daño.”¹⁸

¹⁸ Tratado de Responsabilidad Civil- Tomo II- Dr, Javier Tamayo Jaramillo, Pag 137.

En ese orden, como la demandada – compañía aseguradora -no demostró que el eximente de responsabilidad alegado fuera la causa del siniestro, y tal carga era de su resorte dadas las particularidades del caso, las excepciones estaban llamadas al fracaso, porque como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia *“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”*¹⁹.

En esas condiciones, lo hasta acá discurrido sirve para tener como no probadas las excepciones referidas a la *“Ausencia de Presunción de Responsabilidad en la Responsabilidad por el hecho de un Tercero”; “Inexistencia de Nexo Causal por Hecho Exclusivo de un Tercero”; “Inexistencia de Nexo Causal Entre el Hecho del Conductor y el Accidente, Así Como la Relación Entre el Accidente y el Fallecimiento del Demandante, a Causa de la Ocurrencia del Hecho de un Tercero”; “Ausencia de Responsabilidad”; “Ausencia de Culpa”; “Inexistencia De Responsabilidad Extracontractual”; Cumplimiento de la Obligación de Seguridad”; e “Inexistencia de Responsabilidad”* .

6. No desvirtuada la presunción de culpa en cabeza del conductor del taxi que se encontraba amparado con la póliza de seguros que la demandada otorgó, corresponde ahora al Tribunal establecer el perjuicio por el que debe responder la compañía aseguradora, puesto que no admite discusión la relación contractual que medió entre la compañía Tax Colombia SAS, y Mundial de Seguros S.A., en razón a que su existencia se demostró de conformidad con el artículo 1046 del C. de Co., con la copia digital de la *“póliza de seguro de responsabilidad civil contractual para vehículos de servicio público pasajeros”*²⁰, que amparó al vehículo de placas WHQ-205, de propiedad de María Hilda Martínez,

¹⁹ C.S.J. Sent. Tutela Jun.30/2009, exp. 1100102030002009-01044-00.

²⁰ 028ContestaciónDemanda28 Fol 60 Digital

afiliado a la empresa transportadora que fungió como tomadora y asegurada en el aludido contrato.

6.1 En esa tarea, se recuerda que los perjuicios pueden ser de dos clases: *i)* patrimoniales, conocidos como daños materiales, los se dividen en daño emergente y lucro cesante; y *ii)* extrapatrimoniales, que se suelen clasificar entre otros, en: a) daño moral y b) daño a la vida de relación. Los demandantes pidieron por lucro cesante, \$1.757.795 y, por daño moral \$160.000.000.

Al respecto, como sostiene la jurisprudencia, no puede existir condena por perjuicios sin prueba de su causación; afirmación que reporta aplicación en cuanto a la suma que solicitaron los actores por concepto de la manutención y ayuda que les brindaba la señora Blanca Lilia Pinzón, habida cuenta que sobre el particular solo obra el interrogatorio que absolvieron en desarrollo de la audiencia inicial, donde coincidieron en señalar que quién recibía ayudas era la hija menor de la causante, Nohemy Torres Pinzón, quien para la época cursaba una carrera técnica.

Pero, como según la misma jurisprudencia a nadie le es lícito hacer prueba con su propio dicho, lo sostenido por los deponentes no se puede tener como medio demostrativo del lucro cesante que reclamaron; debieron aportar cualquiera otra probanza que demostrara que era Blanca Lilia quien les proporcionaba la ayuda económica; luego en ese puntual aspecto la parte actora no cumplió con la carga de la prueba a que alude el canon 167 del C.G.P., por ello no se puede acceder al reconocimiento de tal perjuicio, con lo que de paso se estructura la excepción denominada *“Inexistencia de Prueba de los Daños Materiales reclamados por el Demandante.”*

6.2 En lo que concierne al daño moral *“consistente en quebranto de la interioridad subjetiva de la persona y, estricto sensu, de sus sentimientos y afectos, proyectándose en bienes de inmesurable valor, insustituibles e inherentes a la órbita más íntima del sujeto por virtud de*

su detrimento directo”.²¹, por pertenecer a la esfera íntima del individuo, sólo quien padece el dolor subjetivo conoce su intensidad, luego acreditarlo de forma objetiva no es apropiado, al no ser comunicado en su verdadera dimensión; por ello es que queda al prudente arbitrio del juez, quien debe hacer uso del llamado *arbitrium judicis*.

Así lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia al decir que el dolor “es imposible medirlo con patrones objetivos, por ser en esencia subjetivo (...) Se trata de otorgarle una suma de dinero a una viuda, a un lesionado, para que tenga un bien que le ayude a mitigar su pena. No se busca entonces que se quede materialmente indemne, sino que se tenga el dinero u otro bien que permita hacer más llevadera la pena y sufrir en las mejores condiciones posibles la alteración emocional producida, y permitir así que cese o se aminore el daño ocasionado”²².

De igual forma, los perjuicios morales subjetivos se presumen en los parientes más cercanos a la víctima fallecida, categoría que ostentan los aquí demandantes, señores Bernardo Torres Villamil (esposo), Jenny Katherine Torres Pinzón, Juan Carlos Torres Pinzón, Nohemy Torres Pinzón, Dora Isabel Pinzón, Sandra Verónica Pinzón y Feliver Pinzón (hijos), como lo evidencian el registro civil del matrimonio y los registros civiles de nacimiento que adosaron con la demanda²³.

6.3 Pese a lo anterior, no existe mérito para acceder a condenar a la aseguradora en el monto que piden los demandantes, esto es, \$20.000.000 para cada uno, pues si bien es inferior al límite que para tal propósito tiene en cuenta la jurisprudencia, lo cierto es que no se puede desconocer el máximo asegurado convenido en la póliza de seguro Número 2000004255, previsto en 60 SMMLV, en razón a que “El asegurador no estará obligado a responder si no **hasta concurrencia de la suma asegurada**, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074”, conforme lo dispone el artículo 1709 del C de Co.

²¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 18 de septiembre de 2009. M.P. William Namén Vargas. Ref.: 2005-406-01

²² Henao Juan Carlos, pág, 231

²³ 002Anexos/ 012RegistroVictorHugoTorres/ 013RegistroJuanCARlosTorres/ 014RegistroJenyTorres

Por consiguiente, la condena en favor de los señores Bernardo Torres Villamil, Jenny Katherine Torres Pinzón, Juan Carlos Torres Pinzón, Nohemy Torres Pinzón, Dora Isabel Pinzón, Sandra Verónica Pinzón y Feliver Pinzón por concepto de perjuicios morales, solo asciende a la suma \$8.571.428,57 (equivalente a 7.39 smlmv), teniendo en cuenta que el valor del salario a la fecha de esta providencia.

Conforme a lo anterior no prosperan las excepciones referidas *“Inexistencia de Prueba de los Daños Inmateriales reclamados por el Demandante”*; *“Inexistencia del Siniestro”*; *“Disponibilidad de Cobertura, por Valor Asegurado”* ; *“Cobertura En Exceso de los Pagos del Soat”*; y *“Normas y Cláusulas que rigen el contrato de Seguro”*.

Y, también por lo anotado, sí quedaron acreditadas las denominadas: *“Inexistencia de Prueba de los Daños Materiales reclamados por el Demandante”* así como el *“Límite del Valor Asegurado de la Póliza 2000004255.”*

7. En conclusión, se revocará la sentencia apelada para acceder de manera parcial a las pretensiones de la demanda, con la consecuente condena en costas de ambas instancias a cargo de la aseguradora demandada, propósito para el que la Magistrada Sustanciadora señala la suma de \$2.320.000 equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, como agencias en derecho en esta instancia, atendiendo lo establecido en el numeral 1°, artículo 5° del Acuerdo No. PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura. Las de primera, las señalará el funcionario de primer grado.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia que profirió el Juzgado 8 Civil del Circuito el 27 de febrero de 2023, conforme lo decantado en la parte motiva de esta providencia para, en su lugar:

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones propuestas por la demandada referidas la “*Inexistencia de Prueba de los Daños Materiales reclamados por el Demandante*”; así como el “*Límite del Valor Asegurado de la Póliza 2000004255*”. Asimismo, se **DECLARAN NO PROBADAS** las demás, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR que la Sociedad Compañía Mundial De Seguros S.A., es civil y contractualmente responsable de los daños causados a los demandantes, con ocasión del accidente de tránsito donde resultó involucrado el vehículo de pacas WHQ-205, donde perdió la vida la señora Blanca Lilia Pinzón (q.e.p.d.) al haber otorgado la póliza de seguro que los garantizaba.

CUARTO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la Sociedad Compañía Mundial De Seguros S.A., a pagar, a cada uno de los demandantes, señores Bernardo Torres Villamil, Jenny Katherine Torres Pinzón, Juan Carlos Torres Pinzón, Nohemy Torres Pinzón, Dora Isabel Pinzón, Sandra Verónica Pinzón y Feliver Pinzón, la suma de \$ 8.571.428,57, conforme a lo decantado en la parte motiva de este fallo. Dichas deberán ser pagadas, a título de perjuicios morales, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta decisión; a partir de allí correrán intereses moratorios.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandada. Liquidense por el *a quo* como lo dispone el artículo 366

del C.G.P., teniendo en cuenta la suma de \$2'320.000 como agencias en derecho de segunda instancia.

NOTIFÍQUESE,

Los Magistrados,

MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Rad. 08 2021 00028 01

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

Rad. 08 2021 00028 01

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Rad. 08 2021 00028 01

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: **d3f5cb54e10c036ab389a0933575bfc4b6ebd3132b518ed589a55483479870ff**

Documento generado en 27/10/2023 10:31:58 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., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Radicación 110013103008 2001 00877 03

Por encontrarse legalmente procedente, el Despacho dispone:

Admitir en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 29 de agosto de 2023¹, por el Juzgado 8 Civil del Circuito de esta ciudad.

Una vez cobre ejecutoria esta providencia, regrese al Despacho para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE.

¹ Folios 1 a 9 del archivo "004-ContinuaciónFolios- 51a162-Expediente2001-0877.pdf" del "004Cuad-4-EjecutivoDentroDeclarativo-2001-0877".

Firmado Por:
Clara Ines Marquez Bulla
Magistrada
Sala 003 Civil
Tribunal Superior De 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: **406c6567399d75049081e99af8e7efbe121e701161293c2a5b68a06530002714**

Documento generado en 27/10/2023 02:32:31 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., veintisiete de octubre de dos mil veintitrés

Ponencia presentada y aprobada en Sala Civil de Decisión según acta de 27 de septiembre de 2023.

Proceso: Ejecutivo singular
Demandante: Warco S.A.S.
Demandada: Hugo Ferneli Díaz Plazas
Radicación: 110013103008201600619 01
Procedencia: Juzgado 8° Civil del Circuito de Bogotá
SC-044/23

1

Se decide el recurso de apelación formulado por la parte demandada contra la sentencia expedida el 20 de junio de 2023, por el Juzgado 8° Civil del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. Warco S.A.S. demandó ejecutivamente a Oscar Daniel Garzón Forero, Hugo Ferneli Díaz Plazas y Tecnoperforaciones S.A.S. en calidad de integrantes del Consorcio Estabilización Porvenir, para el cobro de \$1.685'019.000 por concepto de capital contenido en la factura No. 243 del 25 de agosto de 2015.

2. El 3 de agosto de 2017 el ejecutante radicó contrato de transacción sobre la totalidad de las pretensiones¹, motivo

¹ Folio 214 archivo "01CuadernoEjecutivoPrincipal.PDF"

por el cual en providencia del 1º de noviembre de 2018² se terminó el proceso por transacción.

3. El 4 de noviembre de 2022³ la actora presentó demanda ejecutiva para hacer exigible el contrato de transacción, la cual se fundó en los hechos que se sintetizan, así:

3.1. La providencia por la cual se terminó el proceso en el ordinal sexto dispuso *“tener como saldo a pagar a cargo de Hugo Ferneli Díaz Plazas y a favor de Warco S.A.S. la suma de \$489.945.539,16 pesos”*.

3.2. Hugo Ferneli Díaz Plazas con el objeto de cumplir la carga establecida en la transacción el 12 de septiembre de 2017 giró a favor de Warco S.A.S. \$340.000.000, por lo que quedó un saldo pendiente de \$149.945.539.

3.3. Para garantizar el pago, Hugo Ferneli Díaz Plazas, suscribió un contrato de mutuo con hipoteca en segundo grado a favor de Warco S.A.S. mediante escritura pública No. 2609 del 27 de octubre de 2017 otorgada en la Notaría 5ª de Bogotá.

3.4. El citado título y garantía fueron ejecutados ante el Juez 33 Civil del Circuito de Bogotá (radicado 110013103033201900259 01) y en sentencia del 20 de noviembre de 2020 declaró probada la excepción de mérito que formuló la pasiva, por lo que se negaron las pretensiones. La citada decisión fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 6 de abril de 2022 y, en esa providencia se enfatizó que pese a ser inexistente el contrato de mutuo, podría hacerse exigible el cumplimiento de la transacción.

3.5. Proferida la sentencia de primera instancia (radicado 110013103033201900259 01) Hugo Ferneli Díaz Plazas transfirió al acreedor \$149.945.960 sin reconocer intereses moratorios que estaba obligado a cancelar.

3.6. De acuerdo con las cuentas que hizo el acreedor y *“teniendo la fecha de exigibilidad de las obligaciones noviembre 9 de 2018 el saldo de la deuda a cargo del señor Díaz Plazas, para el día 20 de noviembre de 2020, ascendía a la suma de \$220.136.14100”* y, al aplicar el pago de \$146.945.960 quedó un nuevo saldo de capital de \$76.222.906,09, monto sobre el cual pidió orden

² Folio 332 archivo “01CuadernoEjecutivoPrincipal.PDF”

³ Folio 10 archivo “01CuadernoEjecutivoAcumulado.PDF”

de pago más intereses moratorios desde el 21 de noviembre de 2020.

4. En virtud de aquellos hechos, la parte ejecutante solicitó librar mandamiento de pago por \$76.222.906,09 *“como capital, representado en el contrato de transacción aprobado por su despacho el día 18 de noviembre de 2.018 y el contenido del numeral sexto de la referida providencia”*⁴.

5. En providencia del 18 de octubre de 2022⁵ se emitió el auto de apremio en favor de Warco S.A.S. contra Hugo Ferneli Díaz Plazas con base en el *“Contrato de transacción aprobado por el despacho el pasado 1° de noviembre de 2018”* por la suma de \$76.222.906,09 *“por concepto de saldo de capital pactado en el acuerdo de transacción allegado, teniendo en cuenta lo dispuesto también en el numeral 6° del auto que lo aprobó”*; más intereses moratorios desde el 28 de diciembre de 2020.

6. Hugo Ferneli Díaz Plazas mediante apoderado contestó la demanda, se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de mérito de *“Cosa Juzgada Material; prescripción de la presente acción de cobro ejecutivo; la obligación pretendía no es clara, no es expresa, no es exigible y no proviene del pretense deudor; la obligación pretendida, por haber quedado sujeta a condición, no era exigible hasta tanto se probara su cumplimiento; la obligación demandada, por culpa de quien ejecuta, no era exigible, por mediar en ejecución una garantía real otorgada por el deudor a su ejecutante; pago total de la obligación en tiempo; cobro de lo no debido; mala fe en la sociedad que ejecuta; enriquecimiento sin causa; falta de los requisitos necesarios para el ejercicio de la acción; abuso del derecho; temeridad de la acción ejecutiva; anatocismo; la genérica”*.

7. Adelantado el trámite, el *a quo* resolvió el fondo del asunto y declaró no probadas las excepciones formuladas por la demandada y ordenó seguir adelante la ejecución.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Para decidir como lo hizo el *a quo*, tuvo en cuenta las siguientes motivaciones:

1. Que no existía reparo en cuanto a los requisitos previstos en el artículo 422 del Código General del Proceso *“pues el título ejecutivo báculo de la acción corresponde a la providencia emitida por*

⁴ Folio 3 del archivo “01CuaedrmoejecutivoAcumulado”

⁵ Folio 12 del archivo “01CuadernoEjecutivoAcumulado.PDF”

esta sede judicial el pasado 1° de noviembre de 2018, mediante el cual se aprobó el acuerdo de transacción debidamente suscrito por los extremos en litigio el 1° de agosto de 2017, cuya ejecutoria acaeció el 9 de noviembre de 2018, y en la cual conforme lo acordado por las partes en litigio, se ordenó (i) la terminación del proceso, (ii) la entrega a la parte demandante de los dineros retenidos por concepto de medidas cautelares por valor de \$1.195.073.460,85 M/cte., disponiéndose además, (iii) tener como saldo a pagar a cargo del demandado Hugo Ferneli Díaz Plazas, la suma de \$489.94.539 M/Cte, concepto este, cuya ejecución se pretende.”

Agregó que, “(...) como quiera que este juicio coercitivo se adelantó con base en el contrato de transacción celebrado entre las partes el 1° de agosto de 2017 y aprobado por el Despacho el 1° de noviembre de 2018 (...)” solamente estudiaría las excepciones de “b) prescripción de la presente acción de cobro ejecutivo y f) pago total de la obligación en tiempo”.

Respecto a la prescripción dijo que, debe tenerse en cuenta que el auto en el que se aprobó la transacción y puso fin al proceso dada del 1° de noviembre de 2018, por lo que “la exigibilidad de la obligación incorporada en el numeral 6° de la citada providencia, se impone desde la ejecutoria de la misma, esto es, desde el 9 de noviembre de 2018, fecha desde la cual debe contabilizarse el término para determinar en el asunto de marras operó o no el fenómeno de la prescripción alegado (...)”.

4

En tal virtud, el término de 5 años fenecería el 9 de noviembre de 2023; no obstante, teniendo en cuenta la suspensión dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura derivada de la emergencia sanitaria del 16 de marzo al 30 de julio de 2020, el plazo vencería el 23 de febrero de 2024 y, como la demanda fue presentada el 4 de octubre de 2022 y, el ejecutado notificado el 29 de noviembre de 2022, operó el fenómeno de interrupción de la prescripción.

En lo que atañe a la excepción de pago total de la obligación, dijo que respecto del saldo pendiente de \$489.945.539, el ejecutado giró a favor del demandante \$340.000.000 y, el 20 de noviembre de 2020 \$149.945.960, es decir, más de 2 años después de la ejecutoria del auto que aprobó la transacción que puso fin al proceso; por tanto, mal podría hablarse de pago total de la obligación, “si se tiene en cuenta que durante ese lapso, se generaron intereses moratorios a favor del demandante, en razón a la calidad de comerciantes que ostentan los extremos de la litis y las obligaciones transadas, las cuales devienen precisamente de una relación comercial, lo anterior, de conformidad con lo señalado en el artículo 884 del Código de Comercio, concordante con el artículo 65 de la Ley 45 de 1990”. Además, el pago de \$149.945.960 fue imputado por el actor conforme al artículo 1653 del Código

Civil, lo que significa que a la presentación de la demanda el demandado adeudaba \$76.222.906,24 “monto este que fue corroborado por el despacho, realizando la liquidación respectiva y que hace parte integral de esta providencia”.

Agregó que, independiente del resultado del proceso adelantado ante el Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá, ello no permitía al demandado desligarse de la obligación contraída en virtud del acuerdo de transacción aprobado el 1° de noviembre de 2018.

LA APELACIÓN

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

1.1. Indicó que, como lo confesó el ejecutante, la suscripción de la escritura pública No. 2609 del 27 de octubre de 2017 ante la Notaría Quinta del Círculo de Bogotá no obedeció a un contrato de mutuo, sino como garantía de los saldos derivados del contrato de transacción que se celebró el 1° de agosto de 2017, lo cual fue refrendado por el Juzgado 33 Civil del Circuito en sentencia del 20 de noviembre de 2020 que negó las pretensiones del proceso ejecutivo hipotecario la cual fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Bajo este punto de vista, predica del fallo de primer grado: *“Pero advierte que el contrato de mutuo, tuvo su origen en el contrato de transacción aprobado por el Juzgado 8 Civil de Circuito de Bogotá, **que por lo tanto nunca fue la de perfeccionar un movimiento económico patrimonial, sino que la voluntad de este, fue de forma inequívoca la de garantizar un saldo pendiente de pago originado este en un contrato de transacción.*** Precisamente, dicha advertencia y descubrimiento de la génesis u origen de la relación contractual, debería llevarlo a concluir y decidir que dicho contrato de mutuo era válido y eficaz, y no como erróneamente decidió de perder eficacia el contenido del título ejecutivo. Si hubiera aplicado el desarrollo jurisprudencial de la coligación negocial. La aplicación del artículo 1622 del C.C., y 864 del C.Co.” (resaltados son míos).

1.2. En el instrumento público se pactó un plazo de 4 meses que vencieron el 27 de febrero de 2018.

1.3. El 27 de octubre de 2017 con la escritura pública No. 2609 a causa de la transacción, existía un saldo pendiente de \$149.945.920, porque ya el demandado había girado un cheque por \$340.000.000, el 12 de septiembre de ese año.

1.4. La escritura de hipoteca es posterior a la transacción, y nunca fue de conocimiento del Juzgado 8° Civil del Circuito que aprobó esta sin saber de aquella y modificaba las condiciones de la transacción como por ejemplo la fecha de exigibilidad de la obligación que se fijó para el 27 de febrero de 2018; la hipoteca no ha sido modificada por lo que sus efectos vinculantes son latentes.

1.5. Dice el apelante que se equivocó el juez de primer grado al considerar que la garantía era de los saldos pendientes de la transacción, sin que el valor transado estuviere sujeto al pago de la obligación contenida en la escritura pública; cuando en la transacción de agosto de 2017 no podía prever que en octubre siguiente, por exigencia de la acreedora se suscribiría hipoteca para hacer constar en apariencia un mutuo por \$259'000.000, ni tampoco que el objeto de la escritura fuera el de garantizar el pago de los dineros transados.

1.6. Sin estar aprobada la transacción, las partes **MODIFICARON, A VOLUNTAD, LA FECHA DE EXIGIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES DETERMINADAS EN EL CONTRATO DE TRANSACCIÓN, a partir del 27 de febrero de 2018.**

6

1.7. Luego de transcribir apartes de las sentencias de primera y segunda instancia en el proceso, reiteró que la demandante en acción ejecutiva hipotecaria el 2 de abril de 2019 demandó al señor Díaz Plazas por causa del compromiso de pago de \$259.000.000, no por causa del contrato de mutuo, sino del contrato de transacción. Todo ello para insistir que la fecha de exigibilidad de las obligaciones se estableció en 4 meses a partir de la escritura, término que culminó el 27 de febrero de 2018.

El 20 de noviembre de 2020 el ejecutado pagó \$149.945.920 como saldo del contrato de transacción; por tanto, Hugo Ferneli Díaz Plazas estaba *“IMPEDIDO PARA EFECTUAR DICHO PAGO, porque las OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE TRANSACCIÓN, la sociedad acreedora WARCO S.A.S., ya el 02 de abril de 2019, había radicado demanda ejecutiva en contra de su demandado Hugo Ferneli Díaz Plazas, ante el Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá (...)”*

Desde el 2 de abril de 2019 cuando se radicó la demanda ejecutiva hipotecaria hasta el 20 de noviembre de 2020 cuando se emitió el fallo la sociedad acreedora persiguió el

bien hipotecado, “por ello, sin concurrir culpa alguna en el demandado de la suerte de este proceso, se declaró su ILEGALIDAD,” en razón a que el contrato de mutuo no existió. Por lo que se pregunta cuál era la obligación del demandado: pagar las obligaciones del contrato de transacción?, o las de la escritura pública?, podría ser demandado dos veces por la misma causa? O era su deber esperar las resultas el proceso ejecutivo hipotecario, para proceder como lo hizo de pagar las obligaciones adquiridas en la transacción, cuando salió el fallo a su favor.

Discurrió entonces que la condición establecida en la transacción relativa a la efectividad de la medida cautelar que recayó sobre la obra pública No. 251-FDLU 2014 solo se cumplió hasta el 27 de febrero de 2020, data en que se consignó a la cuenta bancaria del ejecutado \$564.975.339, suma que en principio debió ser puesta a disposición del Juzgado por la Alcaldía de Usme.

Conforme con lo anterior, a lo sumo, EL PAGO DE INTERESES, habría sólo de hacerse sobre un capital insoluto de \$149.945.540, por el periodo enmarcado entre el 22 de febrero de 2020 al 19 de noviembre de 2020. que tampoco procede.

7

Agregó, que el contrato de transacción estaba sujeto a una condición suspensiva, como lo era el cumplimiento de la medida cautelar que afectó el contrato No. 215-FDLU2014 celebrado entre el consorcio Estabilidad Porvenir y la Alcaldía de Usme, o en su defecto, de ser insuficiente esta medida, el pago debía hacerlo directamente Hugo Ferneli Díaz Plazas.

Pese a ello, el 2 de abril de 2019 Warco S.A.S. ejecutó la presunta obligación contenida en la escritura pública No. 2609 del 27 de octubre de 2017, trámite que culminó el 20 de noviembre de 2020 “absolviendo al aquí demandado”.

Adicionalmente, la transacción previó condonación de intereses y costas.

2. La parte ejecutante describió la sustentación de la parte ejecutada en los siguientes términos:

Solicitó que se declarara desierto el recurso de apelación, habida cuenta que el escrito allegado es “una transcripción mejorada de los mecanismos de defensa primigeniamente expuestos, sin que se haga un ataque concreto ni directo a la sentencia, pues no debate

los errores en que pudo haber incurrido la Juez en la decisión de instancia (...)”.

Afirmó que la ejecución tiene como base la providencia emitida por el Juzgado 8° Civil del Circuito el 1° de noviembre de 2018, mediante la cual se aprobó el contrato de transacción y en la que en el ordinal sexto se dispuso tener como saldo a pagar, a cargo de Hugo Ferneli Díaz Plazas a favor de Warco S.A.S. \$489.945.539,15, obligación que no se cumplió cabalmente y, por ende, se hace exigible su pago.

Reiteró que el 12 de septiembre de 2017 el ejecutado hizo un pago por \$340.000.000 y, hasta el 20 de noviembre de 2020 hizo un abono de \$149.945.539, que por disposición del 1653 del Código Civil fue imputado primero a intereses y luego a capital, por lo que quedó el saldo que se persigue.

Hizo referencia a las excepciones taxativas que operan contra una providencia judicial conforme al artículo 442 de la Ley 1564 de 2012, las que por demás no están probadas, ni la prescripción ni el pago.

Añadió la procedencia del cobro de intereses de mora, como quiera que se trata de una obligación comercial derivada de una factura y un contrato de suministro.

8

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. Empiécese por decir que la ejecución tiene como cimiento el proveído de 1º de noviembre de 2018 que aprobó el contrato de transacción ajustado entre las partes.

Luego a voces del artículo 442 de la ley 1564 de 2012, como lo resaltó la juez de primera instancia, sólo resultaba procedente plantear como medios de defensa: *“pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia, la de nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento y la de pérdida de la cosa debida”*.

4. Ahora, memórese que la solicitud de expedir mandamiento de pago se hizo por \$76.222.906,99 *“como, capital representado en el contrato de transacción aprobada por su despacho el día 18 de noviembre de 2.018 y el contenido del numeral sexto de la referida providencia”*⁶.

4.1. Evidencia la Sala que en el contrato de transacción celebrado entre Warco S.A.S. y los miembros integrantes del Consorcio Estabilización Porvenir el 1º de agosto de 2017, convinieron poner fin al proceso *“en el sentido de lograr transar la totalidad de las pretensiones de la demanda”*, y por ello acordaron que *“1. Las partes, transan el pago de las obligaciones derivadas de la Factura de venta No. 243 de fecha Diciembre 21 de 2015, objeto del proceso ejecutivo que adelanta la sociedad Warco S.A.S. en contra de los señores Oscar Daniel Garzón Forero, Hugo Ferneli Díaz Plazas y la sociedad Tecnoperformaciones S.A.S. en su calidad de integrantes del Consorcio Estabilización Provenir en la suma de (...) (\$1.685.019.000.00) por concepto de capital, intereses y costas”*, monto que convinieron en la cláusula 2ª se pagaría así:

“a) Mediante esta transacción solicitan expresamente al Juzgado Octavo Civil del Circuito, se proceda mediante auto que así lo ordene, entregar de manera directa a la sociedad Warco S.A.S., los dineros que por concepto de embargos se encuentran a disposición del despacho, para el expediente No. 11001310300820160061900, y que a la fecha asciende a la suma de (...) (\$573.538.158,31).

b) La suma de (...) (\$259.168.000,00) valor correspondiente a medida cautelar vigente del contrato No. 215-FDLU2014, celebrado entre los señores OSCAR DANIEL GARZÓN FORERO, HUGO FERNELI DÍAZ PLAZAS y la sociedad TECNOPERFORACIONES S.A.S. en su calidad de integrantes del Consorcio ESTABILIZACIÓN PORVENIR suscrito con la ALCALDÍA LOCAL DE USME, suma de dinero que una vez puesta a disposición del juzgado las partes

⁶ Folio 3 del archivo “01CuadernoejecutivoAcumulado”

solicitan se proceda mediante auto que así lo ordene, entregar de manera directa a la sociedad WARCO S.A.S.

c) El demandado señor HUGO FERNELI DÍAZ PLAZAS (...) se obliga a dejar a disposición del Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, las sumas de dinero que la sociedad AGUAS DEL HUILA S.A. ESP adeuda como contratista de contrato No. 257 de 2015, (medida cautelar vigente), hasta por el monto de (...) (\$721.000.000,00) para tal efecto se adjunta soportes de cobro debidamente radicados ante la entidad contratante, valor que queda a disposición del juzgado y deberá ser entregada, por auto que así lo disponga, directamente a la sociedad WARCO S.A.S. Parágrafo: En el evento que AGUAS DEL HUILA S.A. ESP, únicamente deje a disposición del despacho el monto de dinero de acuerdo con la participación del demandado HUGO FERNELI DÍAZ PLAZAS en el consorcio contratistas (CONSORCIO ACUEDUCTO ISNOS HUILA), el señor HUGO FERNELI DÍAZ PLAZAS se obliga a pagar directamente a la sociedad WARCO S.A.S. la diferencia resultante.

d) El demandado señor HUGO FERNELI DÍAZ PLAZAS (...) se obliga a dejar a disposición del Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá las sumas de dinero que LA SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO adeuda como contratista según contrato No. 433 de 2016, (medida cautelar vigente), hasta por el monto de (...) (\$132.000.000) para tal efecto se adjunta soportes de cobro debidamente radicados ante la entidad contratante, valor que queda a disposición del juzgado y deberá ser entregado, por auto que así lo disponga, directamente a la sociedad WARCO S.A.S.

e) En caso que las sumas dejadas a disposición de juzgado por concepto de medidas cautelares vigentes no resulte (sic) equivalente al monto total acordó (sic), es decir MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES DIECINUEVE MIL PESOS (\$1.685.019.00) (sic) será cancelado directamente a la sociedad WARCO S.A.S. por el señor HUGO FERNELI DÍAZ PLAZAS.

2.- Los demandados OSCAR DANIEL GARZÓN FORERO (...), HUGO FERNELU DÍAZ PLAZAS (...) Y TECNOOPERFORACIONES S.A.S. (...) miembros integrantes del CONSORCIO ESTABILIZACIÓN PORVENIR, por medio del presente escrito RENUNCIAN AL TÉRMINO para formular excepciones de mérito, atendiendo la voluntad de pago y la condonación que los intereses y costas hace el acreedor WARCO S.A.S.

3.- Las partes establecen que en caso de incumplimiento por parte de los ejecutados del presente Acuerdo Transaccional, se solicitará al Juzgado que ordene seguir adelante con la ejecución en los términos establecidos por el artículo 440 del C. General del Proceso y las sumas recibidas por parte del Acreedor WARCO S.A.S. se aplicaran en los términos señalados por el artículo 1.653 del Código Civil.

4. **CONDICIÓN SUSPENSIVA.** Como quiera que el acuerdo es total sobre las pretensiones de la demanda las partes ACUERDAN que el proceso se suspende por el término de dos (2) meses contados a partir de la fecha de presentación de este escrito ante el Juzgado de conocimiento (8° Civil del Circuito); si una vez expirado dicho término no se ha podido cumplir cabalmente con el acuerdo aquí consignado, las partes podrán ampliar el término inicialmente señalado por uno igual.-

CLAUSULA TERCERA. EFECTOS. Conforme lo dispone el artículo 2483 del Código Civil la presente transacción produce el efecto de cosa juzgada material en última instancia, y presta mérito ejecutivo.”⁷.

4.2. En auto del 22 de agosto de 2017, atendiendo el pedimento de las partes se suspendió el proceso hasta el 9 de octubre de ese año; agotado dicho plazo se reanudó la actuación y después de varios requerimientos para que se acreditara la inexistencia de obligaciones fiscales, el juzgado en auto del 1° de noviembre de 2018, tras considerar que:

Integrada la litis, la parte demandante y las demandadas allegaron un contrato de transacción cuyo objeto es dar por terminado el proceso ejecutivo de referencia, y dentro del cual acordaron transar la obligación objeto de cobro en la suma de \$1.685.019.000,00, la cual incluiría capital, intereses y costas y cuyo pago se haría utilizando los dineros objeto de medidas cautelares dentro de este proceso y en el que además se acordó que, de ser el caso, el saldo a pagar no cubierto por los dineros aquí retenidos, sería cancelado directamente a la ejecutante por el señor HUGO FERNELI DIAZ PLAZAS. (fls. 129 a 136)

11

Por lo que hallando cumplidas las exigencias legales resolvió⁸: “DECLARAR terminado por transacción el presente proceso”; dispuso la cancelación de las cautelas vigentes, la entrega de dineros hasta el monto de \$1.195.073.460,85⁹ y:

SEXTO: tener como saldo a pagar a cargo de HUGO FERNELI DIAZ PLAZAS y a favor de WARCO S.A.S., la suma de \$489.945.539,15 pesos.

Proveído notificado en el estado #180 del día 2 de ese mes y año, causando ejecutoria como quiera que respecto de él ningún recurso se formuló.

4.3. Dentro del anterior contexto, aunado a lo dispuesto en el numeral 4 de la cláusula 2ª del contrato de transacción, el plazo para que se cumplieran los compromisos allí adquiridos era de 2 meses, con esa finalidad se pidió la suspensión del proceso, término que podía ser ampliado por

⁷ Folios 188-196 del archivo “01Cuadernoejecutivoprincipal”

⁸ Folios 332-333

⁹ En efecto, el 10 de diciembre de 2018 al representante de la demandante se entregó la orden de pago de depósitos judiciales por dicho monto, folio 343

otros 2 meses, sin que las partes en ese sentido se hubiesen pronunciado.

Y es que impartida aprobación a la transacción restaba simplemente la entrega de dineros puestos a disposición del juzgado. Y tal como lo concertaron las partes en el literal e) de la cláusula 2ª del contrato de transacción en el evento de que aquellas sumas no cubrieran el valor total convenido “será cancelado directamente a la sociedad WARCO S.A.S. por el señor HUGO FERNELI DÍAZ PLAZAS”; por eso fue que al aprobarse la transacción el juzgado advirtió que quedaba un saldo a cargo de éste de \$489.945.539,15.

Luego, aprobada la transacción el señor Díaz Plazas debía honrar la totalidad de la obligación mediante la solución inmediata del saldo pendiente, pues no se sometió a plazo ni condición. Recuérdese que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado:

“La exigibilidad busca comprobar que se halle vencido el plazo o cumplida la condición o la modalidad para realizar el cobro respectivo, o que siendo una obligación pura y simple al no estar sujeta a plazo, condición o modo, permita exigirla inmediatamente, sin contemplación al plazo, la condición o el modo, por no estar sujeta a esas modalidades.”¹⁰

12

Y, en otra de sus decisiones señaló:

“(…) Adviértese, pues, que en las obligaciones puras y simples, es uno mismo el tiempo en que se forme el manantial de donde proceden, uno mismo aquél en que la obligación nace y, uno mismo, el de su exigibilidad; en las de plazo, a pesar de que [surgen] al mismo tiempo con la fuente de donde dimanar, el momento en que pueden hacerse exigibles es posterior, pues el acreedor solo podrá demandar su cumplimiento cuando expire el plazo; finalmente, la obligación condicional, bajo condición suspensiva, no [aflora] simultáneamente con la fuente de donde derivase, pues esta queda formada con antelación [pero] solo nacerá en el evento de ocurrir el acontecimiento

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sentencia STC 20214 de 30 de noviembre de 2017. MP. Margarita Cabello Blanco

*futuro e incierto del cual se hizo depender su [existencia] (...)*¹¹.

5. La intrincada elucubración del recurrente para concluir que la fecha de exigibilidad era el 27 de febrero de 2018, resulta carente de sindéresis, pues se funda en decir que el juzgado aprobó la transacción, *“sin estar enterada de la existencia de OTRO TÍTULO VALOR que expedido entre las mismas partes, modificaba o alteraba las condiciones de la transacción, COMO POR EJEMPLO, LA FECHA DE EXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN, QUE SE ESTABLECIÓ A PARTIR DEL 27 DE FEBRERO DE 2018.”*, según lo vertido en la escritura 2609 del 27 de octubre de 2017.

Resulta incoherente tal alegación, pues en el proceso ejecutivo adelantado para hacer efectiva la garantía real en esa escritura constituida, su defensa se erigió en la inexistencia del contrato de mutuo por no haberse entregado dinero, defensa que a la postre resultó fructífera. Y ahora aquí viene a aducir que en la escritura se modificó la fecha de exigibilidad de la obligación.

En todo caso, para los fines de la prescripción de la acción ejecutiva esgrimida como excepción, aun tomando como puntal tal calenda, el lustro de que trata el artículo 2536 del Código Civil se cumpliría el 27 de febrero de 2023, calenda para la cual ya tiempo atrás con la solicitud de expedir mandamiento de pago el 4 de octubre de 2022, al haber satisfecho el actor los requisitos del artículo 94 de la ley procesal, se interrumpió civilmente el fatal plazo, pues ya estaba enterado el ejecutado. Además que naturalmente ya se había interrumpido, con el abono mediante transferencia a cuenta de la ejecutante hizo el 1° de noviembre de 2020.

6. En lo que atañe al pago, no aparece demostrado en el plenario que con posterioridad a la ejecutoria del auto aprobatorio de la transacción el señor Díaz Plazas hubiese procedido a solucionar la totalidad del saldo pendiente de la transacción. Sin que sea excusa que justifique su omisión, que se hubiese promovido en su contra el proceso ejecutivo hipotecario pluricitado en el año 2019, pues ya desde el 9 de noviembre de 2018 debió haberla honrado.

Al solicitar la ejecución la sociedad demandante, el 4 de octubre de 2022, resaltó que el 12 de septiembre de 2017

¹¹ Sentencia de Casación de 8 de agosto de 1974, publicada en Gaceta Judicial Tomo CXLVIII n° 2378 a 2389, página 192 a 198, reiterada en sentencia de tutela STC720 de 2021, de 4 de febrero de 2021, MP. Luis Armando Tolosa Villabona.

había recibido del señor Díaz el pago de \$340'000.000; y expedida la sentencia de primer grado en el proceso ejecutivo con garantía real, el demandado le había transferido \$149'945.960,00, el 1° de noviembre de 2020, monto que fue imputado a la obligación en los términos del artículo 1653 del Código Civil: *“Si se deben capital e intereses, el pago se imputará primeramente a los intereses, salvo que el acreedor consienta expresamente que se impute al capital”*.

Apreciación sobre la que en este aparte debe decirse, resulta acorde con la voluntad de las partes plasmada en el contrato de transacción: cláusula segunda numeral 3, *ut supra* transcrito, según el cual en caso de incumplimiento se procedería a la ejecución y las sumas recibidas por Warco S.A.S. *“se aplicaran en los términos señalados por el artículo 1.653 del Código Civil.”*

Lo que motivó que se reclámese auto de apremio por un capital de \$76.222.906,99, más réditos de mora que en el proveído del 18 de octubre de 2022, en los términos de los artículos 306 y 430 del Código adjetivo, se expidió a cargo de Hugo Ferneli Díaz Plazas¹² indicándose que los intereses se liquidarían desde el 28 de diciembre de 2020.

14

Y es que para la comprensión de las estipulaciones de la transacción, debe examinarse la integralidad del documento en que se consignó, siendo precisamente una de sus consideraciones:

7. El artículo 312 del Código General del Proceso contempla los requisitos para que la transacción produzca efectos procesales, norma adjetiva aplicable al caso que nos ocupa como quiera que la transacción sobre las pretensiones de WARCO S.A.S., es total, de manera que el proceso ejecutivo debe terminar siempre y cuando se cumplen los acuerdos que en seguida se enlistan, por parte de los señores OSCAR DANIEL GARZON FORERO, identificado con la cédula de ciudadanía número 19.466.222, HUGO FERNELI DIAZ PLAZAS, identificado con la cédula de ciudadanía número 12.110.283, y TECNOOPERFORACIONES S.A.S., NIT. 900.008.231-6., miembros integrantes del CONSORCIO ESTABILIZACION PORVENIR.

De ello se colige que la condonación de intereses y costas por parte del acreedor, se hacía bajo el entendido del cabal cumplimiento de los pagos allí acordados; de ahí que en el

¹² Según se corrigió en auto del 15 de noviembre de 2022

numeral 3 de la cláusula segunda, de la cual ya se hizo remembranza, se dejara constancia de los efectos del incumplimiento, previendo que las sumas canceladas se aplicarían en la forma dispuesta por el artículo 1653 de la Codificación Civil, esto es, primero a intereses y luego a capital. Así pues, el cobro de réditos resulta procedente.

7. Corolario de lo así explicado, la censura emerge infundada; lo que impone confirmar la sentencia de primer grado y la consiguiente condena en costas al apelante 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 expedida el 20 de junio de 2023, por el Juzgado 8° Civil del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Condenar en costas de esta instancia al apelante.

NOTIFÍQUESE,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Magistrada

110013103008201600619 01

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Magistrada

110013103008201600619 01

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

Magistrado

110013103008201600619 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: **81d5ff6fd99c8fa11945b517228e44769b09110432cef8a65f034b0b5e3b4f99**

Documento generado en 27/10/2023 10:07:44 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**

Bogotá, D. C., veintisiete de octubre de dos mil veintitrés

Proceso: Ejecutivo singular
Demandante: Warco S.A.S.
Demandada: Hugo Ferneli Díaz Plazas
Radicación: 110013103008201600619 01
Procedencia: Juzgado 8° Civil del Circuito de Bogotá

Se fija la suma de \$3'000.000,00 como agencias en derecho de esta segunda instancia. Inclúyase en la liquidación concentrada de costas.

Notifíquese,

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: **db138090bb5b4f389975d8a774c1dad5ed28407e79bacfe35b580189eb80d5b**

Documento generado en 27/10/2023 10:09:28 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**

**ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada Ponente**

(Rad. n°. 11001-31-03-010-2019-00250-01)

Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre dos mil veintitrés (2023)

Examinado el diligenciamiento se observa que, en escrito remitido vía electrónica el 28 de junio de 2023¹, la parte apelante presentó ante el A quo, los reparos debidamente sustentados contra la sentencia proferida el 22 de junio de 2023 por el Juez Décimo Civil del Circuito de la ciudad.

Por lo anterior, se dispone:

De la sustentación expuesta por el apelante en primera instancia, córrase traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días.

Vencido el término interior, ingrese el expediente para continuar con el trámite que en derecho corresponda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada**

Firmado Por:
Adriana Saavedra Lozada

¹ 059Sustentación del Recurso del 01Cuaderno principal del expediente digital

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 001 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: **3db76b3fc42c822f647f32039af818f411780fd6ebe51d83bbdbc429acd18b5b**

Documento generado en 26/10/2023 08:30:37 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., veintisiete de octubre de dos mil veintitrés.

Ponencia presentada y aprobada en Sala Civil de Decisión según actas de 26 de julio y 27 de septiembre de 2023.

Proceso: Verbal de responsabilidad extracontractual.
Demandante: David Alejandro Mejía Álzate y otros¹.
Demandado: Juan Humberto Izquierdo Camelo y Allianz Seguros S.A.
Radicación: 110013103011202100215 01.
Procedencia: Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá.
Asunto: Apelación sentencia
SC-046/23.

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación provocado por la demandada Allianz S.A. contra la sentencia proferida el 8 de febrero de 2023 en el asunto de la referencia.

1

ANTECEDENTES

1. Mediante la demanda incoada, David Alejandro, Juan Carlos y Andrés Felipe Mejía Álzate, Juana de la Cruz Alzate Restrepo y Yeny Gómez García, quien actúa en nombre propio y en representación de su menor hijo Sergio Andrés Botero Gómez, convocaron a juicio a Juan Humberto Izquierdo Camelo² y Allianz Seguros S.A., frente a quienes plantearon las siguientes³ pretensiones:

1.1. Se declare responsable civil y extracontractualmente a Juan Humberto Izquierdo Camelo, según se extrae del escrito inicial, por la ocurrencia del accidente de tránsito acaecido el día 16 de julio de 2020.

1.2. Se declare que, con ocasión al accidente vial, se configuró el siniestro dentro de la póliza que amparaba el riesgo y que fue expedida por Allianz Seguros S.A.

¹ Juan Carlos Mejía Álzate, Andrés Felipe Mejía Álzate, Juana de la Cruz Álzate Restrepo y Yeny Gómez García, quien además de actuar en nombre propio es la representante legal de su menor hijo Sergio Andrés Botero Gómez.

² Conductor y propietario del vehículo de placas SXX513.

³ Archivo "20AcusoREcibidoReforma". Folios 15 a 18.

1.3. Se declare que la aseguradora es responsable del pago de la indemnización que les corresponde a los demandantes, junto con los intereses moratorios conforme al artículo 1080 del Código de Comercio.

1.4. Condenar al convocado Juan Humberto Izquierdo Camelo al pago de perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales causados por su responsabilidad en el accidente de tránsito por los siguientes conceptos:

(i) A Yeny Gómez García:

Lucro cesante consolidado: \$38'333.216,00

Lucro cesante futuro: \$585'868.562,00

Perjuicio moral: 100 smmlv.

Daño a la vida en relación: 100 smmlv

(ii) Sergio Andrés Botero Gómez:

Perjuicio moral: 100 smmlv

Daño a la vida en relación: 100 smmlv

(iii) Juana de la Cruz Álzate Restrepo

Perjuicio moral: 100 smmlv

Daño a la vida en relación: 100 smmlv

(iv) Andrés Felipe Mejía Álzate

Perjuicio moral: 50 smmlv

Daño a la vida en relación: 50 smmlv

(v) Juan Carlos Mejía Álzate

Perjuicio moral: 50 smmlv

Daño a la vida en relación: 50 smmlv

(vi) David Alejandro Mejía Álzate:

Perjuicio moral: 50 smmlv

Daño a la vida en relación: 50 smmlv

1.6. Que se condene a los demandados al pago de las costas.

2. Como sustento fáctico la parte actora expuso lo siguiente:

2.1. El 16 de julio de 2020, en la vía que conduce de Medellín a Bogotá, sobre el Km 25+300, en el municipio de Guarne, Antioquia, se presentó un accidente de tránsito en que se vio involucrado el vehículo de placas SXX-513 y cuya producción resultó fatal para Luis Gonzalo Mejía Álzate, quien se desplazaba en bicicleta.

2.2. Adujo que el automotor para el momento del siniestro se encontraba asegurado para el riesgo de responsabilidad civil extracontractual por parte de Allianz Seguros S.A. mediante

la póliza #022432853/0 con vigencia entre el 1° de abril de 2020 y 31 de marzo de 2021.

2.3. Señaló que el suceso ocurrió por la imprudencia del conductor del vehículo al estar estacionado y abrir la puerta sin las debidas precauciones, por cuanto golpeó y desestabilizó a la víctima quien finalmente fue arrollado por un tractocamión que se desplazaba de forma paralela, y falleció en el Hospital San Vicente Fundación.

2.4. Si bien para el día de los hechos se acercó la autoridad para elaborar el informe policial de accidente de tránsito C-01094619, no se ha iniciado por parte del inspector de esa dependencia el trámite contravencional. En todo caso, la Fiscalía 127 Seccional del Guarne, Antioquia, impulsó indagación por el delito de homicidio culposo cuyo CUI corresponde al 056156000364202080029.

2.5. Para el 16 de julio de 2020, el señor Luis Gonzalo Mejía Alzate se encontraba vinculado a la empresa IDATA por medio de contrato indefinido y con una asignación mensual de \$3'199.200, en el cargo de analista master data II.

2.6. El núcleo familiar de la víctima, Luis Gonzalo Mejía Álzate, estaba conformado por: su compañera permanente Yeny Gómez García y su hijo de crianza, Sergio Andrés Botero Gómez, quienes dependían económicamente de él; su señora madre Juana de la Cruz Alzate Restrepo y, sus hermanos Andrés Felipe, Juan Carlos y David Alejandro Mejía Alzate, a quienes la noticia funesta del deceso les causó gran dolor y congoja, además de privarles de momentos familiares y sociales.

2.7. Reseñó que, si bien se presentó reclamación ante Allianz Seguros S.A., ella fue negada infundadamente.

3. La demanda fue admitida mediante auto de fecha 8 de octubre de 2021⁴.

3.1. El demandado Juan Humberto Izquierdo Camelo guardó silencio en el traslado de la demanda.

3.2. Por su parte, Allianz Seguros S.A., una vez tuvo conocimiento del inicio de la acción, contestó el libelo, objetó el juramento estimatorio y propuso las excepciones de mérito⁵ que denominó “(i) inexistencia de responsabilidad como consecuencia del hecho exclusivo de la víctima”, (ii) “inexistencia de responsabilidad a cargo de los demandados por la falta de acreditación del nexo causal”, (iii) reducción de la indemnización como consecuencia de la incidencia de la conducta de la víctima en la producción del daño”,

⁴ Reforma.

⁵ Archivo “22ContestacionReformaDemanda”.

(iv) “falta de legitimación en la causa por activa de Yeny Gómez García y Sergio Andrés Botero Gómez”, (v) “inexistencia de prueba de lucro cesante”, (vi) “tasación exorbitante del daño moral”, (vii) “improcedencia del reconocimiento del daño a la vida en relación”, (viii) “inexistencia de obligación de indemnización por incumplimiento de las cargas del artículo 1077 del código de comercio”, (ix) “riesgos expresamente excluidos en la póliza de autos livianos servicio particular 021528678/9”, (x) “carácter meramente indemnizatorio que revisten los contratos de seguros”, (xi) en cualquier caso, de ninguna forma se podrá exceder el límite del valor asegurado”, (xii) límites máximos de responsabilidad del asegurador en lo atinente al deducible”, (xiii) “improcedencia de causación de los intereses de mora en los términos del artículo 1080 del C.Co”, y la de carácter innominado.

4. Adelantadas las etapas propias de un proceso de estas características, se dictó sentencia el 8 de febrero de 2023⁶ en la cual: (i) se declaró probada la excepción de “improcedencia de causación de los intereses de mora en los términos del artículo 1080 del C.Co”; (ii) se negaron los demás medios exceptivos; (iii) se declaró la responsabilidad civil y extracontractual de Juan Humberto Izquierdo Camelo por los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes derivados de la muerte de Luis Gonzalo Mejía Alzate; (iv) se condenó al pago: en favor de Yeny Gómez García por concepto de lucro cesante pasado la suma de \$65’629.672,10 y lucro cesante futuro \$375’767.794,61, por perjuicio moral el equivalente a 100 smmlv, misma cantidad reconocida al menor Sergio Andrés Botero Gómez y Juana de la Cruz Alzate por ese concepto; a los hermanos de la víctima por el daño moral ocasionado, lo correspondiente a 50 smmlv para cada uno; en lo atinente al daño en la vida en relación se reconoció 20 smmlv a Yeny Gómez y Juana de la Cruz Alzate, y aun cuando se negó al menor ese perjuicio, se despachó de forma favorable a los demás demandantes en cuantía de 10 smmlv para cada uno; (v) con ocasión a la póliza de seguro expedida, se determinó que la indemnización reconocida debía ser asumida por Allianz Seguros S.A., con descuento del respectivo deducible y en caso de no cancelarse esos rubros, sería aplicado el artículo 1080 del código mercantil, y (vi) impuso condena en costas.

4

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Tras exponer los antecedentes que dieron lugar a la proposición de la acción, la juzgadora estableció los presupuestos para la demanda y aquellos necesarios para la responsabilidad civil extracontractual. Al adelantar el examen de la legitimación, centró su atención en la igualdad de las distintas formas de conformación familiar e iteró la flexibilización probatoria en la acreditación de la unión

⁶ Archivo “42SetenciaPrimeraInstancia”.

marital de hecho, sin perder de vista la categoría que se le ha otorgado al hijo de crianza por parte de la jurisprudencia y los lazos fraternales que se originan entre el menor y el que se considera padre.

A continuación, recordó que en ejercicio de actividades peligrosas a la víctima se le releva de probar el elemento culpa, siendo procedente probar el daño y el nexo causal. Recordó que en el desarrollo concurrente por parte de los sujetos de la misma acción, la presunción de culpa se desvanecía y era necesario acreditar la totalidad de las exigencias para la configuración responsabilidad aquiliana, siendo necesario verificar el grado de la actuación de cada afectado para determinar el daño padecido.

Tras relacionar el material probatorio recaudado, prosiguió con las conclusiones derivadas de su análisis y enfatizó en que el accidente se originó por la intervención del demandado al abrir la puerta de su vehículo de forma intempestiva, según logró extraer del video aportado por el extremo actor; así mismo, tuvo por sentadas las afecciones emocionales al grupo familiar por el deceso de Luis Gonzalo Mejía Alzate, determinación que sustentó en las declaraciones de los interrogados y de las pruebas testimoniales.

A fin de profundizar sobre cada aspecto, acotó que el daño no era materia de discusión en tratándose del fallecimiento de la víctima en el accidente de tránsito el día 16 de julio de 2020 ocurrido en la vía Medellín-Bogotá km 25 + 0000, en el que se involucró el automotor de placas SXX513; de igual manera en lo referente a la culpa, estimó que no existía duda frente a la intervención de Juan Humberto Izquierdo Camelo en la producción del daño, por cuanto, conforme a la evidencia digital del día del accidente, resultaba claro que fue la ausencia de precaución al descender del vehículo la que produjo el golpe al ciclista y la consecuente desestabilización que lo arrojó a la estructura del tractocamión que finalmente lo arrolló, sin que las proyecciones realizadas en el dictamen o incluso el informe de policía de accidente de tránsito, logren desvirtuar la contundencia del material visual.

Así mismo, memoró los efectos de la falta de contestación de la demanda y la ausencia de Juan Humberto Izquierdo Camelo a la audiencia de que trata el artículo 372 de la Ley 1564 de 2012, cuya sanción es la materialización de la confesión ficta derivada de los cuestionamientos asertivos que se allegaron para el interrogatorio de parte.

Al concluir con el examen del nexo causal, esgrimió que se despejó la duda frente a la contribución del accidente por parte del ciclista, para lo cual estimó que la suficiencia visual

del video permite identificar que la causación del daño se originó en la imprudencia del conductor y la ausencia de previsión de afectación a otros actores viales, pues no tuvo en cuenta el continuo tránsito de ciclistas en la zona.

A partir de lo expuesto, comenzó por descartar cada una de las excepciones encaminadas a poner de presente la deficiencia en el nexo causal, la ausencia de legitimación por activa de Yeny Gómez García y el menor, así como las demás encaminadas a desvirtuar la responsabilidad endilgada.

En cuanto a las defensas frente al reclamo de daño moral y la vida en relación, destacó que la primera de ellas sería analizada dentro del acápite correspondiente, y que, en la segunda, la jurisprudencia ha pregonado que, dependiendo el caso, no solo era reconocible a la víctima directa, sino incluso a sus allegados.

Para calcular el lucro cesante, la juzgadora tomó como base el salario devengado y certificado por el empleador IDATA, así como la constancia de afiliación de la EPS Sura, concluyendo que correspondía a \$3'999.000,00, que incluía el 25% de aportes sociales. Tras realizar el respectivo ajuste, descontó el 25% que por gastos personales erogaba la víctima, resultando un excedente total de \$3'388.562,17⁷ como base para la liquidación. Así, tras relatar que el tiempo liquidado correspondía a aquel comprendido entre la fecha del deceso y el balance realizado a 31 de enero de 2022, efectuada la operación aritmética, concluyó que al resultado integral debía aplicarse un 60% de variación, en razón a que si bien la dependencia económica de la compañera permanente era visible, no era total en tanto que percibía algunos ingresos, opinión que desencadenó en una indemnización por concepto de lucro cesante consolidado de \$65'629.672,10.

6

A continuación, tomando como base el ingreso relatado en líneas anteriores y la expectativa adicional de vida de la víctima, la cual calculó en 42,2 años, concluyó que la cuantía por concepto de lucro cesante futuro ascendía a \$375'767.794,61 en favor de Yeny Gómez García.

Por perjuicios morales, atendiendo la siguiente gráfica, reconoció en favor de la señora Gómez García, su menor hijo y la madre de aquel, el equivalente en 100 smmlv, y a sus hermanos, de manera individual la cantidad de 50 smmlv.

⁷ Primer paso: \$3'199.200,00 + 25 % prestaciones sociales = \$3'999.000,00; segundo paso indexación = \$4'518.083,00.; tercer paso: descuento 25% de gastos personales = \$3'388.562,17.

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE					
REGLA GENERAL					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Relaciones afectivas conyugales y paterno filiales	Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

En lo atinente al daño en la vida en relación, la juzgadora atestó que los miembros de la familia resultaron afectados en muchas de sus actividades sociales, en razón a que el promotor de las reuniones y de mantener la familia unida, era precisamente el causante, situación que varió tras el siniestro. Siendo, así las cosas, reconoció por ese concepto a los hermanos la cantidad de 10 smmlv por cada uno de ellos, mientras que a la madre y su compañera permanente, en cuantía de 20 smmlv de manera individual. Frente a ese daño, el menor no resultó favorecido en tanto que si bien la afectación fue evidente, lo cierto es que las actividades deportivas y sociales no se vieron menguadas al punto de los demás demandantes.

7

LA APELACIÓN.

Inconforme con la determinación de primera instancia, Allianz Seguros S.A. apeló la sentencia sustentando su réplica en que dentro de la valoración probatoria, no se tuvo en cuenta que fue el actuar imprudente de la víctima lo que generó el accidente vial, sin que en la provocación del suceso mediara comportamiento del conductor del vehículo de placas SXX513, siendo improcedente que el deber de previsión sea un factor endilgable a la persona que se encontraba dentro de ese automotor, pues en este caso la responsabilidad de ese imperativo recaía sobre el ciclista.

Así mismo, consideró que la interpretación del régimen de responsabilidad era errada, por cuanto el único que desarrolló una actividad peligrosa era la víctima fatal, en tanto que el vehículo de placas SXX513 se había estacionado, lo que supone que la presunción de culpa del conductor del camión no era la correcta para ser aplicada, y en consecuencia debía probarse la incidencia de Juan Humberto Izquierdo Camelo. En todo caso, tampoco se revisó la concurrencia de culpas en el acaecimiento del hecho, pues aún de probarse algún daño por el señor Izquierdo, lo cierto es que Gonzalo Mejía actuó de forma negligente mientras se desplazaba en la bicicleta.

En todo caso, a su consideración, haber desestimado el dictamen pericial a través del cual se buscó reconstruir el accidente, resulta contrario a la normativa, ya que la parte demandante no contravino las conclusiones expuestas en el documento, el cual no pudo ser desvirtuado por la simple revisión del video, el cual incumple con las previsiones de la ley 527 de 1999 para su análisis.

Así mismo, arguyó que la calidad de compañera permanente no fue acreditada en los términos del artículo 2º de la Ley 979 de 2005, así como tampoco la de hijo de crianza, sin que pueda suplirse ese condicionamiento con cualquier análisis temporal.

En lo que tiene que ver con la tasación de los perjuicios morales, consideró que se superaron los topes establecidos en la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y que en todo caso, se desconoció que la afectación de la vida en relación solo pueden ser reconocidos a la víctima directa de un siniestro como el que se analiza; sin perder de vista que la base para el cálculo del lucro cesante consolidado y pasado, no tuvo material probatorio con el cual justificarse, y por el contrario se argumentó una base de presunción laboral en cabeza del fallecido, adicional a omitir el ingreso y manutención que la señora Gómez reveló al deponer el interrogatorio de parte, lo que aniquila la dependencia económica que sirvió de base para la condena del lucro cesante.

Finalmente, apuntó que se desconoció la naturaleza indemnizatoria del seguro y la ausencia de probanza frente al siniestro y la cuantía de la pérdida.

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 impugnaticia 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 erigió en varios argumentos, cuyos embates se sintetizan en la legitimación por activa de Yeny Gómez García y su menor hijo; no tener en cuenta que la presunción de culpabilidad no era aplicable al caso por cuanto el conductor del automotor no estaba ejerciendo para el momento del accidente ninguna actividad peligrosa; actuar de la víctima en la producción del daño; dicotomía probatoria entre el video y el dictamen pericial; y finalmente la tasación de los perjuicios reconocidos.

Bajo ese escenario, esta sede judicial se centrará en atender únicamente esas críticas, habida cuenta que aun cuando son individualizadas en la alzada, lo cierto es que muchas de ellas confluyen en su argumentación y por tanto, agruparlas resulta acorde a un mejor entendimiento de lo que aquí se va a decidir.

4. Ahora, debe destacarse que el origen de la demanda lo motivó el accidente de tránsito acaecido el 16 de julio de 2020 mientras que Luis Gonzalo Mejía Alzate se desplazaba en bicicleta por la vía de Guarne, Antioquia; cuando de forma sorpresiva fue golpeado con la puerta del vehículo de placas SXX-513, que según aseveraciones coincidentes entre las partes, estaba estacionado, restando por precisar si a la orilla de la vía o sobre un área de la misma.

9

Los sujetos que conforman el extremo demandante se componen por varios niveles de afectividad y cercanía familiar, sin que quede duda de los lazos consanguíneos que favorecen a la señora Juana de la Cruz Alzate Restrepo, madre del fallecido, David Alejandro, Juan Carlos y Andrés Felipe Mejía Álzate, hermanos de aquel, hecho que además de encontrarse acreditado en el plenario, no fue debatido por las partes. Así mismo, se adhiere a ese grupo, la señora Yeny Gómez García y su menor hijo, la primera de ella quien se autoproclama compañera permanente de la víctima fatal, y de manera paralela aduce que el segundo, a quien representa en el *dossier*, es hijo de crianza de Luis Gonzalo Mejía Alzate.

4.1. Recuértese que:

“... 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 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.”⁸.

Además, porque desde antaño la jurisprudencia patria ha enseñado que la legitimación en la causa:

“es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, por cuanto alude a la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste. Por eso, su ausencia no constituye impedimento para resolver de fondo la litis, sino motivo para decidirla adversamente, pues ello es lo que se aviene cuando quien reclama un derecho no es su titular o cuando lo aduce ante quien no es el llamado a contradecirlo, pronunciamiento ese que, por ende, no sólo tiene que ser desestimatorio sino con fuerza de cosa juzgada material para que ponga punto final al debate, distinto de un fallo inhibitorio carente de sentido lógico por cuanto tras apartarse de la validez del proceso siendo éste formalmente puro, conduce a la inconveniente práctica de que quien no es titular del derecho insista en reclamarlo o para que siéndolo en la realidad lo aduzca nuevamente frente a quien no es el llamado a responder”⁹.

10

4.2. Con esas premisas, y en lo que atañe a la legitimación de la señora Yeny Gómez García, debe destacarse que en el libelo introductorio de manera reiterada se consignó que demandaba en su calidad de compañera permanente de la víctima señor Luis Gonzalo Mejía Alzate; le correspondía entonces demostrar tal condición, carga que el apelante resalta no fue atendida.

4.2.1. En efecto, el artículo 84 de la Ley 1564 de 2012, señala que como anexos de la demanda “*debe acompañarse (...) 2. La prueba de la existencia y representación de las partes y de la calidad en la que intervendrán en el proceso, en los términos del artículo 85*”; y este precepto en su inciso 2° consagra “*(...) En los demás casos, con la demanda se deberá aportar la prueba de la existencia y representación legal del demandante y del demandado, de su constitución y administración, cuando se trate de patrimonios autónomos, o de la calidad de heredero, cónyuge, compañero*

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia Sala de Casación Civil de 23 de abril de 2007, Exp.: 733193103001999-00125-01

⁹ CSJ, Sent. Cas Civ. de 14 de agosto de 1995 Exp. 4268.

permanente, curador de bienes, albacea o administrador de comunidad o de patrimonio autónomo **en la que intervendrán dentro del proceso.**” (negrilla a propósito); es decir, que cuando se aduce actuar en determinada condición debe adosarse prueba de esa calidad, así cuando se alega ser compañero permanente al presentar la demanda es requisito indispensable probar dicha calidad.

Ahora bien, la calidad de compañero permanente corresponde a un estado civil derivado de la unión marital de hecho, como lo ha considerado la Corte Suprema de Justicia desde el 18 de junio de 2008 al rectificar su doctrina¹⁰, en donde consideró:

“Por esto, la Corte recientemente enseñó que la Ley 54 de 1990, no tenía como único propósito, definir la unión marital de hecho y describir sus elementos, sino que también en ella se “estableció que esa concepción se hacía 'para todos los efectos civiles' (se subraya), lo que significa que, con independencia de cuáles sean en concreto esos efectos (derecho a alimentos, derechos laborales prestacionales, entre otros), es innegable que la norma hace alusión a una relación jurídica específica que genera consecuencias jurídicas determinables para cada uno de los compañeros permanentes”, párrafos adelante anotó: “De lo dicho se sigue que la unión marital de hecho, al igual que el matrimonio, es una especie de estado civil, pues aparte de no ser una relación cualquiera, no es algo que sea externo a las personas que la conforman, por el contrario, trasciende a ellas, es decir, a la pareja misma y a cada uno de sus miembros individualmente considerados, con cierto status jurídico en la familia y la sociedad”. (Se destaca)

11

Advirtió así mismo que:

“La ley, es cierto, no designa expresamente a la unión marital de hecho como un estado civil, pero tampoco lo hace con ningún otro, simplemente los enuncia, aunque no limitativamente, y regula, como acontece con los nacimientos, matrimonios y defunciones, y lo propio con la referida unión. Por ello, el artículo 22 del Decreto 1260 de 1970, establece que los demás “hechos, actos y providencias judiciales o administrativas relacionadas con el estado civil”, en todo caso, “distintos” a los que menciona, deben inscribirse, al igual que éstos, en el registro respectivo, así sea en el libro de varios de la notaría, como lo permite el artículo 1º del Decreto 2158 de 1970.”

10 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación 18 de junio de 2008, M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar Auto referencia: C-0500131100062004-00205-01125.

En este punto téngase en cuenta que se estableció el concepto de la unión marital de hecho *para todos los efectos civiles*, comprendiéndose en ellos el blandir tal condición en procura de la reparación de perjuicios.

A la premisa de que la unión marital debe estar inscrita en el libro respectivo, así sea en el libro de varios de la notaría se arribó teniendo en cuenta los artículos 101, 105 y 106 del Decreto 1260 de 1970 *“El estado civil debe constar en el registro del estado civil”* y debe ser probado *“con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos”* en tanto que *“Ninguno de los hechos, actos y providencias relativos al estado civil y la capacidad de las personas, sujeto a registro, hace fe en proceso ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva oficina....”*, legislación ajustable a este estado en tanto que *“si la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, bien por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio, ya por la voluntad responsable de conformarla, es claro que en un plano de igualdad, ambos casos deben recibir el mismo trato...”* y *“la ley no brinda un trato diferente a los cónyuges y compañeros permanentes”*¹¹.

12

Adicionalmente la misma Corporación, en desarrollo de su misión unificadora de la jurisprudencia nacional, en sede de casación precisó:

“Al respecto señaló la Sala que “el segmento de mayor relevancia social y jurídica de la Ley 54 de 1990, concierne al reconocimiento del statu normativo de la unión marital de hecho como forma expresiva de la relación marital extramatrimonial, comunidad singular de vida estable, genitora de la familia y de un estado civil diverso al matrimonial.

(...) la [acción] tendiente a la declaración de existencia de la unión marital, es materia de orden público, propia de la situación familiar, del estado civil y es indisponible e imprescriptible, lo cual no obsta para que las partes la declaren por mutuo consenso en escritura pública o en acta de conciliación (art. 4º, Ley 54 de 1990), en tanto el estado civil dimana de los hechos, actos o providencias que lo determinan (art. 2º, Decreto 1260 de 1970), (...) Por esto, la Corte, recientemente rectificó la doctrina sostenida antaño por mayoría que desestimaba el estado civil originado en la unión marital de hecho (.), puntualizando los cambios normativos ‘que tienden a darle a la unión marital de hecho un tratamiento jurídico equiparable o semejante al del matrimonio’, por

¹¹ idem

todo lo cual, ‘así como el matrimonio origina el estado civil de casado, la unión marital de hecho también genera el de ‘compañero o compañera permanente’ y si bien la ley no la ‘designa expresamente (...) ‘como un estado civil’, tampoco ‘lo hace con ningún otro, simplemente los enuncia, aunque no limitativamente’, imponiendo el deber de registrar ‘los demás ‘hechos, actos y providencias judiciales o administrativas relacionadas con el estado civil’, en todo caso, ‘distintos, a los que menciona’ (Auto de 17 de junio de 2008, exp. C-0500131100062004-00205-01) (...) Adviértase, entonces que la acción judicial tendiente a la declaración de la unión marital de hecho, podrá ejercerse durante su existencia, aún unidos los compañeros permanentes y, por ende, antes de su terminación o después de ésta y es imprescriptible en lo relativo al estado civil” (sentencia de 11 de marzo de 2009, exp. 2002-00197).’¹²

De allí que, el juzgador al decidir cada caso particular no puede ser indiferente, ni desdeñoso del precedente jurisprudencial ni a las directrices marcadas por el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, y cuando decida no acatarlo deberá explicar lo que a ello lo motiva.

4.2.2. En el asunto definido por la Sala en esta oportunidad, incumbía a la señora Gómez García demostrar la calidad de compañera permanente del fallecido señor Luis Gonzalo Mejía Alzate que reiteradamente adujo como fuente del derecho que reclama a su favor, acompañando prueba de ello con la demanda.

Para el análisis de ese último componente personal de la acción, debe decirse que en principio no se arrimó documento notarial que dé cuenta que por mutuo consentimiento la declaración de unión marital de hecho fuese reconocida en los términos del ordinal 1° del artículo 2° de la Ley 979 de 2005, que modificó el artículo 4° de la Ley 54 de 1990, o en su defecto, el acta de conciliación extrajudicial que así lo hubiese establecido.

Sin embargo, del análisis en conjunto de las pruebas recaudadas, permite inferir con seguridad el vínculo que unía a Luis Gonzalo y Yeni, empezando por la declaración extrajuicio que ambos rindieron ante el Notario 5° de Medellín el 27 de abril de 2019 en la que manifestaron ser solteros “con unión marital de hecho” y expresamente dijeron “convivimos en unión libre desde hace UN (1 año CON seis (6) MESES, tiempo durante el cual hemos compartido mesa, lecho y techo de manera permanente e ininterrumpida. LUIS GONZALO MEJÍA ALZATE, manifestó igualmente que mi compañera permante (sic), la señora YENY GOMEZ

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 19 de diciembre de 2012, M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez Ref: Exp. 7600131100082004-00003-01

GARCIA de su relación anterior, procreó un hijo el menor SERGIO ANDRES BOTERO GOMEZ de seis (6) años de edad, y soy Yo quien respondo económicamente por ambos y les brindo un buen bienestar.”

[folios 107-108 del archivo 03Demanda.pdf].

Tal manifestación realizada ante autoridad notarial, pone en evidencia la convicción de quienes declararon, particularmente del señor Mejía Alzate de considerar a la señora Yeny Gómez García como su compañera, con quien formó un hogar, una familia; lo que en este caso concreto legitima a esta última para reclamar la indemnización a que considera tiene derecho por la muerte de su compañero, así no haya obtenido declaración judicial sobre la existencia de la unión marital de hecho, pues no la requiere, como lo explicó la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de tutela STC791-2018 del 1º de agosto de 2018, con ponencia del Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Dijo esa Corporación:

“En efecto, revisado el expediente contentivo del proceso objeto de queja constitucional, verifica la Corte que en dicho trámite se recaudaron los testimonios de José Simón Sandoval Camargo y Víctor Hugo Mayorga Díaz, quienes reconocieron al unísono a Viviana Alexandra como la «esposa» del prenombrado causante y madre de dos de sus hijos, versiones que si bien no tendrían la virtualidad de probar el estado civil de compañera permanente de la actora, pues para ello el legislador contempló otro tipo de probanzas, sí llevan a una convicción razonable de la convivencia entre los involucrados, pese a que no se haya acreditado su reconocimiento por los medios contemplados en la normatividad vigente, lo que la facultaba para pedir el resarcimiento de los daños por ella padecidos y cuya causación se imputó a los demandados....”

14

Tesis acogida por la misma Corporación al precisar que:

“Es de recordar que el vínculo de compañera o compañero permanente se puede acreditar con cualquiera de los medios ordinarios previstos en el Código General del Proceso, pues “(...) al no existir tarifa legal en esta materia, resultan válidos la declaración extrajuicio, el interrogatorio de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez”¹³.

Conforme a lo expuesto, no puede ser otra la conclusión que la legitimación de la compañera permanente se encuentra

¹³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia STC4963-2020 del 30 de julio de 2020 M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. Radicación 11001-02-03-000-2020-0143-00

acreditada para el inicio de la acción, pues no solo los testimonios arrimados permiten concluir que efectivamente subyacía una relación con expectativa familiar y proyectos mancomunados entre Yeny Gómez García y Luis Gonzalo Mejía Alzate; compartían no solo una relación afectiva, sino social, y en esa calidad fue afiliada a la EPS Sura, según certificado expedido por la entidad¹⁴. La progenitora de la víctima, Juana Alzate, informó que vivió con ella hasta cuando se fue a formar el hogar con Yeny, así mismo Juan Carlos Mejía dijo “con Yeny tenía un hogar establecido ya, él era la cabeza del hogar”; por su parte David Mejía señaló que “cumplía con los gastos de su hogar” tenía una buena relación con Yeny y con su hijo.

Por su parte la declarante Alexandra Yepes, dijo que en algún momento los escuchó hablar de casarse, que Yeny y Gonzalo tenían una relación establecida. Y la testigo, dijo que eran muy unidos, compartían todo,

4.3. Ahora, debe estudiarse lo concerniente a la legitimación del menor demandante, ello en consideración a la calidad de hijo de crianza que se le atribuyó, lo que supone, actualmente, una disrupción en el concepto que de antaño se ha manejado frente a la familia, liberándose de aspectos consanguíneos y tradicionalistas, para constituirse como toda una institución, llamada a ser reconocida y protegida. Al respecto, ha comentado la Corte Suprema de Justicia, que:

“5.3. Deviene de lo anotado que, sin mencionar antecedentes más pretéritos, la concepción de familia ha tenido una evolución constante en el derecho, a consecuencia del dinamismo social, toda vez que en alguna época la temática como tal no estuvo expresamente regulada, limitándose a las relaciones jurídicas entre parientes consanguíneos y afines, en especial en el ámbito económico, pero esa regulación tan restringida ha venido superándose con el pasar de los años, atendiendo la misma realidad social que en su constante desarrollo demuestra que la familia constituye toda una institución, llamada a ser reconocida y protegida.

La familia, en consecuencia, no debe definirse exclusivamente por el cientificismo, porque doblega en repetidos casos, el derecho, la libertad y la autonomía de la voluntad. La familia es ante todo una institución cultural, mediada por lazos sociales, donde lo científico puede ser desplazado.

De allí que en tiempos más próximos el campo de aplicación de la familia de hecho se ensanchara, para reconocer que podía emanar de lazos parentales o colaterales producidos por la crianza, esto es, de la acogida de una persona en un núcleo familiar que, por fuerza de la convivencia, permite la formación de relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección, dando, incluso, origen a una nueva fuente del vínculo filial no derivada del nexo biológico, pero no extraña al ordenamiento jurídico, como en antaño

¹⁴ Folio 116 archivo “03Demanda”.

se admitió en materia de adopción. En consecuencia, en una sociedad multicultural y pluriétnica **la filiación es una institución cultural, social y jurídica, no sometida irremediablemente a los fríos y pétreos mandatos de la ciencia.**

Dicho de otra forma, las relaciones de crianza se generan por la asunción de la calidad de padre, hijo, hermano y sobrino, sin tener vínculo consanguíneo o adoptivo, las cuales nacen de la incorporación de un nuevo integrante a la comunidad doméstica.”¹⁵.

En ese sentido la Corte enseñó:

“Se distinguen entonces diversas clases de familia, por adopción, matrimonio, unión marital entre compañeros permanentes, de crianza, monoparentales y ensambladas, como lo definió la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011.

Entre ellas, la familia de crianza definida como aquella que nace por relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección, pero no por lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos y que surge cuando “un menor ha sido separado de su familia biológica y ha sido cuidado por una familia distinta durante un período de tiempo lo suficientemente largo como para que se hayan desarrollado vínculos afectivos entre el menor y los integrantes de dicha familia” (sentencia C-577 de 2011)”¹⁶.

En relación con los hijos de crianza la Corte Suprema de Justicia¹⁷ citando al supremo órgano constitucional señaló:

16

“La Corte Constitucional ha establecido los siguientes requisitos para que se establezca una relación de padre o madre e hijo de crianza:

“(a) Para calificar a un menor como hijo de crianza es necesario demostrar la estrecha relación familiar con los presuntos padres de crianza y una deteriorada o ausente relación de lazos familiares con los padres biológicos. El primero de los elementos supone la existencia real, efectiva y permanente de una convivencia que implique vínculos de afecto, solidaridad, ayuda y comunicación. El segundo de los elementos supone una desvinculación con el padre o madre biológicos según el caso, que evidencie una fractura de los vínculos afectivos y económicos. Ello se puede constatar en aquellos casos en los cuales existe un desinterés por parte de los padres para fortalecer sus lazos paterno-filiales y por proveer económicamente lo suficiente para suplir las necesidades básicas de sus hijos.

(b) De la declaratoria de hijo de crianza, se pueden derivar derechos y obligaciones. Teniendo en cuenta que los asuntos relativos al estado civil de las personas y a la filiación son materia exclusiva del legislador, cuando se establezca la existencia de un hijo de crianza, madre o padre de crianza debe existir certidumbre acerca de dicha condición de acuerdo con el material probatorio que obre en el expediente...

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC-1171 de 2022 M.P. Aroldo Quiroz Monsalvo.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. STC14680, 23 octubre 2015, Radicación 25001-22-13-000-2015-00361-02

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC-1171 de 2022 M.P. Aroldo Quiroz Monsalvo.

(d) La categoría “hijos de crianza” es de creación jurisprudencial; por lo tanto, el juez al momento de declarar la existencia de dicho vínculo debe hacerlo con base en un sólido y consistente material probatorio del que derive unos fuertes lazos familiares existentes entre los menores y su padre de crianza, así como la constatación de una ausencia de vínculo o muy deteriorada relación entre el menor y su padre biológico. Por cuanto de dicha declaratoria más adelante se pueden derivar otro tipo de consecuencias jurídicas (T-836/2014)”.

4.3.1. De cara a tales supuestos, cumple precisar que en el plenario quedó demostrado el vínculo afectivo creado entre el señor Luis Gonzalo Mejía Alzate y el menor hijo de su compañera, hecho que no resulta caprichoso o de apresurada conclusión, por cuanto de forma paralela se acreditó la convivencia, ayuda y solidaridad entre aquellos, y la desvinculación parental con el padre biológico.

En efecto, además de reseñarse en el acápite fáctico, los testimonios de Gloria Alexandra Yepes y Diana Gómez García¹⁸, fueron contundentes en afirmar que ante la sociedad y toda la familia, para el niño quien representaba la figura paterna era Gonzalo Mejía Alzate, quien se preocupó constantemente por la preparación académica y personal del menor, incluso aquella encaminada a generar “hobbies”, como por ejemplo, bicicross. Las declaraciones fueron coincidentes en enrostrar a Luis Gonzalo Mejía Alzate la preocupación por el desarrollo emocional del menor, situación avalada por la propia madre, quien confesó que el causante, en uso de la paciencia y tranquilidad que le caracterizaban, logró que el rendimiento del menor saliera adelante¹⁹, así la señora Juana, dijo que Gonzalo al niño de Yeny lo adoraba y decía que a “ese niño lo tenía que sacar adelante, se le dedicó mucho”.

Respecto a los lazos familiares y el convencimiento propio de la autoridad paternal, los testimonios fueron compatibles con el reconocimiento que el menor brindaba a Luis Gonzalo Mejía Alzate, precisando que de los puntos más importantes en los cuales se involucró de forma activa, correspondieron al académico y el deportivo, y en la declaración extrajuicio a la que se hizo atrás remembranza el mismo Luis Gonzalo dejó constancia que él respondía económicamente por ambos, refiriéndose a Yeny y al menor de 6 años hijo de esta.

A tono con eso, no existe duda alguna frente al crecimiento familiar del núcleo conformado por Yeny Gómez García, su menor hijo y Luis Gonzalo Mejía Alzate.

En tanto la relación edificada por el padre biológico del niño se vio seriamente cuestionada por los testimonios, en los que

¹⁸ Record 00:30:27 y siguientes; record 51:00 y siguientes archivo “38Audiencia”.

¹⁹ Record 00:34:55 archivo “33AudioAudiencia”.

de forma concurrente se vislumbró el poco interés que aquel le demostraba en su crianza, al punto que los momentos compartidos no eran de gran aporte a la relación de padre e hijo a la que se tiene como estándar social, ya que el departir y brindar experiencias de crecimiento, no era una constante en ese modelo familiar; y es que según lo hicieron ver los deponentes, las oportunidades de distensión entre Guillermo Botero y su hijo Sergio se podían contabilizar entre 2 y 3 veces al año²⁰, escenario del cual se puede evidenciar una ausencia de vínculo o por lo menos una deteriorada relación entre el menor y su padre biológico, situación que no puede ser desconocida en el desarrollo de esta acción.

Ahondando en argumentos nótese que incluso la madre de Luis Gonzalo Mejía Álzate destacó la especialidad con que su hijo trataba al menor Sergio y a la totalidad de la familia, hechos que permiten concluir la categoría de hijo de crianza y que lo legitima para el inicio de la acción.

5. De cara a la réplica referente al yerro de la presunción de culpa atribuida al demandado Izquierdo Camelo y la categoría de responsabilidad que se pretende endilgar, debe resaltarse que se trata de un reparo que tergiversa la hermenéutica utilizada por la juez de primera instancia quien abordó el examen de la controversia desde la perspectiva de la responsabilidad civil extracontractual en actividades peligrosas concurrentes, en cuyo contexto examinó en el material probatorio acopiado las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo el daño para establecer el grado de incidencia de cada uno de los involucrados.

Y es que, para la prosperidad de una acción como la que nos ocupa, el artículo 2341 del Código Civil ha establecido que quien por sí o a través de sus agentes causa a otro un daño, originado en hecho o culpa suya, está obligado a resarcirlo, lo que equivale a decir que quien reclame a su vez indemnización por igual concepto, tendrá que demostrar los elementos de esta responsabilidad: (i) un autor o sujeto, que lo es quien causa el daño; (ii) la culpa o dolo del mismo; (iii) el daño o perjuicio ocasionado al sujeto pasivo y, (iv) la relación de causalidad entre el daño y la culpa del sujeto que lo causó.

Empero, cuando el daño tiene origen en actividades que el legislador, en atención a que por su propia naturaleza o por los medios empleados para llevarlas a cabo están mayormente expuestos a provocar accidentes, ha calificado como riesgosas o peligrosas, apoyándose en el artículo 2356 del Código Civil, la jurisprudencia ha implantado un régimen

²⁰ Record 00:47:30 y 01:15:20 y siguientes: archivo “38Audiencia”.

conceptual y probatorio cuya misión no es otra que la de favorecer a las víctimas de ese tipo de actividades en que el hombre, provocando con sus propias labores situaciones capaces de romper el equilibrio antes existente, pone de hecho a los demás en un peligro inminente de recibir lesión en su persona o en sus bienes (G.J. Tomos CLII, pág. 108, y CLV, pág. 210).

Así, cuando lo perseguido atiende la concepción de la responsabilidad civil extracontractual por el ejercicio de actividades peligrosas descansa en el artículo 2356 del Código Civil a partir de un principio según el cual: *“Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”*. Significa lo anterior, el contenido propio de una “teoría de la culpa” capaz de establecer la “presunción” de la misma en el autor del daño, con beneficio concomitante en cabeza de la víctima reflejado en el aspecto probatorio quien, al no tener ya que demostrarla (la culpa del agente), solamente le resta la carga de acreditar: *i) la autoría o sujeto activo, que lo es quien causa el daño; ii) el daño o perjuicio causado al sujeto pasivo; y, iii) el nexo causal o de causalidad entre el daño y la culpa del autor del daño*. En tanto, al demandado le corresponde, si busca ser exonerado, probar algún supuesto que estructure: fuerza mayor, caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima o de un tercero que hubiere sido la causa exclusiva del accidente.

19

5.1. Sin embargo, dentro de ese contexto, si las partes involucradas en el accidente ejercían de manera simultánea este tipo de actividades, otro es el escenario a verificar, como lo ha dicho la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

“La graduación de 'culpas' en presencia de actividades peligrosas concurrentes, impone al juez el deber de examinar a plenitud la conducta del autor y de la víctima para precisar su incidencia en el daño y determinar la responsabilidad de uno u otra, y así debe entenderse y aplicarse, desde luego, en la discreta, razonable y coherente autonomía axiológica de los elementos de convicción allegados regular y oportunamente al proceso con respeto de las garantías procesales y legales”²¹.

5.2. No debe perderse de vista que la condición de actividad peligrosa que aquí se analiza, podría analizarse desde esa perspectiva si se considerara que los involucrados como actores viales se desplazaban por una vía nacional en sus respectivos vehículos²²: el señor Mejía Alzate en bicicleta y, Juan Humberto Izquierdo Camelo, conduciendo el camión de

²¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC 2111-2021 de 2 de junio de 2021. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

²² Ley 769 de 2002, artículo 2º “Vehículo: Todo aparato montado sobre ruedas que permite el transporte de personas, animales o cosas de un punto a otro por vía terrestre pública o privada abierta al público.”

placas SXX-513; respecto de éste dice la defensa que no ejercía actividad peligrosa pues estaba estacionado, y es que en verdad se reveló en el plenario que el conductor acababa de detenerse sin que se tenga certeza sobre el estacionamiento total del mismo, máxime cuando no se obtuvo su versión de los hechos, pues recuérdese que debidamente notificado, guardó silencio.

Ahora, en la *causa petendi* de la demanda, se afirmó que el vehículo era conducido por el señor Izquierdo, supuesto que resulta valorado como confesión ficta, no solo porque no contestó la demanda, sino por su conducta remisa y desidiosa frente a la actuación judicial.

5.3. Para que sea aplicable el artículo 2356 del Código Civil, es necesario que el daño surja de la peligrosidad de una actividad que se ejerce con cosas o sin ellas. Al respecto, el tratadista Javier Tamayo Jaramillo expresó:

“está fundamentada en que la responsabilidad no surge por el hecho de una cosa sino por la peligrosidad que ella pueda acarrear. El punto es más comprensible si además se tiene en cuenta que por actividad peligrosa no debemos entender una cosa y objeto a terceros. Una empresa de aviación, una flota de automóviles, una central nuclear, no son en sí actividades peligrosas, lo que es peligroso es la actividad que con ellas se despliega”²³.

20

Y agregó que debe verse:

“la neta distinción entre peligrosidad entre la estructura y la peligrosidad en el comportamiento. En aquellos casos en que una cosa no es peligrosa en su estructura sino en su comportamiento, la presunción del artículo 2536 del Código Civil solo podrá aplicarse cuando de ese comportamiento surja el daño, pues si surge de su estructura habrá que aplicar el artículo 2341 del Código Civil, ya que el daño no surgió de la peligrosidad, puesto que el vehículo se hallaba estacionado; el artículo 2356 no tendrá aplicación, pues el daño no surgió ni de la estructura peligrosa ni del comportamiento peligroso del automotor”.

Si bien no puede predicarse el despliegue de una actividad peligrosa, al haberse estacionado el vehículo, ello no eximía al conductor del acatamiento de las normas de tránsito: parquear en un lugar permitido²⁴, dentro de las zonas establecidas, encender las luces de estacionamiento, poner las señales indicadoras de que está detenido:

“ARTÍCULO 65. UTILIZACIÓN DE LA SEÑAL DE PARQUEO. Todo conductor, al detener su vehículo en la vía pública, deberá utilizar la señal luminosa intermitente que corresponda, orillarse al lado derecho de la vía y no efectuar maniobras que pongan en peligro a las personas o a otros vehículos.,

²³ JAVIER TAMAYO JARAMILLO, Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I. Editorial Legis, novena reimpresión, julio de 2018, página 955.

²⁴ Artículos 76, 79 y 80 de la ley 769 de 2002.

(...)

ARTÍCULO 75. ESTACIONAMIENTO DE VEHÍCULOS. En vías urbanas donde esté permitido el estacionamiento, se podrá hacerlo sobre el costado autorizado para ello, lo más cercano posible al andén o al límite lateral de la calzada no menos de treinta (30) centímetros del andén y a una distancia mínima de cinco (5) metros de la intersección.

ARTÍCULO 76. LUGARES PROHIBIDOS PARA ESTACIONAR. <Artículo modificado por el artículo 15 de la Ley 1811 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> Está prohibido estacionar vehículos en los siguientes lugares:

1. Sobre andenes, zonas verdes o zonas de espacio público destinado para peatones, recreación o conservación.

ARTÍCULO 77. NORMAS PARA ESTACIONAR. En autopistas y zonas rurales, los vehículos podrán estacionarse únicamente por fuera de la vía colocando en el día señales reflectivas de peligro, y en la noche, luces de estacionamiento y señales luminosas de peligro.”

Y en todo caso “debe comportarse en forma que no obstaculice, perjudique o ponga en riesgo a las demás” (artículo 55 ley 769 de 2002).

5.4. En el *sub lite*, el estacionamiento del camión sin la señalización que por ley y sensatez le correspondía al conductor ocupando una zona destinada al desplazamiento de peatones y, proceder a apearse abriendo la puerta sin precaución alguna, sin verificar la presencia de transeúntes, sin observar el tráfico que por su izquierda se movilizaba activamente, respaldan la conclusión de que fue ese actuar descomedido, imprudente e irreflexivo del señor Juan Izquierdo Camelo la causa eficiente y determinante del accidente.

Es de resaltar que, en todo caso la responsabilidad se causa por el incumplimiento de normas reglamentarias de tránsito, si bien en principio el vehículo estacionado no representa en sí una actividad riesgosa, no es menos cierto que el incumplimiento de las normas básicas de seguridad, es decir, el comportamiento del conductor, fue lo que causó el suceso que aquí se debate.

6. Ahora, de cara al estudio de los elementos de la responsabilidad aquiliana, ampliamente tratados por la juzgadora de primera instancia quien reveló las consecuencias de cada uno de los escenarios probables del accidente, reseñando que aniquilada la presunción de culpa en cabeza del conductor del vehículo de placas SXX-513, correspondía al demandante acreditar la totalidad de los presupuestos necesarios para prosperidad de las pretensiones. Todo ello en razón a que no cabe duda que si bien ese vehículo se encontraba detenido al margen de la franja blanca que delimitaba la berma y el final de la vía, lo cierto es que el conductor no podía desconocer o pretermitir

labores de cuidado y prevención con sus congéneres, y por tanto se le imponía velar por la seguridad de los demás, sin que su actuar fuese un factor de riesgo.

Es verdad que el señor Luis Gonzalo Mejía Alzate transitaba en bicicleta que, en todo caso, según lo puntualizó la Corte Suprema de Justicia en providencia de 17 de julio de 1985, también se cataloga como actividad como riesgosa y por eso, siguiendo el designio jurisprudencial, necesario es ponderar la incidencia de cada uno de los vehículos en la producción del accidente.

En ese sentido, de forma individual y debidamente categorizada, la primera instancia enfiló como elemento de culpabilidad la falta de previsión del conductor Izquierdo Camelo al abrir la puerta del automotor siendo esta maniobra la que desencadenó el siniestro vial; sin que en modo alguno, *la a quo* haya hecho un juicio sobre un supuesto de culpabilidad, tal como erradamente lo entiende el apelante.

A juicio de la Sala, el recurrente hace una indebida lectura de la sentencia que ataca, por cuanto en los numerales 4º y 5º del acápite de las consideraciones, se motivó con suficiencia la causa a develar, y allí se decantó la necesidad de establecer cada uno de los presupuestos generales para verificar el grado de culpabilidad de los actores y la incidencia en el accidente los que analizó detenidamente en el numeral 6 del mismo capítulo.

22

6.1. En lo concerniente a la culpa debe decirse que una primera hipótesis del siniestro vial y de las lesiones causadas al señor Luis Gonzalo Mejía se hizo consistir en la colisión que de forma inesperada realizó la víctima contra el retrovisor del automotor de placas SXX-513, hecho que tuvo como consecuencia su desestabilización y la trágica expulsión hacía el tren trasero de un tractocamión que por esa carretera transitaba, siendo arrollado y encontrando así la muerte.

Ese relato se extrae de las anotaciones plasmadas en el proceso de investigación N°. 05615600036402080029²⁵, así como de la historia clínica de 16 de julio de 2020 a las 07:42 a.m.²⁶, en la que se registró que fue llevado por los bomberos siendo esa la información que suministraron sobre el origen de las lesiones.

Incluso, nótese que la reconstrucción del accidente realizado por Cesvi Colombia atribuye el contacto de la bicicleta con el camión de placas SXX-513, a un costado anterior de la

²⁵ Folio 97 Archivo “03Demanda”.

²⁶ Folio 92 Archivo “03Demanda”.

cabina y el inicio del furgón, sin que del examen individual de esos elementos se produzca una certeza íntegra sobre el origen del accidente.

Es clarificador el video obtenido de un establecimiento de comercio cercano al lugar de los hechos y cuyo conocimiento fue incluido desde los albores de la demanda, sin que hubiese sido objeto de pronunciamiento o de reproche alguno por parte del extremo demandado, en especial de la ahora apelante. En ese registro filmico se evidencia la fracción de tiempo exacta en la que ocurrió el accidente, se evidencia la causa y el origen de este, se aprecia allí la presencia de otros ciclistas en las vías, la detención de la marcha del automotor de placas SXX-513 y la relación de la vía con cada uno de los vehículos intervinientes en el siniestro vial del 16 de julio de 2020.

Una vez revisada la representación visual, se vislumbra con claridad el momento en que se detiene el automotor SXX-513 a un costado de la vía, sin que se salga totalmente de ella; de igual forma el tránsito continuo de vehículos de carga pesada, de otros automotores y de ciclistas. Se observa, el instante en que se abre la puerta izquierda (la del conductor) del camión antes referido, de forma intempestiva y abrupta.

En efecto, de una apreciación atenta del video que obra en el archivo “04AnexoDemanda”, se registra en la parte superior izquierda la fecha y día “07-16-2020 Jue”, a las “06:32:00” se ve al furgón maniobrar hacia la orilla y detenerse a las “06:32:14” y a las “06:32:33”, de forma sorpresiva, se abre la puerta del conductor del automotor en el momento exacto en que pasaba el ciclista Luis Gonzalo Mejía Alzate, impactándolo y proyectándolo hacia el carril derecho de la calzada por donde se desplazaba, en el mismo sentido, un tractocamión, golpeándolo contra la parte delantera (entre la llanta y el tanque) y rebotando hacia el pavimento donde quedó inerte. Todo ocurrió en 20 segundos. Secuencia que de forma explícita se visualiza en ese elemento probatorio.

El apelante adujo la ausencia de eficacia del video como elemento probatorio, al cuestionarse su custodia, guarda e inalterabilidad, no obstante, tal argumento no resulta suficiente para desvirtuar la presunción de autenticidad asignada en el inciso 2º del artículo 244 de la codificación procesal civil: “Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso”. Y, frente a ese elemento de convicción nada se dijo al momento de la contestación.

En verdad, atendiendo lo dispuesto en el artículo 243 *ídem*, se tiene que el video es la especie del género denominado documentos, al respecto esa norma indica que “*Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares*”. Documento respecto del que, procedía su desconocimiento en los términos del artículo 272 *ibídem*, ya que fue originado por un tercero que no hace parte del debate procesal, sin que de ese mecanismo se haya hecho uso, incluso, tampoco se hizo mención a algún análisis tecnológico del cual se pudiese servir para hallar falencias en su generación, modificación o conservación, resultando inalterable la calidad probatoria que hasta la fecha se le ha concedido.

De otro lado, la valoración del video, tal como fue aportado, no puede ser otra que la relatada en el precepto 247 *eiusdem*, sin que fuera necesario efectuar un análisis adicional por cuanto su generación y recepción, devino en el mismo formato que fue creado, y hacerlo de otra forma, desconocería la Ley 527 de 1999 en su artículo 5° que advierte: “*RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LOS MENSAJES DE DATOS. No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos*”; incluso es la propia codificación referida la que precisa la obligación de valorarlo atendiendo la regla general procedimental, sin que se haya mostrado en oportunidad reproche alguno frente a dicha pieza probatoria.

24

Ahora, conforme a esa conclusión, debe destacarse que contrario a lo alegado por el apelante, la juzgadora si valoró el dictamen, y consignó los motivos por los cuales le restaba credibilidad (numeral 6.3.11.), particularmente por haberse basado en el informe policial de accidente de tránsito, sin considerar el elemento audiovisual obrante en el plenario (numeral 6.3.9.).

En este punto, nótese que en el concepto elaborado por Cesvi Colombia, se evidencian varias contradicciones que no avalan su conclusión:

(i) Conforme a las gráficas de la ubicación del automotor, según Cesvi, aquel se encontraba fuera de la calzada, incluyendo la berma, sin embargo, según el IPAT y el video, el vehículo ocupaba parte de la berma y la salida de la vía no fue total.

➤ El vehículo 2 (Furgón), se encontraba estacionado al lado derecho por fuer de la calzada a la altura del km 25+00 m de la vía Medellín en sentido Rionegro.

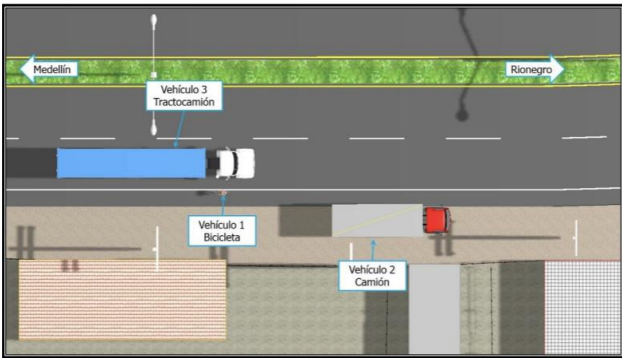


Imagen Cesvi Colombia en el cual se refiere que el vehículo se encuentra fuera de la calzada y se grafica estando fuera de la totalidad de la vía.

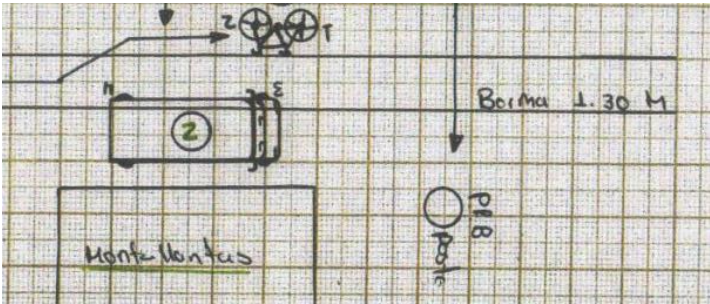
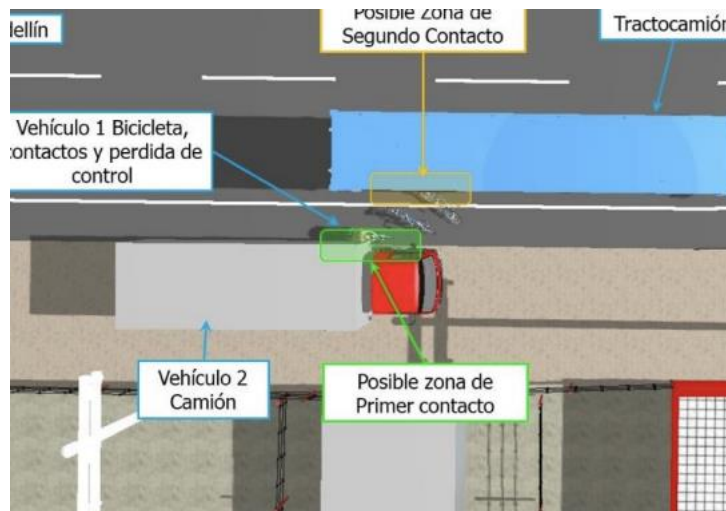


Imagen IPAT en la que se plasmó la ocupación del camión de placas SSX-513 sobre la berma.



Imagen tomada del video aportado como prueba, en el cual se evidencia que entre la línea que demarca la calzada y el área correspondiente a la berma, esta última se encontraba parcialmente ocupada por el camión.

(ii) Zona de impacto: El dictamen refiere que la zona de impacto se originó en la parte anterior izquierda del camión, destacando dentro de las gráficas la zona previa a la cabina de conducción y el inicio del furgón, situación que contradice la evidencia visual contenida en el video en la cual se vislumbra que la apertura de la puerta originó el golpe que desestabilizó al ciclista.



Revisado el video obtenido de la cámara “1@G704GF1(662081782)” se observa que en el segundo 00:41 se realiza la apertura de la puerta de forma intempestiva, golpea al ciclista quien fue expulsado hacia el carril por donde transitaba el tractocamión con el cual se impacta el señor Mejía.

(iii) Aunque parezca irrelevante, la poca credibilidad del informe también deviene en la falta de atención de detalles básicos como la placa del vehículo, en tanto que se identificó el de placas SKX 513 y no SXX 513 que era realmente sobre el cual debía hacerse el examen.

26

(iv) Dentro de la proyección del accidente, no se tuvo en cuenta el video que se generó por parte de un tercero y que fue aportado en su momento por la demandante, contra el cual se reitera, no existió ninguna réplica frente a su autenticidad, conservación o custodia.

El análisis que hiciera la *a quo*, en similares términos, no mereció del apelante reproche alguno que contrarreste tales apreciaciones, sencillamente porque ante la realidad visual no queda duda de la forma, tiempo y lugar en que ocurrió el letal accidente, cuya única causa fue el comportamiento culpable de Humberto Izquierdo Camelo, quien no tuvo el deber de cuidado y previsión al momento de detener el movimiento del automotor, sino que al hacerlo, incumplió un requisito necesario para la acción que pretendía consolidar, su estacionamiento, por cuanto no salió de la vía de forma total, y por el contrario permaneció en parte de la misma, según anotaciones referidas con antelación, situación que resulta contraria a lo consagrado en el artículo 77 de la Ley 769 de 2002; tampoco fue prudente al descender del vehículo que conducía estaba en el deber de fijarse, mirar, cerciorarse que podía abrir la puerta, pues por ese costado múltiples transitaban múltiples actores viales.

Por su parte el ciclista se desplazaba atendiendo las reglas de tránsito: se desplazaba “*por la derecha de las vías a distancia*

no mayor de un (1) metro de la acera u orilla y nunca utilizar las vías exclusivas para servicio público colectivo.”, como lo establece el artículo 95 del Código Nacional de Tránsito.

6.2. En lo atinente al daño, no cabe duda alguna que está representado originalmente por la muerte de Luis Gonzalo Mejía Álzate y las consecuencias patrimoniales y personales que para cada uno de los demandantes provocó tan lamentable pérdida, escenario que no fue controvertido por la apelante, más sí el monto de los perjuicios derivados de esa institución jurídica, situación que deberá ser analizada en comentarios posteriores, dado el embate que contra los perjuicios se realizó.

6.3. Referente al nexo causal, incuestionable es que la causa de la congoja, la tristeza, el lucro cesante padecido, la modificación en las condiciones familiares y personales, entre otras, tales daños obedecieron precisamente a la prematura partida del señor Luis Gonzalo Mejía con ocasión del accidente y la forzosa aceptación de ese hecho.

7. Frente a los perjuicios derivados del daño irrogado, fueron 3 los cuestionamientos esgrimidos, estos son, lo concerniente a la (i) indebida tasación de perjuicios morales, (ii) la aplicación de daños a la vida en relación con víctimas indirectas y (iii) el lucro cesante.

27

7.1. Para resolver el asunto en cuestión, resulta útil efectuar un análisis detenido, y en él preliminarmente debe hacerse remembranza de la jurisprudencia patria acerca del daño moral. Sobre el perjuicio moral la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

"es una especie de daño que incide en el ámbito particular de la personalidad humana en cuanto toca sentimientos íntimos tales como la pesadumbre, la aflicción, la soledad, la sensación de abandono o de impotencia que el evento dañoso le hubiese ocasionado a quien lo padece, circunstancia que, si bien dificulta su determinación, no puede aparejar el dejar de lado la empresa de tasarlos, tarea que, por lo demás, deberá desplegarse teniendo en cuenta que las vivencias internas causadas por el daño, varían de la misma forma como cambia la individualidad espiritual del hombre, de modo que ciertos incidentes que a una determinada persona pueden conllevar hondo sufrimiento, hasta el extremo de ocasionarle severos trastornos emocionales, a otras personas, en cambio, puede afectarlos en menor grado (...) Bajo esos presupuestos, por cuanto sólo quien padece ese dolor subjetivo conoce la intensidad con que se produjo, tal sufrimiento no puede ser comunicado en su verdadera dimensión a nadie más; no obstante, como tal perjuicio no puede quedar sin resarcimiento, es el propio juez quien debe regularlos (...) En ese orden de ideas, en el ejercicio del arbitrium judicis orientado a fijar el quantum en dinero del resarcimiento del perjuicio moral, se tendrán en cuenta, además de las orientaciones jurisprudenciales que han sido citadas, las circunstancias personales de la víctima; su grado de

parentesco con los demandantes; la cercanía que había entre ellos; y la forma siniestra en que tuvo lugar el deceso”²⁷.

Sobre su tasación, más recientemente se indicó:

*“La Sala no observa yerro del juzgador a-quo en relación con los daños morales y su estimación, más si -memóresees de competencia exclusiva del juez, empleando su recto criterio frente a lo que estime acreditado y dentro de límites de razonabilidad o arbitrium judicis. (...) para la valoración del quantum del daño moral en materia civil, estima apropiada la determinación de su cuantía en el marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador (...) Por consiguiente, la Corte itera que la reparación del daño causado y todo el daño causado, cualquiera sea su naturaleza, patrimonial o no patrimonial, es un derecho legítimo de la víctima y en asuntos civiles, la determinación del monto del daño moral como un valor correspondiente a su entidad o magnitud, es cuestión deferida al prudente arbitrio del juzgador según las circunstancias propias del caso concreto y los elementos de convicción. (CSJ SC 18 sep. 2009, rad. 2005-00406-01).”*²⁸.

Providencia en la que memoró igualmente:

“Tampoco es próspera la solicitud de los accionantes que tiende a un incremento de ese rubro, toda vez que guarda simetría con fijación precedente que avaló la Sala, como quiera que en juicio en el cual falleció la paciente, producto de una responsabilidad médica, la tasación arribó a 100 SMMLV para cada uno de sus padres, hijo y esposo, y 50 SMMLV para cada uno de sus hermanos (CSJ SC8219 de 2016, rad. 2003-00546-01); y en otro asunto en el cual el paciente sufrió daño cerebral que le produjo deformidades irreversibles musculo-esqueléticas progresivas, al punto de generarle discapacidad severa con limitación funcional motora fina y gruesa, limitación funcional de comunicación, limitación en la participación y roles sociales, que lo llevó a un estado de dependencia en sus actividades básicas y cotidianas de la vida diaria (CS SC16690 de 2016, rad. 2000-00196-01), la Corte mensuró el daño moral en \$50’000.000.”

28

En otra sentencia de algunos días después, dijo la misma Corporación:

“13.1. La valoración del daño moral subjetivo, por su carácter inmaterial o extrapatrimonial, se ha confiado al discreto arbitrio de los falladores judiciales. Esto, por sí, lejos de autorizar interpretaciones antojadizas, les impone el deber de actuar con prudencia, valiéndose de los elementos de convicción que obren en el plenario y atendiendo la naturaleza del derecho afectado y la magnitud del daño. Esta clase de daño, se ha dicho, “incide en la

²⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC15996-2016 del 29 de noviembre de 2016. MP. Luis Alonso Rico Puerta. Radicado No. 11001-31-03-018-2005-00488- 01. En la que se citó el fallo del 28 de mayo de 2012. Radicado No. 2002-00101-01

²⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC3919-2021 del 8 de septiembre de 2021. MP. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Radicado No. 66682-31-03-003-2012-00247-01

órbita de los afectos, en el mundo de los sentimientos más íntimos, pues consiste en el pesar, en la aflicción que padece la víctima por el comportamiento doloso o culposo de otro sujeto, por cuanto sus efectos solamente se producen en la entraña o en el alma de quien lo padece, al margen de los resultados que puedan generarse en su mundo exterior, pues en éstos consistirían los perjuicios morales objetivados”²². 13.2. El propósito de su reconocimiento en el juicio es, como ha señalado la jurisprudencia, reparar las aflicciones al alma. Claro está, siguiendo el ponderado arbitrio iudicis, «con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa, sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en procura de una verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia, derrotero y compromiso ineludible de todo juzgador»²³.

13.3. La reparación debe procurar una relativa satisfacción para no dejar incólume o impune la agresión; sin que represente una fuente de lucro injustificado que acabe desvirtuando la función asignada por la ley. Es posible establecer su quantum, sostuvo recientemente la Sala, «en el marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador» ²⁴.

Al juez, por tanto, le corresponde fijar el perjuicio extrapatrimonial, pero las bases de su razonamiento no deben ser arbitrarias. Se trata, sostuvo la Sala, «de una deducción cuya fuerza demostrativa entronca con clarísimas reglas o máximas de la experiencia de carácter antropológico y sociológico, reglas que permiten dar por sentado el afecto que los seres humanos, cualquiera sea su raza y condición social, experimentan por su padres, hijos, hermanos o cónyuge» ²⁵.²⁹

29

Siendo así, lo verdaderamente importante es analizar el nivel de repercusión que trajo consigo la pérdida de Luis Gonzalo Mejía Alzate y los efectos negativos que pudo haber traído el trágico desenlace del accidente acaecido el 16 de julio de 2020.

7.2. En la órbita de los daños extrapatrimoniales se encuentra comprendido el denominado daño a la vida de relación que se conoce en el derecho francés como *prejudice d'agrément*, perjuicio de placer; *loss of amenity of the life* (pérdida del placer de la vida) en el anglosajón o, daño a la vida de relación en el italiano; advierte la Sala que éste perjuicio consiste en la disminución de las condiciones de existencia de la víctima en tanto que no puede realizar otras actividades, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable o placentera la existencia, el cual al igual que los anteriores debe aparecer debidamente probado. No se trata de indemnizar la tristeza o el dolor experimentado por la víctima – daño moral –, y tampoco de resarcir las consecuencias patrimoniales que para la víctima

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC4703-202 de 22 de octubre de 2021. MP. Luis Armando Tolosa Villabona

siguen por causa de la lesión – daño material –. La doctrina, sobre el particular ha considerado:

“Suponiendo que la víctima reciba la indemnización de esos daños, seguirá existiendo el fisiológico que también debe ser reparado. En realidad, la víctima se podría hacer esta reflexión, mi integridad personal me concedía tres beneficios: ingresos periódicos, estabilidad emocional y actividades placenteras. Si las dos primeras han sido satisfechas con la indemnización, quedaría por reparar la tercera, que es la que da lugar a la indemnización precisamente por perjuicios fisiológicos. Esto nos indica que el daño moral subjetivo y el fisiológico son diferentes, es así como la indemnización por perjuicios morales subjetivos repara la insatisfacción síquica o el dolor físico de la víctima; en cambio, la indemnización del perjuicio fisiológico repara la supresión de las actividades vitales”³⁰.

En esa línea la Corte Suprema de Justicia, señaló:

“En ese sentido, el fallo comentado, al definir el daño a la vida de relación, consideró: “... que se trata un daño autónomo que se refleja en la afectación de la actividad social no patrimonial de la persona, vista en sentido amplio, sin que pueda pensarse que se trata de una categoría que absorbe, excluye o descarta el reconocimiento de otras clases de daño –patrimonial o extrapatrimonial– que poseen alcance y contenido disímil, ni confundirlo con éstos, como si se tratara de una inaceptable amalgama de conceptos” [Se subraya].

30

Pero para que tales daños sean indemnizables, deben tener cierta entidad, ya que la vida en sociedad nos exige soportar un mínimo de molestias que tienen que ser indemnizadas, pues de lo contrario se desdibuja la filosofía de la responsabilidad civil. Inmersos en la sociedad, todos tenemos la carga de soportar un mínimo de la molestia producto de las interrelaciones, para que así los demás deban soportar nuestra convivencia, a menudo molesta.”³¹

Y en otra, dijo la misma Corporación recalcó:

“Y, si, en gracia de discusión, la Corte aceptara que en el escrito incoativo fueron pedidos de manera autónoma e independiente los daños morales y de vida de relación, habría que concluir, prontamente, que el impugnante no señaló, puntualmente, de qué forma se le generó el daño a la vida de relación, pues, como atrás se indicó, no hubo señalamiento concreto de la repercusión en el círculo o frente a los vínculos de la actora. Es más, no se apreció o describió, en particular, qué nexos o relaciones se vieron afectadas, sus características o la magnitud de tal incidencia. Resulta incontrovertible que toda limitación en la salud física o mental de un individuo impacta negativamente su entorno; sin embargo, ante una reclamación judicial, no puede la víctima dejar al juez conjeturar las repercusiones concretas de esa situación perjudicial y, en el presente asunto, la afectada se despreocupó de indicar las

³⁰ Javier Tamayo Jaramillo, De la responsabilidad civil de los perjuicios y de su indemnización, Tomo II; Bogotá, Ed. Temis, Pág. 144 y 145.

³¹ Sala de Casación Civil, sentencia del 5 de agosto del 2014, con ponencia del Magistrado Ariel Salazar Ramírez (SC10297-2014, Rad. 11001310300320030066001)

particularidades del detrimento denunciado, luego, no es dable aseverar su existencia real, determinada y concreta".³²

Ahora, tal reconocimiento, se ha dicho por la Corte Suprema de Justicia, no favorece únicamente a la víctima directa del infortunio, y por el contrario, puede extenderse a los amigos, familiares y cónyuge:

*"El perjuicio, en los términos de este fallo, puede ser padecido por la víctima directa o por otras personas cercanas, tales como el cónyuge, los parientes o amigos, y hace referencia no sólo a la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, sino que también puede predicarse de actividades rutinarias, que ya no pueden realizarse, requieren de un esfuerzo excesivo, o suponen determinadas incomodidades o dificultades. Se trata, pues, de un daño extrapatrimonial a la vida exterior. (en similar sentido, fallos de 18 de octubre de 2000, exp. 11948; 25 de enero de 2001, exp. 11413; 9 de agosto de 2001, exp. 12998; 23 de agosto de 2001, exp. 13745; 2 de mayo de 2002, exp. 13477; 15 de agosto de 2002, exp. 14357; 29 de enero de 2004, exp. 18273."*³³.

Dentro de esa esfera de daños extrapatrimoniales debido a la constitucionalización del derecho privado, cuya fuente normativa es el artículo 90 de la Constitución Nacional, la jurisprudencia ha involucrado otras afectaciones:

"el perjuicio extrapatrimonial no se reduce al tradicional menoscabo moral, pues dentro del conjunto de bienes e intereses jurídicos no patrimoniales que pueden resultar afectados mediante una conducta dolosa o culposa se encuentran comprendidos aquéllos distintos a la aflicción, el dolor, el sufrimiento o la tristeza que padece la víctima. En este contexto, son especies de perjuicio no patrimonial –además del daño moral– el daño a la salud, a la vida de relación, o a bienes jurídicos de especial protección constitucional tales como la libertad, la dignidad, la honra y el buen nombre, que tienen el rango de derechos humanos fundamentales.

Así fue reconocido por esta Sala en providencia reciente, en la que se dijo que ostentan naturaleza no patrimonial: "...la vida de relación, la integridad sicosomática, los bienes de la personalidad –verbi gratia, integridad física o mental, libertad, nombre, dignidad, intimidad, honor, imagen, reputación, fama, etc.–, o a la esfera sentimental y afectiva..." (Sentencia de casación de 18 de septiembre de 2009) [Se subraya]

Estas subespecies del daño extrapatrimonial no pueden confundirse entre sí, pues cada una de ellas posee su propia fisonomía y peculiaridades que las distinguen de las demás y las hacen merecedoras de tutela jurídica; aunque a menudo suele acontecer que confluyan en un mismo daño por obra de un único hecho lesivo.

(...) el daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional que constituyen derechos humanos fundamentales, no encaja dentro de las categorías tradicionales en que se subdivide el daño extrapatrimonial, por lo que no es admisible forzar esas clases de daño para incluir en ellas una especie autónoma cuya existencia y necesidad de reparación no se pone en duda.

³² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia del 15 de junio de 2015, MP. Margarita Cabello Blanco

³³ Sentencia de 13 de mayo de 2008, MP. César Julio Valencia Copete

De ahí que el daño no patrimonial se puede presentar de varias maneras, a saber: i) mediante la lesión a un sentimiento interior y, por ende, subjetivo (daño moral); ii) como privación objetiva de la facultad de realizar actividades cotidianas tales como practicar deportes, escuchar música, asistir a espectáculos, viajar, leer, departir con los amigos o la familia, disfrutar el paisaje, tener relaciones íntimas, etc., (daño a la vida de relación); o, iii) como vulneración a los derechos humanos fundamentales como el buen nombre, la propia imagen, la libertad, la privacidad y la dignidad, que gozan de especial protección constitucional.”³⁴

Refulge así que aunque integran el componente de daños extrapatrimoniales, el moral, la vida de relación y la salud, son daños independientes con sus particularidades propias y que, probados deben ser resarcidos; bajo el prudente criterio judicial (*arbitrium iudicis*), quien de la ponderación de las pruebas puede inferir las circunstancias que inciden en el ámbito más intrínseco de la víctima, para tasar con base en criterios de equidad, justicia y reparación integral, el monto de tales conceptos.

7.3. En punto del monto de los perjuicios morales fijados y frente a los cuales la aseguradora solicita se reduzcan, debe anotarse que conforme a la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, así como el acervo probatorio, la regulación que se hiciera por el juez de primer grado en criterio de esta Sala es excesiva; no se desconoce el dolor, la tristeza, congoja y aflicción experimentados por la pérdida de un familiar, máxime cuando, según los relatos obtenidos en desarrollo de los interrogatorios de parte, la muerte inesperada y trágica de Luis Gonzalo ocasionó un gran deterioro emocional en la vida de cada uno de sus parientes, honda pena y aflicción que apenas sobrellevan, como se advirtió en la audiencia en que rindieron interrogatorio; no obstante, en un análisis ponderado, reflexivo y en aplicación del *arbitrium iudicis* los montos a reconocer por daño moral serán disminuidos.

Siguiendo las directrices diseñadas por la jurisprudencia y la doctrina, los perjuicios morales subjetivos se presumen en los parientes más cercanos a la víctima fallecida, y que los aquí demandantes ostentan, si en consideración se tienen las calidades de Yeny Gómez (compañera); Sergio Botero (hijo de crianza), Juana Alzate (madre), Juan Carlos, David y Alejandro Mejía Alzate (hermanos).

En el caso de los accionantes en criterio de la Sala es incuestionable el impacto que a ellos debió causar saber que, por la ocurrencia del accidente de tránsito aquí citado, se verían privados súbitamente de su compañero, figura

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 5 de agosto del 2014, con ponencia del magistrado Ariel Salazar Ramírez (SC10297-2014, Rad. 11001310300320030066001)

paterna, hijo y hermano. Pretender medir aquí la intensidad de ese dolor es imposible, sin que ello signifique que pueda desconocerse, basta entonces, saber que el efecto psicológico debió ser arrollador, por lo menos.

Así las cosas, para la progenitora del causante, Juana de la Cruz Álzate Restrepo se le reconocerá, 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Para Yeny Gómez García y Sergio Andrés Botero Gómez, se concederá a cada uno el equivalente a 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Finalmente, en lo que atañe a los hermanos, Andrés Felipe, Juan Carlos y David Alejandro Mejía Alzate, se les reconocerá 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno de ellos.

7.4. En lo concerniente al daño a la vida relación debe tenerse en cuenta su real dimensión, esto es, la afectación que en el entorno social causó la desaparición terrenal de Luis Gonzalo Mejía Álzate.

Lo anterior se hace constituir, en el hecho que tanto los hermanos del fallecido, su compañera permanente y su señora madre, han visto menguados su desarrollo social y la actividad cotidiana en torno a las relaciones familiares y la convivencia que desarrollaban, no obstante, tal falencia no resulta del talante suficiente para condenar por ese concepto.

En efecto, si bien de los interrogatorios de parte absueltos por los convocantes se logró destacar la convivencia cercana con cada uno de sus familiares, lo cierto es que la mengua no tuvo la virtualidad suficiente para impedir que los interesados continuaran sus actividades con los demás participantes de su entorno social y cotidiano, pues como acertadamente lo informó la señora Juana de la Cruz Álzate Restrepo, las reuniones para los “*sancochos familiares*” se organizaban de manera cotidiana con las tías de Luis Gonzalo, y si bien el deceso de él los afectó, lo cierto es que tras la pandemia, pocas veces han realizado las mismas actividades, lo que supone una justificación adicional a la enrostrada por los demandantes.

En igual medida, el desempeño social no se vio afectado, por cuanto incluso, Juan Carlos Mejía Álzate siguió compartiendo con su hermano Andrés Felipe en el centro de distribución de herramientas que este administra. Ahora bien, de la declaración de los intervinientes, se verificó que la pasión deportiva por el ciclismo no era compartida por ninguno de ellos, era a Luis Gonzalo Mejía a quien le gustaba y practicaba esa disciplina, sin que se hubiese relatado alguna actividad que de forma intempestiva se hubiese privado de realizar, cuyo placer fuera compartido por los

demandantes y el fallecido; y que su ausencia definitiva les impidió desarrollar.

Ahora, indudable es que la muerte de Luis Gonzalo trajo consigo un vacío sentimental indescriptible, no obstante, tal situación no impide la organización de los eventos familiares que relatan los demandantes efectuaban, por cuanto también se informó que las reuniones se originaban en acuerdos de terceros que no fueron convocados a este juicio, verbigracia, las hermanas de Juana de la Cruz Alzate Restrepo y que en todo caso, cada núcleo familiar prosiguió con su estándar de vida y vinculándose a actividades de forma particular e independiente de los demás.

Con esas consideraciones, no resulta admisible pregonar que la desaparición de Luis Gonzalo Mejía ocasionó el daño a la vida en relación y si bien el disfrute de la compañía de él era relevante en la familia, lo cierto es que ello no impidió que los integrantes continuaran en su cotidianidad o desarrollaran las mismas actividades. El dolor, congoja o tristeza que familiares y amigos han experimentado, no se ubica como esa clase de daño, esos sentimientos quedan comprendidos en el perjuicio moral.

Bajo ese supuesto, el reconocimiento de los perjuicios por daño a la vida de relación deberá ser revocado y en su lugar denegado.

34

7.5. En lo atinente al lucro cesante, sea lo primero expresar que atendiendo lo regulado por el artículo 1613 del Código Civil, la indemnización de perjuicios patrimoniales comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. De antaño la Corte Suprema de Justicia refirió que *“el lucro cesante está constituido por todas las ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se recibirán luego, con el mismo fundamento de hecho”*³⁵, expresión a la cual la doctrina acompasó informando que *“hay lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar, según el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará al patrimonio de la víctima”*³⁶.

Siguiendo lo consignado en la demanda y la narrativa de los interrogatorios, se debe variar su cuantía y causación, en tanto que el provecho económico que percibía la demandante Yeny Gómez García no era absoluto y exclusivo. En efecto, si bien se logró comprobar y acreditar su calidad de compañera permanente por la existencia de proyectos conjuntos y una

³⁵ Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, 7 de mayo de 1968.

³⁶ Velásquez Posada, Obdulio (2009). Responsabilidad Civil Extracontractual, primera edición. Bogotá, D.C.: Temis Obras Jurídicas y Universidad de La Sabana.

solidaridad mancomunada, lo cierto es que la constitución de ese núcleo familiar no impidió que, tras el fallecimiento del padre de Luis Gonzalo Mejía Álzate, este último ejerciera la labor de cuidado de su señora madre, Juana de la Cruz Álzate Restrepo, con quien convivió hasta antes de establecerse como pareja con Yeny Gómez García. Las memorias auscultadas de los interrogados, coincidieron en que de los ingresos percibidos, parte de ellos se destinaban para la manutención de Juana de la Cruz³⁷, rubros dentro de los cuales se encontraban los conceptos de arriendo, alimentación y servicios, todos ellos asumidos por el fallecido, escenario que se repitió con las deposiciones de Juan Carlos³⁸ y David Mejía Alzate³⁹.

Así mismo, en el *dossier* se acreditó que si bien los rendimientos económicos de Luis Gonzalo Mejía eran superiores a los de su compañera permanente, lo cierto es que la totalidad de los gastos no eran asumidos por el primero, en tanto que gozaba de ayuda monetaria gracias al negocio independiente que realizaba Yeny Gómez García, que si bien era de menor medida, no puede ser desconocido para el cálculo del perjuicio acaecido. Tal conclusión no resulta descontextualizada de la labor interpretativa del acervo probatorio, y por el contrario permite evidenciar el rigorismo con que es analizado el libelo introductorio en su integridad, escenario fácilmente detectable con las distintas manifestaciones que en torno a ello realizó la propia demandante al insistir que devengaba algunos ingresos por cuenta de la venta de cosméticos y ropa⁴⁰, actividad comercial que a la fecha sigue ejerciendo⁴¹ con las particularidades del caso. Misma versión que suministraron las testigos Gloria Alexandra Yepes⁴² y Diana Gómez García⁴³, precisando en todo caso, que el suministro de la mayoría de los aportes para el hogar eran asumidos por Luis Gonzalo Mejía Alzate.

En ese contexto, debe acotarse que en razón a la importancia de la ayuda que Luis Gonzalo Mejía aportó a su madre, no podía calcularse un porcentaje inferior al 25% de lo devengado y dirigido a ella, disminuyendo entonces el salario base de la liquidación, sobre el cual se reconocerá un 80% en favor de Yeny Gómez García, por cuanto la mayoría de los gastos eran asumidos por la víctima, a excepción del pago de los servicios y pequeños emolumentos diarios.

³⁷ Record 00:40:22 archivo “33Audiencia”.

³⁸ Record 01:09:43 archivo “33Audiencia”.

³⁹ Record 01:15:27 archivo “33Audiencia”.

⁴⁰ Record 00:17:05 archivo “33Audiencia”.

⁴¹ Record 00:25:50 archivo “33Audiencia”.

⁴² Record 00:30:27 archivo “38Audiencia”.

⁴³ Record 00:51:00 archivo “38Audiencia”.

Corolario de lo anterior el balance del lucro cesante deberá someterse a una nueva valoración, la cual pasa a representarse.

La asignación salarial que devengaba la víctima para la fecha del accidente correspondía a \$3'199.200,00, razón por la cual, para el cálculo procedente, es necesario incrementar un 25% en su monto, por concepto de prestaciones sociales, lo cual arroja un total de \$3'999.000,00.

Ese valor, debe ser indexado a fin de determinar su valor actual (Va) para lo cual se tiene que si ese concepto es igual al valor histórico (vh) multiplicado por el valor resultante de la división entre el IPC actual y el IPC pasado, entonces.

$$Va = Vh * (IPC_{actual} / IPC_{pasado})$$

$$\text{Entonces } Va = \$3'999.000,00 * (133,78^{44} / 104,97^{45}) = \$5'096.563,02.$$

Teniendo en cuenta ese guarismo, debe descontarse el 25% de los valores que para su subsistencia erogaba el señor Luis Gonzalo Mejía Álzate (\$1'274.140,76), así como un 25% correspondiente a las ayudas económicas que daba a su señora madre (\$1'274.140,76), en tanto que no quedó duda alguna sobre la manutención que ejercía para con ella. Del excedente de dicho valor, \$2'548.281,52 le corresponderá a la demandante el 80% de ese concepto.

36

Así las cosas, el índice base de liquidación es de: \$2'038.625,22, cuantía sobre la cual se calculará la totalidad del lucro cesante consolidado y el futuro.

Lucro cesante consolidado:

Va = Valor base de liquidación

n = tiempo en meses durante el cual se causó el perjuicio (16 de julio de 2020 y 16 de julio de 2023 [36 meses])

i = tasa de interés mensual

$$Va * \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

$$\text{Entonces } \$2'038.652,22 * \frac{(1 + 0,005)^{36} - 1}{0,005}$$

$$\$2'038.652,22, * \frac{0,19668052}{0,005}$$

⁴⁴ IPC para el mes de junio de 2023

⁴⁵ IPC para el mes de julio de 2020

\$2'038.652,22, * 39,33

= \$80'180.191,8 por concepto de lucro cesante consolidado.

En lo que respecta para **el lucro cesante futuro** se tiene que:

$$Va * \frac{(1 + i)^n - 1}{i * (1 + i)^n}$$

Va = Valor base de liquidación

n = tiempo en meses durante el cual se causó el perjuicio (desde el día siguiente a la liquidación del lucro cesante consolidado 17 de julio de 2023 y la expectativa de vida que asciende a 471, 4 meses adicionales a los 42 con los que contaba para la fecha del accidente y los 36 meses transcurridos entre ese día y la liquidación del lucro cesante consolidado)

i = tasa de interés mensual

$$\$2'038.652,22 * \frac{9,4451}{0,05222}$$

= \$368'731.027,00 para un total de lucro cesante futuro.

37

Debe tenerse en cuenta que en la liquidación realizada por el Juzgador de primera instancia, se tuvo en cuenta un periodo distinto al concluido como base del salario, por cuanto se calculó, en ese momento 506,4 meses, a pesar de haberse referido que la totalidad del cálculo restante correspondía a 476,4 meses, tal como se aprecia en el numeral 8.1.1.2. de la página 42. De igual forma, al momento de indexar el salario devengado, nótese que el IPC se liquidó sobre un valor histórico diferente al de la fecha de liquidación, lo que resultaba en detrimento del valor real que correspondía a la parte demandante.

8. En consecuencia, se revocará el literal c) del numeral cuarto a efectos de negar esa condena; y se modificará el literal a) del mismo ordinal, a efectos de precisar los montos reconocidos por lucro cesante; así como el literal b) relativo al daño moral. Igualmente se reconocerá la prosperidad de la excepción denominada "*improcedencia del reconocimiento del daño a la vida en relación*" para lo cual se adicionará el numeral primero y se corregirá lo pertinente en el siguiente. A fin de evitar confusiones en la parte resolutive, se transcribe la decisión de primera instancia con las correcciones efectuadas.

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: MODIFICAR la sentencia emitida el 8 de febrero de 2023 por el Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá, cuya parte resolutive para mayor claridad quedará así:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de mérito denominadas "improcedencia de causación de los intereses de mora en los términos del artículo 1080 del C.Co." e “improcedencia del reconocimiento del daño a la vida en relación”, propuestas por Allianz Seguros S.A., dentro del asunto de la referencia, donde funge como codemandada.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las restantes defensas formuladas por Allianz Seguros S.A.

TERCERO: DECLARAR que el demandado Juan Humberto Izquierdo Camelo es civil y extracontractualmente responsable de todos los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes Yeny Gómez García, el menor SABG, Juana de la Cruz Álzate, Juan Carlos, David Alejandro y Andrés Felipe Mejía Álzate, con el deceso de Luis Gonzalo Mejía Álzate en hechos acaecidos el 16 de julio de 2020.

38

CUARTO: CONDENAR, en consecuencia, a Juan Humberto Izquierdo Camelo a pagar a los demandantes las siguientes sumas:

a) Por concepto de lucro cesante consolidado a favor de la señora Yeny Gómez García la suma de \$80'180.191,8 y por concepto de lucro cesante futuro la cantidad de \$368'731.027,00.

b) Por perjuicios morales: (i) a favor de Juana de la Cruz Alzate, el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes; (ii) a favor de Yeny Gómez García y el menor Sergio Andrés Botero Gómez, el equivalente a sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno, y (iii) el equivalente a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de Andrés Felipe Mejía Alzate, David Alejandro Mejía Alzate y Juan Carlos Mejía Alzate, para cada uno.

QUINTO: NEGAR los perjuicios en la vida en relación solicitados por la demandante Yeny Gómez García a nombre de su menor hijo SABG.

SEXTO: CONDENAR a Allianz Seguros S.A. a pagar en virtud de la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual No. 022432853/0, hasta el límite del valor allí asegurado, las sumas de dinero indicadas en el numeral 4° que antecede, con descuento del respectivo deducible.

SÉPTIMO: ADVERTIR que en firme este fallo, si Allianz Seguros S.A., no procediere a sufragar las condenas aquí impuestas pagará a los demandantes, adicionalmente, los intereses a la tasa certificada por la Superintendencia Financiera para los bancarios corrientes, aumentada en la mitad [art. 1080 C. Co.] y, en lo pertinente, Juan Humberto Izquierdo Camelo, por los intereses moratorios que legalmente correspondan.

OCTAVO: CONDENAR en costas a la parte demandada a favor de la demandante, Por secretaría, practíquese su liquidación e inclúyase la suma de \$12.000.000.00 por concepto de agencias en derecho.

39

NOVENO: ORDENAR, una vez verificado lo anterior, el archivo definitivo del expediente, si esta decisión no fuere objeto de apelación, previas las anotaciones de rigor”

SEGUNGO: SIN CONDENA EN COSTAS ante la prosperidad parcial del recurso. En todo caso, el extremo actor goza de amparo de pobreza.

Notifíquese,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Magistrada

110013103011202100215 01

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Magistrada

110013103011202100215 01

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

Magistrado

110013103011202100215 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: **22a58816d8fd5c9ff065b68d8c55e062bf329607932c42f7fc08bcbd5d979236**

Documento generado en 27/10/2023 10:10:52 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**

**ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada Ponente**

(Rad. n°. 11001-31-03-012-2018-00715-01)

Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Revisado el diligenciamiento se observa que, si bien la parte recurrente anunció los reparos contra la sentencia emitida en audiencia el 2 de agosto de 2023 por el Juzgado 12 Civil del Circuito, también manifestó que presentaría la sustentación de los mismos con posterioridad; sin embargo, conferido el término previsto en el artículo 12 de la ley 2213 de 2022, el apelante guardó silencio, como lo anuncia la constancia secretarial que antecede.

Así las cosas, la interpretación sistemática de las reglas previstas en los artículos 322, 325 y 327 del CGP y 12 de la Ley 2213 de 2022, como las anunciadas en la sentencia SU418-2019 proferida por la Corte Constitucional -que avaló la justa diferencia entre los reparos concretos ante el A quo y la sustentación de la apelación ante el Ad quem- permiten concluir de manera razonable que, la omisión de sustentación del recurso es la deserción de la alzada.

En consecuencia, con fundamento en la normativa mencionada, el Despacho declara desierto el recurso de apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada**

Firmado Por:
Adriana Saavedra Lozada
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 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: **23332d024c5c4e411237fe0b16d454c849305a41003e96f7b12fdfbcf5262de4**

Documento generado en 27/10/2023 10:13:04 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., veintisiete de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Ponencia presentada y aprobada en Sala Civil de Decisión de 11 de octubre de 2023

Proceso:	Acción popular
Demandante:	Andrés Humberto Vásquez Álvarez
Demandado:	GE Constructora S.A.
Radicación:	110013103012202000508 01
Procedencia:	Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá
Asunto:	Apelación sentencia
SAP-045/23	

1

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación provocado por el actor popular contra la sentencia proferida el 4 de julio de 2023 por el Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. Andrés Humberto Vásquez Álvarez promovió acción popular en contra de G.E. Constructora S.A., reclamando la protección de los derechos colectivos al ambiente sano, evitar un daño contingente, seguridad y salubridad pública, seguridad y prevención de desastres y a la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas de los copropietarios del Edificio Gaia – Propiedad Horizontal.

Como declaraciones y condenas solicitó¹:

¹ Folio 5, PDF 012Demandaescrito, PrimeraInstancia.

iv. DECLARACIONES Y CONDENAS

1. Teniendo en cuenta la anterior relación de hechos, solicito muy respetuosamente al señor(a) Juez se declare responsable a la demandada sociedad **G.E. CONSTRUCTORA S.A.**, representada legalmente por el señor **SERGIO ANTONIO GUARIN DURAN**, o quien hagan sus veces, por la vulneración de derechos e intereses colectivos previstos en los literales b), l) m) y n) del artículo 4º de la ley 472 de 1.998, con ocasión de las omisiones y acciones generadas por parte de las persona privada que es demandada.
2. Que con base en el material probatorio, en un término perentorio se ordene a través de sentencia contratar los trabajos necesarios para la implementación, reparación, y funcionamiento efectivo del dotacional de áreas comunes y se cumpla con el ofrecimiento desplegado para la promoción y venta de las unidades habitacionales que conforman la propiedad horizontal, así como darle solución definitiva a las deficiencias de orden constructivo presentes conforme lo acreditan los informes técnicos que hace parte del material probatorio, evitando la vulneración a los derechos al consumidor, y puesta en peligro de la vida, la salud, la libre locomoción cómoda y segura de las personas que diariamente frecuentan dicho sector de la ciudad.
3. Ordenar al responsable del proyecto arquitectónico "EDIFICIO GAIA", cumplir con su obligación de hacer efectivas las garantías otorgadas, accediendo a la ejecución de las obras requeridas para evitar el daño ocasionado por la vulneración de los derechos colectivos que se protegen por medio de la acción popular, implementando los recursos necesarios.
4. Finalmente, como medida ejemplarizante por la gravedad de las faltas, le solicitamos señor(a) Juez condenar a los demandados al pago de doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes a favor del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, por los perjuicios sufridos por la sociedad.
5. Consecuencialmente le solicito al señor(a) Juez ordenar a los responsables del proyecto arquitectónico "EDIFICIO GAIA", no incurrir nuevamente en las conductas que se le critican en la presente acción popular, y máxime cuando en la actualidad ejecutan proyectos arquitectónicos de similares características.
6. Que se CONDENE a la demandada a pagar todas las costas y agencias en derecho y al pago de todos los peritajes y pruebas técnicas que deban realizarse en este proceso para establecer el daño, su mitigación, compensación y reparación, y especialmente un estudio sobre la implementación de techos verdes en las cubiertas de las edificaciones.
7. Que se CONDENE a la demandada al pago de la indexación de las sumas en las que se establezca el daño y el valor de las otras obras que se realicen hasta el momento de la reparación completa del mismo y pago efectivo de las mismas.

2

2. Como sustento fáctico narró, en síntesis:

2.1. La copropiedad Edificio GAIA – Propiedad Horizontal, fue vendida por G.E. Constructora S.A., proyecto inmobiliario aprobado mediante licencia de construcción que se acogió a las normas de la Ley 675 de 3 de agosto de 2021.

2.2. Desde que se recibieron las áreas comunes, hay deficiencias en la construcción que se hace necesario definir para establecer las reparaciones a las que debe someterse la edificación. No se han intervenido las imperfecciones para así ofrecer garantía en la estabilidad de la inversión realizada por cada copropietario.

2.3. La acción busca *“la protección al consumidor del constructor la realización las obras inconclusas, no sin antes constatar las inconsistencias de todas las imperfecciones constructivas que son visibles y se encuentran acreditadas con informe técnico que se acompaña como prueba, ...”* (sic).

2.4. En el acápite de hechos, se insertaron apreciaciones acerca de la responsabilidad del constructor, arquitectos, ingenieros, promotores y demás personas involucradas; así como consideraciones acerca de las obligaciones en el desarrollo de proyectos urbanísticos.

Destacó que debe entregar constancia de supervisor técnico sobre el cumplimiento de la construcción en su estructura y elementos no estructurales del Reglamento de Sismo Resistencia; igualmente del Certificado de permiso de ocupación expedido por la Alcaldía local.

3. Mediante auto de 10 de febrero de 2021 se admitió la demanda y se dispuso comunicar la existencia de la acción al Ministerio Público y a la Alcaldía Local de la zona en la que se encuentra ubicada la propiedad horizontal².

3.1. GE Constructores S.A. arrimó poder conferido a una profesional del derecho, de ahí que con auto de 19 de julio de 2021 se le tuvo notificada por conducta concluyente³.

La convocada contestó la acción oponiéndose a las pretensiones; a su vez, planteó como excepciones las que denominó “INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN JUDICIAL”, “NO EXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL ATRIBUIBLE A GE CONSTRUCTORES S.A.”, “INEPTA DEMANDA POR NO CUMPLIR CON LOS REQUISITOS MÍNIMOS EXIGIDOS EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO Y EN LA LEY 472 DE 1998”⁴.

4. Con auto de 1° de octubre de 2021 se convocó a las partes a audiencia de pacto de cumplimiento.

5. Mónica Paola León Romero, en nombre propio y como ex administradora del conjunto residencial presentó memorial con el que dijo coadyuvar la acción popular y, tras una extensa exposición de la naturaleza jurídica de la acción popular y la protección de los derechos de los consumidores, dijo que lo ofrecido en venta por la constructora y lo construido y entregado es completamente diferente⁵.

6. En la audiencia de pacto de cumplimiento, se ejerció control de legalidad de la actuación y se dispuso enterar a la Superintendencia de Industria y Comercio, teniendo en

² Folios 3 a 5, PDF 012Demandaescrito, PrimeraInstancia.

³ PDF 033AutoTieneNotificada2020-00508, PrimeraInstancia.

⁴ PDF 054ContestacionAccionPopular, PrimeraInstancia.

⁵ PDF 075MemorialCoadyuvancia, PrimeraInstancia.

cuenta que se pretende la protección de derechos del consumidor y a la Secretaría de Hábitat toda vez que la acción involucra la construcción de una edificación para vivienda⁶.

6.1. La Secretaría del Hábitat, una vez vinculada manifestó que se oponía a las pretensiones, pues las deficiencias constructivas en las áreas comunes y privadas de copropiedad, no se originan en acto u omisión que le sea atribuible. De allí que excepcionó *“Falta de Legitimación en la Causa por pasiva”, “Inexistencia de Nexo Causal – Hecho de un tercero”, y “Falta de Jurisdicción respecto de la Secretaría Distrital del Hábitat”*.

6.2. La Superintendencia se pronunció pidiendo su desvinculación por no haber vulnerado derecho alguno; detalló las funciones de ese ente.

7. En auto de 3 de noviembre siguiente, se dispuso vincular al Instituto Distrital de Gestión de Riesgos y Cambio Climático Idiger, entidad que una vez enterada compareció manifestando su oposición a las pretensiones por carecer de motivación jurídica y fáctica, más cuando la vulneración alegada se asigna al constructor de la propiedad horizontal y en dado caso a las autoridades de vigilancia y control de los desarrollos urbanísticos. Adujo como defensas *“FALTA DE COMPETENCIA Y JURISDICCIÓN”; FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA -legitimatío ad causam- AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL IDIGER”, “IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN POPULAR POR AUSENCIA DE VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS”, “INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD IDIGER POR AUSENCIA DE NEXO CAUSAL”, “DAÑO CAUSADO POR UN TERCERO” y “EXCEPCIONES OFICIOSAS”*.

8. Integrado el contradictorio, se convocó a la audiencia de pacto de cumplimiento, que resultó fallida.

9. En proveído de 17 de noviembre de 2022 se decretaron las pruebas solicitadas y se procedió a su práctica.

10. La primera instancia se definió en sentencia de 4 de julio de 2023, donde se negaron las pretensiones de la acción toda vez que no es el escenario para estudiar la infracción de derechos de carácter subjetivo o el reconocimiento de indemnizaciones particulares.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

⁶ PDF 98ActaPactoFijaFecha20200508, PrimeraInstancia.

Analizó los presupuestos para la procedencia de la acción popular y se refirió a ella como el medio procesal adecuado para la protección de derechos e intereses colectivos.

Refirió que las pretensiones de la acción buscan que se realicen algunas obras inconclusas y se constaten unas imperfecciones constructivas, las cuales afectan la inversión hecha por cada uno de los copropietarios del proyecto; es decir, lo que se solicita es la protección del patrimonio de cada uno de los propietarios de las unidades privadas que integran la comunidad de vivienda.

Consideró que los derechos discutidos son subjetivos, particulares e individuales, porque están en cabeza de un grupo que se puede determinar fácilmente, como lo son los copropietarios del Edificio Gaia; es decir, la capacidad de disposición sobre esos derechos no se extiende al resto de la comunidad. Tampoco es posible enmarcarlos en derechos colectivos de consumidores o usuarios por cuanto no se relacionan con la prestación de un servicio público.

Concluyó diciendo que al no estar probada la infracción o amenaza de derechos colectivos, las pretensiones de la demanda no se acogerán dada su improcedencia.

5

LA APELACIÓN

El accionante formuló recurso de apelación. Erigió su disenso en que son derechos colectivos aquellos relacionados con construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos, ello, teniendo en cuenta la voluntad del legislador y que la ciudad es una comunidad de asentamiento sedentario regulada por la Ley.

Anotó que el incumplimiento de los términos previstos en la licencia, impactan a la comunidad tanto a quienes allí residen como a los habitantes de la ciudad. Agregó, que se siguen presentando daños y se han originado otros como inundaciones producidas en los últimos pisos de la edificación.

Anotó, que el estudio que soporta la reclamación, afirma que los problemas presentados se agravarán, lo que implica una serie de arreglos y obras, últimas que debieron efectuarse desde el inicio y no después de terminada y entregada. Se

trata de un daño continuado, o de tracto sucesivo, y conforme el artículo 47 de la Ley 472 de 1998 no opera la caducidad.

Aseguró que las áreas comunes esenciales tienen evidentes deterioros por mala calidad constructiva, advertidos desde la entrega, motivando que no se suscribiera acta respecto de aquellas zonas. Enfatizó que los bienes comunes de uso privado y general se entregaron de una forma que vulnera los derechos del extremo actor por cuanto la expectativa ofrecida no se ajusta a la realidad, a lo que se suma la publicidad engañosa en la venta del proyecto.

Resaltó que no se encuentra probada ninguna causal de exoneración de responsabilidad del convocado. Por otra parte, dijo que no se debió declarar la excepción de inepta demanda y debió acudir a los mecanismos procesales para su saneamiento.

Concluyó que la constructora demandada transgredió los derechos colectivos de *“acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, los derechos de los consumidores de bienes y a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes”*.

Finalmente, acusó al Distrito Capital y a la Alcaldía Local de Suba de no ejercer vigilancia y control durante la ejecución de las obras⁷.

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. La Constitución Política de 1991 introdujo una serie de herramientas para la protección judicial de las garantías de rango superior de las personas, entre las que se encuentran las acciones populares:

⁷ PDF 06Sustentacion, CuadernoTribunal.

«ARTICULO 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos».

Dicho precepto normativo tuvo su desarrollo legislativo a través de la Ley 472 de 1998, misma que concibió las acciones populares en su artículo 2º como:

«(...) los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos.

Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible».

7

La referida Ley, enlista en el artículo 4º, como derechos colectivos:

«(...) entre otros, los relacionados con:

a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;

b) La moralidad administrativa;

c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;

d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;

e) La defensa del patrimonio público;

f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación;

g) La seguridad y salubridad públicas;

h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública;

i) La libre competencia económica;

j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna;

k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos;

l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente;

m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes;

n) Los derechos de los consumidores y usuarios.

Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia.

PARAGRAFO. *Los derechos e intereses enunciados en el presente artículo estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente ley».*

La Corte Constitucional en sentencia C-215/99 (de 14 de octubre de 1999), analizó la constitucionalidad de algunos artículos de la Ley 472 de 1998, y precisó:

«Debe destacarse, que en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente hubo claridad en cuanto tiene que ver con el carácter **público** de las acciones populares en defensa de intereses colectivos, en cuanto “... se justifica que se dote a los particulares de una acción pública que sirva de instrumento para poner en movimiento al Estado en su misión, bien de dirimir los conflictos que pudieren presentarse, bien de evitar los perjuicios que el patrimonio común pueda sufrir”.[\[4\]](#)

Ese carácter público, implica que el ejercicio de las acciones populares supone la protección de un derecho colectivo, es decir, de un interés que se encuentra en cabeza de un grupo de individuos, lo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares. No obstante, suponen la posibilidad de que cualquier persona perteneciente a esa comunidad, pueda acudir ante el juez para defender a la colectividad afectada, con lo cual se obtiene de manera simultánea, la protección de su propio interés.

Ahora bien, otra característica esencial de las **acciones populares** es su naturaleza **preventiva**, lo que significa que no es ni puede ser requisito para su ejercicio, el que exista un daño o perjuicio de los derechos o intereses que se busca amparar, sino que basta que exista la amenaza o riesgo de que se produzca, en razón de los fines públicos que las inspiran. Desde su remoto origen en el derecho romano, fueron concebidas para precaver la lesión de bienes y derechos que comprenden intereses superiores de carácter público y que por lo tanto no pueden esperar hasta la ocurrencia del daño.

La carencia de contenido subjetivo de las acciones populares implica que en principio, no se puede perseguir un resarcimiento de tipo pecuniario en favor de quien promueve el reclamo judicial de un interés colectivo. Solamente, en algunos casos, el legislador ha previsto el reconocimiento de los gastos en que incurra la persona que actúa en defensa del interés público o de una recompensa, que de todas maneras no puede convertirse en el único incentivo que debe tener en mira quien debe obrar más por motivaciones de carácter altruista y solidario, en beneficio de la comunidad de la que forma parte.

Así lo ha señalado expresamente la Corte Constitucional, cuando en la sentencia T-067/93, indicó :

“Desde más remotos y clásicos orígenes en el derecho latino fueron creadas [las acciones populares] para prevenir y precaver la lesión de bienes y derechos que comprometen altos intereses cuya protección no siempre supone un daño. En verdad, su poco uso y otras razones de política legislativa y de conformación de las estructuras sociales de nuestro país, desdibujaron en la teoría y en la práctica de la función judicial esta nota de principio. Los términos del enunciado normativo a que se hace referencia, no permiten abrigar duda alguna a la Corte sobre el señalado carácter preventivo. Se insiste ahora en este aspecto, en virtud de las funciones judiciales de intérprete de la Constitución que corresponden a esta corporación”. (M.P. : Dr. Fabio Morón Díaz).

Además, ha afirmado la Corte^[5] “ ... su propia condición permite que puedan ser ejercidas contra las autoridades públicas por sus acciones y omisiones y por las mismas causas, contra los particulares; su tramitación es judicial y la ley debe proveer sobre ellas atendiendo a sus fines públicos y concretos, no subjetivos ni individuales”.

*De igual manera, dichos mecanismos buscan el restablecimiento del uso y goce de tales derechos e intereses colectivos, por lo que también tienen un carácter **restitutorio**, que se debe resaltar.*

Finalmente, hay que observar que estas acciones tienen una estructura especial que la diferencia de los demás procesos litigiosos, en cuanto no son en estricto sentido una controversia entre partes que defienden intereses subjetivos, sino que se trata de un mecanismo de protección de los derechos colectivos preexistentes radicados para efectos del reclamo judicial en cabeza de quien actúa a nombre de la sociedad, pero que igualmente están en cada uno de los miembros que forman la parte demandante de la acción judicial⁸.

2.1. En síntesis, el daño colectivo es aquel que afecta a una comunidad entera y no solo a un grupo determinado de personas en cuanto a sus bienes patrimoniales o extrapatrimoniales. Y es que, el daño colectivo se presenta, aunque ninguna persona se haya visto afectada en sus derechos e intereses particulares, puesto que menoscaba de

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-215/99 de 14 de abril de 1999, magistrada ponente María Victoria Sánchez.

forma intangible la calidad de vida de todo un conglomerado, la acción preventiva o reparadora debe ser ejercida a nombre de la comunidad, mediante una acción popular.

Es indispensable tener en cuenta que el motivo de la acción popular es la indemnización, prevención o supresión de un daño colectivo causado a la sociedad en general, aunque, en el fondo, también pretenda evitar o suprimir daños individuales.

El inciso 1° del artículo 88 de la Constitución, señala también el ámbito material y jurídico de la procedencia de las acciones populares en razón a la naturaleza de los bienes que se pueden perseguir y proteger a través de ellas, fueron previstas para operar dentro del marco de los derechos e intereses colectivos, que son específicamente el patrimonio público, el espacio público y la salubridad pública.

Igualmente, son objetos y bienes jurídicos perseguibles y protegidos por virtud de estas acciones, la moral administrativa, el ambiente sano y la libre competencia económica.

Sin embargo, esta lista no es taxativa, sino enunciativa y deja dentro de las competencias del legislador la definición de otros bienes jurídicos de la misma naturaleza.

3. Como lo indican los literales l, m y n del artículo 4° de la Ley 472 de 1998, la prevención de desastres, la construcción de manera ordenada y los derechos de los consumidores son de naturaleza colectiva, por lo tanto, resulta procedente su protección a través de la acción popular.

No obstante, no puede perderse de vista que no basta con que se invoque la protección de aquellos derechos para habilitar su protección a través de esta acción constitucional, sino que, además, es menester que con ella se busque conjurar un daño contingente.

3.1. En el *sub examine*, pretende el actor popular que (i) se contraten los trabajos para la implementación, reparación y funcionamiento efectivo del dotacional de áreas comunes, (ii) se hagan efectivas las garantías y, (iii) se condene en 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes por los perjuicios sufridos por la sociedad, entiéndase, la comunidad.

Como sustento de sus pedimentos, se allegaron informes finales sobre la inspección de zonas comunes y equipos hidráulicos realizados por Inspección Técnica de Edificaciones S.A.S. [PDF 005Prueba1, 006Prueba2 y 076Prueba3, 01Cuadernoprincipal].

Allí, se consignaron sendos hallazgos sobre la construcción de las zonas comunes como agrietamientos, filtraciones por humedad, deficiencias en las obras, insuficiencia en la pendiente del cuarto de basuras, sensores eléctricos no coordinados, puerta de la cancha de squash sin señalización de seguridad, no hay rampa de acceso para discapacitados ni baranda de seguridad en la puerta principal, empozamiento de aguas lluvias, gimnasio sin ventilación, conexiones hidrosanitarias sin concluir, la cancha de bolos no está insonorizada y demás anomalías de similar estilo; así mismo, se pusieron de presente algunos defectos relativos al sistema contra incendios.

3.2. Más allá de las falencias advertidas respecto de la edificación, emerge evidente que la protección que se ruega no es en favor de la comunidad o de un grupo indeterminado de personas o consumidores, tampoco busca la prevención de un desastre, ya que no se probó que el bien, por ejemplo, amenace ruina o riesgo de colapso y mucho menos que se estén haciendo construcciones de forma desordenada o que afecten la calidad de vida de los habitantes sino que, por el contrario, busca la satisfacción de los intereses individuales de cada uno de los copropietarios del Edificio Gaia P.H.

Y es que, analizado el libelo inicial aparece nítido que el problema cuya resolución se pretende, se circunscribe a las deficiencias de las zonas comunes del Edificio Gaia P.H., mismas que son de uso principal de quienes allí residen y no de toda la comunidad en general.

Lo anterior, desnaturaliza el instituto constitucional de la acción popular que no busca cosa diferente que

«(...) proteger los derechos e intereses colectivos de todas aquellas actividades que ocasionen perjuicios a amplios sectores de la comunidad, como por ejemplo la inadecuada explotación de los recursos naturales, los productos médicos defectuosos, la imprevisión en la construcción de una obra, el cobro excesivo de bienes o servicios, la alteración en la calidad de los alimentos, la publicidad engañosa, los fraudes del sector financiero etc.

Estos derechos colectivos se caracterizan porque son derechos de solidaridad, no son excluyentes, pertenecen a todos y cada uno de los individuos y no pueden existir sin la cooperación entre la sociedad civil, el Estado y la comunidad internacional. En este sentido los derechos colectivos generan en su ejercicio una doble titularidad, individual y colectiva, que trasciende el ámbito interno.

También los derechos colectivos se caracterizan porque exigen una labor anticipada de protección y, por ende, una acción pronta de la justicia para evitar su vulneración u obtener, en dado caso, su restablecimiento. De ahí que su defensa sea eminentemente preventiva. Otro rasgo sobresaliente de estos derechos es que superan la tradicional división entre el derecho público y el derecho privado. Además, son de índole participativo, puesto que mediante su protección se busca que la sociedad delimite los parámetros dentro de los cuales se pueden desarrollar las actividades productivas y socialmente peligrosas. Igualmente, los derechos colectivos son de amplio espectro en la medida en que no pueden considerarse como un sistema cerrado a la evolución social y política. Finalmente, estos derechos tienen carácter conflictivo en tanto y en cuanto implican transformaciones a la libertad de mercado.

13

La jurisprudencia ha precisado que como las acciones populares protegen a la comunidad en sus derechos colectivos y, por lo mismo, pueden ser promovidas por cualquier persona a nombre de la comunidad cuando ocurra un daño a un derecho o interés común, sin más requisitos que los que establezca el procedimiento regulado por la ley, “el interés colectivo se configura en este caso, como un interés que pertenece a todos y cada uno de los miembros de una colectividad determinada, el cual se concreta a través de su participación activa ante la administración de justicia, en demanda de su protección”.

Teniendo en cuenta que los derechos colectivos son violados generalmente por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de grupos económicamente fuertes, las acciones populares parten del hecho de que quienes las promueven se encuentran en una situación de desigualdad. Además no suponen la existencia de una verdadera litis, pues su objeto no es la solución a una controversia sino la efectividad de un derecho colectivo

*haciendo cesar su lesión o amenaza o que las cosas vuelvan a su estado anterior, si fuere posible*⁹.

Si bien la jurisprudencia en cita se refiere a la “*imprevisión en la construcción de una obra*” y a la “*publicidad engañosa*”, situaciones que en principio expone el actor popular; lo cierto es que analizada la relación fáctica en la que funda su pedimento y sus pretensiones en sí mismas, no se vislumbra que propenda por la efectividad de un derecho colectivo sino que, más bien, se trata de una verdadera controversia de características particulares, individuales y de orden patrimonial entre los copropietarios de una edificación y quien la construyó.

Con todo, no basta con enlistar una serie de derechos colectivos, sino de exponer claramente la forma en que estos se ven amenazados o transgredidos con la acción u omisión del accionado.

3.3. Refiere el apelante que no se debió declarar probada la excepción de “*inepta demanda*”, sino que lo procedente era adoptar los correctivos que en derecho correspondan para adecuar su *petitum*; sin embargo, tal afirmación carece de asidero en primer lugar, porque la decisión cuestionada no acogió ese medio exceptivo, ni ningún otro propuesto, puesto que la salvaguarda se negó porque se encaminaba a la protección de derechos particulares y comunes y, en segundo lugar, porque quien escogió la vía para activar el aparato judicial fue el mismo actor popular quien, además, ostenta la calidad de abogado¹⁰.

3.4. Por último, aunque en su escrito de apelación se refiere de forma reiterativa y amplia a la responsabilidad del constructor, la efectividad de la garantía y los derechos del consumidor; con su discurso no logró concretar, para desvirtuar la decisión del *a quo*, los razonamientos jurídicos que hacen procedente la protección que rogaba a través de la acción popular.

4. Corolario de lo examinado, como los argumentos del apelante no tienen la potencialidad de enervar el fallo censurado, habrá de ser confirmado.

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-377/02, de 14 de mayo de 2002, magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁰ Según se pudo constatar en la página web de la Rama Judicial, a través del siguiente enlace <https://sirna.ramajudicial.gov.co/Paginas/Certificado.aspx>.

DECISIÓN

En consideración a lo consignado 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,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida el 4 de julio de 2023 por el Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas por no aparecer causadas.

NOTIFÍQUESE,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Magistrada

110013103012202000508 01

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Magistrada

110013103012202000508 01

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

Magistrado

110013103012202000508 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: **0b9d2024279ecc17e195a124553c0dd27151d409855f5323c0cc127dd540f158**

Documento generado en 27/10/2023 10:10:08 AM

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 SEXTA CIVIL DE DECISIÓN**

Bogotá D. C., veintisiete de octubre de dos mil veintitrés

11001 3103 012 2022 00119 01

Ref. Verbal declarativo de nulidad contractual de Hernán Reyes Torres contra Capitolino Legro Oliveros contra Empresa Comunitaria Guacharacas, Capitolino Legro Oliveros, Agroindustrial Pecuaria El Juguete S.A.S., Esteban Ballén Tiebach, Charris Morales Sáenz Asociados S.A.S., Roberto Charris Rebellón, Santiago Morales Sáenz y Jorge Ballén Franco.

Se confirmará el auto de 2 de mayo de 2022 (la apelación fue repartida al suscrito Magistrado el 27 de septiembre de 2023), mediante el cual, el Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá¹ denegó el decreto de las cautelas innominadas que solicitó la parte actora, con apoyo en el artículo 590 (num 1º, lit. c) del C. G. del P.

Fundamentación del auto apelado. La juez *a quo* sostuvo que las medidas cautelares imploradas (innominadas) no se ven aptas para evitar un perjuicio grave o la cesación de alguno ya causado.

Al resolver el recurso de reposición, por auto de 26 de junio de 2023, la misma falladora anotó que no es necesaria, efectiva y proporcional la cautela de suspensión de los efectos jurídicos de los negocios jurídicos cuya declaración judicial de nulidad reclama el señor Hernán Reyes Torres con su demanda²; que no se especificó porqué serían nugatorias las consecuencias de la sentencia en caso de desatenderse las cautelas; que no es proporcional, ni razonable disponer, como medida preventiva, la suspensión contractual que reclamó el recurrente y que ello sería anticipar la ejecución de una sentencia favorable a las pretensiones.

En punto a solicitud de “inscripción de la demanda en la matrícula mercantil” de Agroindustrial Pecuaria El Juguete S.A.S. y Charris Morales Sáenz Asociados S.A.S., aseveró la juez de primera instancia que el demandante tampoco antepuso las razones que harían viable esa cautela, la cual no podría recaer sobre “las matrículas de [dos de] los sujetos demandados”, sino sobre los “establecimientos de comercio que pertenezcan” a las mencionadas personas jurídicas.

EL RECURSO DE APELACIÓN. El demandante Reyes Torres alegó que las denegadas cautelas se encauzan a la protección de sus derechos como asociado de la Empresa Comunitaria Guacharacas³, porque a los asociados que, como en el caso

¹ Con base en el Acuerdo No. CSJBTA23-43 del 26 de abril de 2023 se le asignó el conocimiento del R. 2022 00119 al Juzgado 54 Civil del Circuito de Bogotá, despacho que resolvió el recurso de reposición y concedió la apelación que ahora se desata.

²A). Contrato de cuentas en participación de 29 de julio de 2020 que la Empresa Comunitaria Guacharacas celebró con Agroindustrial Pecuaria El Juguete S.A.S., y Charris – Morales Sáenz Asociados S.A.S.

B). Convenio de Alianza productiva de 9 de julio de 2020 que la Empresa Comunitaria Guacharacas suscribió con Agroindustrial Pecuaria El Juguete S.A.S., y Charris – Morales Sáenz Asociados S.A.S.

³ Forma asociativa con personería jurídica que regula el artículo 121 de la Ley 4ª de 1973 (reglamentada por el Decreto 561 de 1989).

suyo, la integran, se les obliga a atender dos negocios jurídicos (cuya eficacia aquí se puso en entredicho), respecto de los cuales no mostró su aprobación, y que estima viciados de nulidad (ver nota al pie de página 2°).

Que el demandado Capitolino Legro Oliveros suscribió en el año 2020 los referidos negocios jurídicos atribuyéndose la calidad de representante legal de la empresa comunitaria, pero sin ostentar esa condición; que en desarrollo de lo pactado con los negocios jurídicos sobre los que reclama la declaración de nulidad, “de manera ilegal, también los demandados ingresaron a la finca a explotarla y que Agroindustrial Pecuaria El Juguate S.A.S. afirma haber realizado, al día de hoy, inversiones por \$ 6.300’267.119 en la heredad”, lo cual podría perjudicar al demandante, quien eventualmente tendría que restituir alguna suma de dinero, proporcional a su interés económico en las negociaciones.

Afirmó que su solicitud cautela suple los requisitos del numeral 1° (lit. c) del artículo 590 del C. G. del P.; que de los negocios jurídicos que cuestiona no se deriva ninguna contraprestación para los agricultores asociados a la empresa comunitaria y que la duración de los contratos es de 20 años, en su parecer excesiva.

SE CONSIDERA:

1. Inscripción de la demanda en el certificado de “matrícula mercantil” de las sociedades Agroindustrial Pecuaria el Juguate S.A.S. y Charris Morales Sáenz Asociados S.A.S.

Sea lo primero resaltar que el inconforme no atacó la motivación vertebral que adujo la juez *a quo* para abstenerse de decretar esa específica cautela, esto es, que en su demanda, el señor Reyes Torres no expresó las precisas razones que la harían viable, en este caso en particular.

Cabe memorar 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” (art. 320, C. G. del P.) y que “el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante” (art. 328, *ib*).

De lo narrado en la demanda, tampoco el suscrito Magistrado encuentra que tal solicitud cautelar se amolde a las exigencias que consagra el literal C del numeral 1°, artículo 590 en cita, entre otras cosas, por no ser manifiesta su utilidad y efectividad para la protección o la materialización de los derechos subjetivos que, para el señor Reyes Torres pudieran derivar de la alegada condición de asociado de la Empresa Comunitaria Guacharacas.

Expresado con otras palabras, no se ve de manera clara la relación causa - efecto entre la implorada inscripción de la demanda y la posibilidad de alcanzar la obtención de las finalidades inherentes a las medidas cautelares, entre ellas, garantizar la efectividad de sentencia judicial favorable o evitar daños mientras se adopta la decisión definitiva.

2. La “suspensión provisional de los efectos” de los contratos intitulados convenio de alianza productiva de 9 de julio de 2020 y cuentas en participación de 29 de julio de 2020.

El suscrito Magistrado refrenda lo que se percibió en el auto apelado en punto a lo desproporcionada de esa medida.

Las cautelas innominadas que regula el numeral 1° (lit. C.) del artículo 590 del C. G. del P., se orientan a “asegurar la efectividad de la pretensión”, pero no propiamente a materializar el cumplimiento anticipado de una eventual sentencia favorable a los intereses del demandante.

Ese sería el efecto práctico que resultaría si se decretara la cautela que en este acápite se estudia.

Además, en los procesos declarativos, ante lo incierto de los derechos sobre los que se debate, la viabilidad de las medidas cautelares han de examinarse con mayor celo, que si se tratara de un proceso ejecutivo, en el que, la apariencia de un buen derecho encuentra soporte en un título que ha de suplir las exigencias que para el efecto establece el artículo 422 del C. G. del P.

De ahí que, en atención a los criterios de razonabilidad y de proporcionalidad establecidos por la norma tantas veces citada, no puede sino colegirse lo que con antelación se registró.

3. No olvida el suscrito Magistrado las alegaciones que el apelante trajo a cuento para respaldar la seriedad de sus pretensiones sobre la nulidad absoluta y relativa de los negocios jurídicos bilaterales sobre los que recae la demanda, entre ellos, la falta de capacidad jurídica del demandado Capitolino Legro Oliveros para representar a la Empresa Comunitaria Guacharacas; que los contratos no reportan utilidad para los asociados y lo excesivo de su duración.

Tales vicisitudes apenas conciernen a uno de los muchos requisitos que han de concurrir para el decreto de la cautela (la apariencia de un buen derecho) a la luz del numeral 1° (lit. C.) del artículo 590 del C. G. del P.

Por lo mismo, y como quiera que la falta de concurrencia de esos requisitos es palpable según se registró en el numeral segundo de estas consideraciones, el suscrito Magistrado considera carente de utilidad emitir pronunciamientos adicionales en torno a esos fundamentos fácticos y jurídicos de las pretensiones principales y subsidiarias que elevó el demandante.

4. No prospera, por ende, la apelación en estudio.

DECISIÓN. Así las cosas, el suscrito Magistrado CONFIRMA el auto que el 2 de mayo de 2022 profirió el Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá, en el proceso verbal declarativo de la referencia. Sin costas de segunda instancia, por no aparecer justificadas.

Remítase el expediente a la oficina de origen, esto es, al **Juzgado 54 Civil del Circuito de Bogotá.**

Notifiquese

ÓSCAR 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: 63ad3309efa7f40f7aba16bc8494cd55b66dd19a36a244229b417c7cb60eba86

Documento generado en 27/10/2023 10:13:35 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**

Magistrada Ponente
MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO: PROCESO DECLARATIVO (RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL) PROMOVIDO POR LA SEÑORA CARMELITA ALFONSO (COMPAÑERA PERMANENTE DE PEDRO JOSÉ VASQUEZ PAEZ Q.E.P.D.) Y LOS SEÑORES MARTHA LEONOR, PEDRO JOSÉ, CARLOS MANUEL, MARLEN, WILSON ALEXANDER, DORIS BARBARA VASQUEZ ALFONSO, (HIJOS DEL SEÑOR PEDRO JOSÉ VASQUEZ PAEZ Q.E.P.D.).

Rad. 13 2019 00073 01

Sentencia escrita de conformidad con lo autorizado por el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, cuyo proyecto se discutió en varias sesiones y se aprobó en la del 11 de octubre de 2023, según acta 38.

Se resuelve el recurso de apelación que formuló la parte demandante contra la sentencia que profirió el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá el 24 de marzo de 2023.

I. ANTECEDENTES

1. Los demandantes promovieron demanda contra el Centro Comercial Gran San, para que le declare responsable por el accidente que sufrió el señor Pedro José Vásquez Páez el 16 de diciembre de 2017, que le ocasionó el día 25 siguiente su muerte; y, en consecuencia, se le condene a pagar los perjuicios de orden material y moral valorados en \$ 3.902.955.283, así como las costas del proceso.

2. Como sustento de lo pretendido adujeron, en resumen, que en la precitada fecha uno de los clientes de Centro Comercial Gran San, propició la caída del extintor multipropósito de 20 libras apostado en el tercer piso de las instalaciones en el área de cajeros electrónicos, suceso que causó la rotura de su mecanismo de seguridad que desencadenó en un fuerte sonido y la expulsión del polvo químico, con el consecuente pánico de los visitantes, quienes al salir apresurados del lugar produjeron la caída del señor Pedro José Vásquez Páez que le originó una fractura en su pierna derecha, por el que fue atendido finalmente el Hospital San José.

Que con el pasar del tiempo la condición médica de Pedro José empeoró; que el 25 de diciembre de 2017 fue atendido por el personal médico de una ambulancia quien lo encontró con una saturación de 34; que en el camino a la clínica sufrió un paro cardio-respiratorio y al ingresar a la unidad ya estaba sin signos vitales.

Adicionaron, que el representante legal del Centro Comercial, con fines de repararles los perjuicios, efectuó reclamación el 6 de febrero de 2018 ante la aseguradora Chubb de Colombia, quien la objetó con el argumento de que el accidente se generó por terceros, hecho excluido del amparo; y que, por tanto, el establecimiento es responsable, por no cumplir con la Norma NTC 2885 del ICONTEC, sobre extintores portátiles.

3. Notificado el Centro Comercial Gran San, propuso las excepciones de mérito¹ que denominó: **i)** *Culpa de un tercero*; **ii)** *Culpa Exclusiva de la Víctima*; **iii)** *Inexistencia de los presupuestos legales para la declaración de la responsabilidad civil extracontractual*; y, **iv)** *“Falta de Legitimación Por Activa de los demandantes”*.

4. En tiempo, el Centro comercial llamó en garantía a Chubb Seguros de Colombia S.A., quien propuso las defensas que nominó: **i)** *Falta de Legitimación en la causa por pasiva por parte del centro comercial y de Chubb*; **ii)** *Ausencia de demostración de la ocurrencia del siniestro y de la cuantía de la pérdida. Inexigibilidad de la supuesta obligación a cargo de la aseguradora*; **iii)** *La ley y el contrato de seguros excluyen la responsabilidad*

¹ 01ExpedienteDigitalizado folio digital 123

*y la indemnización cuando los riesgos y perjuicios de la culpa exclusiva de la víctima, del hecho de un tercero y caso fortuito o fuerza mayor; **iv)** Inexistencia del nexo de causalidad; **v)** Cabal Cumplimiento de las obligaciones relativas a los extintores; **vi)** Inexistencia de siniestro debido a que la cobertura otorgada por la póliza No. 23827 no se extiende a perjuicios no imputables al asegurado; **vii)** falta de demostración del vínculo marital o unión marital de hecho entre la señora Carmelita Alonso y el señor Pedro José -Falta de legitimación en la causa por activa para solicitar daños morales; **viii)** Falta de demostración de los perjuicios; **ix)** Aplicación del Límite de la suma asegurada y del límite del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado; **x)** Reducción de la suma asegurada y de la indemnización y compensación y **xi)** Cualquier otra excepción probada que oficiosamente deba declararse.*

5. Agotado el trámite de rigor, el juez de primera instancia profirió sentencia donde que declaró probada la excepción denominada “culpa de un tercero”, negó las pretensiones y condenó en costas a los demandantes.

II. LA SENTENCIA APELADA

A vuelta de reseñar los antecedentes del caso y estimar reunidos los presupuestos procesales, ubicó el caso dentro de la responsabilidad civil extracontractual, conforme al artículo 2341 del Código Civil y, anticipó, que de conformidad con el artículo 2536 *ibidem*, la víctima queda exonerada de probar el elemento subjetivo o culposo en cabeza del autor del daño, empero, no se adjudicó ninguna conducta digna de reproche al Centro Comercial Gran San.

Insistió, que el menoscabo que padeció Pedro José Vásquez Páez, fractura de la diáfisis del fémur, no tuvo como génesis el incumplimiento del Centro Comercial del deber vigilar, elegir o educar al causante inmediato del daño, con quien tuviere una relación de cuidado o dependencia, como tampoco hubo un descuido o deber propio de actos previsibles de las normas referidas a la responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno, en alguna de sus distintas modalidades.

Respecto del nexo de causalidad, no lo halló demostrado, porque lo que desencadenó la muerte de la víctima fue dificultad respiratoria; y, ante la ausencia de uno de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, las pretensiones no prosperaban, al estar demostrado la culpa de un tercero.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el abogado de la parte demandante la apeló dentro de la oportunidad prevista en el artículo 322 del Código General del Proceso, con base en los siguientes reparos concretos:

i) Refirió que la sentencia desconoció los hechos de la demanda y el acervo probatorio que acreditan, la responsabilidad del centro comercial, por la desatención de la norma Icontec NTC 2885 y las recomendaciones del cuerpo de bomberos.

Además, la prueba testimonial, declaraciones de los familiares de la víctima, da cuenta que en el lugar de los extintores se encuentra el local “Zafari”, que invadía el espacio público con maniquíes y otros objetos que entorpecían el tránsito de los visitantes e impedían el acceso a los extintores, situación que desconoce el reglamento interno de la copropiedad, el que no se allegó por los demandados.

Que el extintor no tenía por qué haber explotado, por cuanto esos elementos no se estallan por sí solos; que el hecho originador acaeció por la gran afluencia de personas en el centro comercial, lo que produjo el estallido y la estampida del público; y, si bien el Juez de primera instancia manifestó que el daño lo ocasionó el hecho de un tercero, lo cierto es que era su responsabilidad velar por la seguridad de los visitantes y controlar el ingreso y su capacidad al interior de las. Instalaciones.

Que se probó la existencia de cámaras de seguridad, hecho que el demandado negó, por ello lo solicitó como prueba, pero éste se abstuvo de aportar al proceso ese elemento esencial.

ii) Que, el *a quo* efectuó una interpretación errada de los eximentes de responsabilidad, conforme a las normas sustanciales y precedentes jurisprudenciales, por cuanto el hecho de un tercero debe ser ajeno a las conductas omisivas desplegadas por el demandado.

A través de escrito enviado por correo electrónico a la Secretaría, la parte demandante sustentó los reparos, y de ellos se pronunció su contraparte.

IV. CONSIDERACIONES

1. Se encuentran presentes la capacidad de las partes para acudir al proceso, la demanda en forma y la competencia del juez para tramitar y decidir la instancia, se tiene 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 Sala se reclama.

Propósito para el que se tendrá en cuenta inicialmente lo establecido en el artículo 328 del Código General del Proceso, referido a que *“El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante”*, eso sí, sin desechar los pronunciamientos de oficio que le impone la ley, toda vez que *“la resolución del derecho reclamado por el solicitante, accediendo o negando, previamente al estudio de los mecanismos de defensa propuestos o a los reparos señalados por el recurrente por vía de apelación, no comporta la conculcación del principio de congruencia, por tratarse del cumplimiento del deber de administrar justicia de que está investido todo funcionario judicial, ya de primera instancia ora de segundo grado, en desarrollo del derecho a la tutela judicial efectiva.”*²

2. Como lo plantea la parte recurrente, corresponde al Tribunal establecer si en el *sub judice* se demostraron a cabalidad los presupuestos que la Ley y la Jurisprudencia tienen establecidos para la prosperidad de la

² CSJ. CAS CIV SENT SC3918-2021, Sep. 8 DE 2021 Exp. 033-2008 0010601 y SC5473-2021, Dic. 16 de 2021, Exp 001 2017 40845

acción de responsabilidad civil extracontractual, particularmente el atinente a la culpa de la demandada; y, de encontrar acreditados tales requisitos deberá ocuparse la Corporación, además, de verificar si se probó la existencia de los perjuicios que invoca y su cuantía.

3. Para resolver recuerda la Sala que como los sostiene la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia³:

La responsabilidad civil extracontractual o aquiliana está regulada en el título XXXIV del Código Civil, se enfila a la reparación de los perjuicios derivados de un hecho dañoso producido por un tercero, ante la prohibición de causar daño a otro, configurándose un vínculo jurídico entre el causante como deudor y el afectado como acreedor de la reparación, aun cuando la obligación no provenga de la voluntad de tales sujetos.

El artículo 2341 del Código Civil señala, que «el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley impongas por la culpa o el delito cometido», emergiendo así de dicha normativa los presupuestos para la viabilidad de la acción de reparación por responsabilidad civil extracontractual, a saber:

- a) La comisión de un hecho dañino*
- b) La culpa del sujeto agente*
- c) La existencia de la relación de causalidad entre uno y otra.*

Po tanto, el que ha padecido un daño se encuentra facultado para reclamar la indemnización de los perjuicios bien de índole material ya moral, siempre que se honre el postulado del *onus probandi*, es decir, “(...) le corresponde al que busca el resarcimiento aducir la prueba de los factores constitutivos de responsabilidad extracontractual, como son, **el perjuicio, la culpa y la relación de causalidad** o dependencia que lógicamente debe existir entre los dos primeros elementos enunciados, estando desde luego el demandado en posibilidad de exonerarse de la obligación de que se trata si demuestra un hecho exonerativo de responsabilidad”⁴ (Destaca el Tribunal).

La carga de demostración de los referidos presupuestos, se la impone el artículo 164 del Código General del Proceso, que establece la necesidad de la prueba, principio que se erige en el baluarte principal de la decisión

³ CSJ. Cas Civ Sent SC 5170-2018, dic 3 de 2018, Exp. 11001-31-03-020-2006-00497-01

⁴ CSJ., Cas. Civ. Sent. de 9 de febrero de 1976.

judicial, de manera que ésta solo sea el reflejo de los medios legal y oportunamente aportados al proceso, de conformidad con el artículo 168 *ibidem*, en concordancia con el artículo 1757 del Código Civil.

Entonces, estaba a cargo de la parte demandante la demostración de esos tres presupuestos, en razón a que los centros comerciales no envuelven en sí mismos una actividad peligrosa que impulse la presunción de culpa consignada en el artículo 2356 del Código Civil. A efectos de establecer si la parte convocante la satisfizo, se procede al siguiente análisis.

3.1. **Daño.** En torno a la relevancia del daño como elemento estructural de la responsabilidad, tiene dicho la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que:

“(...) “dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquiera acción indemnizatoria”. (Sentencia de casación civil de 4 de abril de 1968).

En términos generales, el daño es una modificación de la realidad que consiste en el desmejoramiento o pérdida de las condiciones en las que se hallaba una persona o cosa por la acción de las fuerzas de la naturaleza o del hombre. Pero desde el punto de vista jurídico, significa la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio”⁵.

Para la Sala ninguna duda ofrece la ocurrencia del hecho dañino, si se tiene en cuenta que conforme obra en el expediente, especialmente en la historia clínica, el día 16 de diciembre de 2017, el Señor Pedro José Vásquez Páez, fue atendido en la Sociedad de Cirugía de Bogotá- Hospital San José- “con cuadro clínico de dos horas de evolución consistente en trauma a nivel de miembro inferior derecho según refiere al caer tras escuchar un estruendo”, lo

5 CSJ, Cas. Civ. Sent. SC10297-2014 de Ago/5 de 2014, exp. 11001-31-03-003-2003-00660-01.

que le generó en el fémur derecho fractura diafisaria del tercio distal con extensión intercondílea, que requirió de intervención quirúrgica. Además, conforme aparece en otra historia clínica posterior y de otro establecimiento de salud, el citado falleció el 25 de diciembre de 2017.

Se supera entonces, ese primer requisito.

3.2. La Culpa. El Código Civil no define que es la culpa, simplemente describe tres especies: “Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios.....”; “Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.....”; y “Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

Por tanto, para establecer si una persona ha incurrido en culpa, la doctrina y la jurisprudencia han acogido de teoría de la culpa en abstracto, según la cual se adopta un criterio objetivo que aprecia la culpa teniendo en cuenta el modo de obrar de un hombre prudente y diligente considerado como modelo.

3.2.1 En el caso bajo estudio se cuestiona por la parte demandante la configuración de la culpa que endilgó a la demandada, constitutiva en la causa del accidente que ocasionó la fractura del miembro inferior derecho que sufrió el señor Pedro José Vásquez que, en su criterio, posteriormente desencadenó su muerte; de ahí que se pueda sostener que la controversia gira en torno a determinar si existió o no una conducta culposa atribuible al Centro Comercial Gran San y de contera a la llamada en garantía, en tanto que el daño –la lesión- no suscitó discusión.

3.2.1.1 Se erige en un primer punto de inconformidad la presunta omisión en que incurrió el juzgador al desconocer que el centro comercial es responsable por la desatención de la norma Icontec NTC 2885.

Esta norma técnica, si bien se refiere a los extintores contra incendios, trae una alta gama de ellos, nótese en el acápite 3.4 se refiere a varios tipos como el operado por cilindro o cartucho, el no recargable, el portátil y el no recargable; todos tienen requisitos diferentes, de acuerdo con su capacidad, contenido, clase de incendio. Acá, si bien se afirma en los hechos de la demanda que se trató de un extintor multipropósito de 20 libras, no se aportó ningún medio probatorio que corroborara tal afirmación; tampoco de demostró cuál era la forma para su instalación y en qué fallaron sus aditamentos que produjeron la caída al piso.

Entonces, si bien el apelante afirma que el extintor no tenía por qué haber explotado, por cuanto esos elementos no se estallan por sí solos, eso precisamente era lo que a su cargo estaba probar, cosa que no hizo.

Esa falencia probatoria ni siquiera la suple el testimonio del señor Carlos Leiva⁶, jefe de seguridad del centro comercial, por ser testigo de oídas, quien si bien en su narración a minuto 18:10 señaló que “(...) *vuelvo al sector donde se accionó el extintor e indago con las personas que estaban haciendo fila en el cajero de Bancolombia y manifiestan que un cliente que estaba haciendo fila para sacar dinero de dicho cajero con el hombro movió el extintor y el extintor cayó de cabeza más o menos a una altura de 1.50 mts al piso, cayó de cabeza y se desmochó la válvula lo que ocasionó la humareda o fumarola que se formó(...)*”, nada de lo que allí expuso está probado en expediente.

Al respecto, no se demostró como debió serlo, el tipo, clase, peso, forma de instalación según la características del extintor; que se cayó por el movimiento del hombro de una persona; que la “*desmochada de la válvula*” hubiese acaecido por la caída de cabeza del elemento, bien pudo ser también por las fallas de los aditamentos que lo soportaban; por tanto, al no existir una prueba técnica que indicará la razón de su caída, el desprendimiento, si fue instalado o no con respeto a la norma técnica, lo dicho por el citado testigo son simples conjeturas, que no sirven para estructurar el presupuesto de la culpa en cabeza del centro comercial demandado.

⁶ 17AudienciasReconstrucciónTestimoniosyAlegatos

3.2.1.2 Se duele también la parte recurrente, que las declaraciones de los familiares de la víctima dan cuenta que en el lugar de los extintores se encuentra el local que invadía el espacio público con maniquíes y otros objetos que entorpecían el tránsito de los visitantes e impedían el acceso a los extintores, situación que desconoce el reglamento interno de la copropiedad, el que no se allegó por los demandados.

Sobre tal reparo, lo primero que puede decir la Sala es que de conformidad con la norma técnica⁷ que cita el apelante, los extintores de incendios deben ser colocados visiblemente donde estén fácilmente accesibles y a disposición inmediata en caso de incendio y a lo largo de las vías normales de desplazamiento, incluyendo las salidas de las áreas, es decir, nada impide que se encuentren cerca a locales; lo importante es que no estén obstruidos u ocultos a la vista, conforme a esa normativa, que además, reglamenta que en recintos grandes y en ciertos lugares donde no se pueden evitar completamente las obstrucciones, se deben proveer medios para indicar la localización de los extintores; con todo, la parte recurrente no demostró en qué pudo haber incidido la colocación del extintor que dificultara llegar a él, puesto acá no se discutió su colocación.

Ahora, si bien en los interrogatorios de las demandantes Marlen del Carmen Vásquez Alfonso y Carmelita Alfonso, quienes se encontraba en el lugar de los hechos señalaron que: *“... estábamos en el 3º piso cuando un fuerte ruido y se vino una estampida de gente, nosotros llevábamos un niño, mi mamá, mi papá, mi esposo, el niño y yo, porque estaban diciendo que estaban haciendo tiros y nos metimos en un pasillo, cuando sucedió esto se vino muchísima gente y empujaron a mi papá, él se enredó con un maniquí que estaba afuera de un local...”*⁸; y la otra deponente comentó que: *“...en un momento empezó toda la gente a gritar que bombas, que tiros y toda la gente empezó a correr para lado y lado, nos metimos en un callejoncito, cuando pum había un muñeco y lo empujaron (...), no había por donde pasar por la cantidad de gente, se enredó con el muñeco debido a que corrimos (...)”*⁹, de esos relatos, lo que se extracta es la forma en que acaeció tal suceso.

⁷ Conforme a los apartados 6.1.3.1 y 6.1.3.1 del ítem 6.1.3 que refiere a la colocación de los extintores

⁸ 02CDAudienciaInicialFlio117/ Minuto 16:18

⁹ 02CDAudienciaInicialFlio117/ Minutos 27:40.

Pero que ahora se pretenda derivar responsabilidad del centro demandado por la invasión del espacio público que hiciera un local, o por no aportar el reglamento o las cámara de video, son aspectos novedosísimos no invocados en la demanda y menos presentados como hechos modificativos del derecho sustancial, en la forma en que lo habilita en inciso 4º del artículo 281 del C.G.P.¹⁰ , lo que impide un pronunciamiento sobre ellos.

3.2.1.3 Ahora, de aceptar alguna culpa de la demandada por el hecho de no controlar la gran afluencia de público, aunque tampoco se probó que la capacidad de visitantes estuviera desbordada para el momento de los sucesos; y, de considerar también, que el pánico que allí se pudo generar estaba bajo control de la convocada, por tratarse de un establecimiento abierto al público; y de tener también que esos fueron los detonantes que dieron lugar al daño ya descrito, lo cierto es que falla el restante elemento de la responsabilidad civil extracontractual, como pasa a verse.

3.3. Nexo de causalidad. Respecto del nexo causal, la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia expresa: *“El fundamento de la exigencia del nexo causal entre la conducta y el daño no sólo lo da el sentido común, que requiere que la atribución de consecuencias legales se predique de quien ha sido el autor del daño, sino el artículo 1616 del Código Civil, cuando en punto de los perjuicios previsibles e imprevisibles al tiempo del acto o contrato, señala que si no se puede imputar dolo al deudor, éste responde de los primeros cuando son “consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento”. Por lo demás, es el sentido del artículo 2341 ib. El que da la pauta, junto al anterior precepto, para predicar la necesidad del nexo causal en la responsabilidad civil, cuando en la comisión de un “delito o culpa” –es decir, de acto doloso o culposo- hace responsable a su autor, en la medida en “que ha inferido” daño a otro.(...)”¹¹*

¹⁰ “En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio.”

¹¹ CSJ. Sent. Cas Civ. Sep. 26/2002 Exp. 6878 MP Jorge Santos Ballesteros

Si se tiene en cuenta el anterior precedente, para que surgiera para la parte demandada la obligación de indemnizar a los demandantes, era necesario acreditar que fue la fractura del fémur que padeció el señor Pedro José el 16 de diciembre de 2017 lo que generó el paro cardio respiratorio que conllevó a su deceso, o que ésta influyó en dicho resultado, tarea que, a juicio de la Sala, no cumplió.

Al respecto ha de verse que al ser llevado por la ambulancia el señor Vásquez Páez a la Subred Integrada De Servicios De Salud Centro Oriente E.S.E, el 25 de diciembre de 2017, allí se reseñó:

“REFIERE HIJO QUE PACIENTE HACIA LAS TRES DE LA MAÑANA PRESENTA CUADRO DE DIFICULTAD RESPIRATORIA POR LO CUAL LLAMAN AMBULANCIA LLEGANDO LA MOVIL 5117 QUIENES ENCUETRAN PACIENTE SATURANDO 34 AL AMBIENTE INICIAN OXIGENO POR VENTURY CON MEJORIA DE SATURACIÓN E INICIAN TRASLADO, SEGÚN AUXILIAR DE MOVIL PACIENTE PRESENTA PARADA C/R AL INGRESO A HOSPITAL ES PASADO A SALA DE REANIMACIÓN DONDE INGRESA SIN SIGNOS VITALES, CON PUPILAS MIDRIANTICAS SIN REFLEJO CONSENSUAL POR LO CUAL, SE CONSDERA PACIENTE SIN PRONOSTICO SE TOMA TRAZO ELECTROCARDIOGRAFICO QUE MUESTRA LINEA ESOELECTRICA SE INDICA HORA DE MUERTE 4 Y 15. AHOGO DESDE EL DÍA ANTERIOR”¹².

De la anterior lectura de esa reseña clínica, no se encuentra ninguna relación directa entre el padecimiento sufrido por el accidente y la causa de la muerte, o por lo menos no existe prueba técnica o forense que así lo determine, ello a pesar de que la demandante Marlen del Carmen hubiese referido en su declaración que el médico que atendió la urgencia le dijo que *“a raíz de la cirugía se le armo un trombo se le fue a los pulmones y ocasionó una muerte súbita cardíaca...”*¹³, teoría que por no haber sido confirmada con medios de prueba idóneos, solo puede ser considerada como una especulación, porque en el establecimiento médico donde fue atendido, fuera de intentar reanimar al paciente, ningún otro procedimiento se le hizo,

¹² 01ExpedienteDigitalizado/folio 75

¹³ 02CDAudienciaInicialFlío117/ Minuto 16:05

además, lo súbito del deceso, también queda en entre dicho, porque según los datos que se registraron en ese centro médico, el hijo informó que desde el día anterior su padre tenía ahogo.

Entonces si al ingresar el señor Pedro José Vásquez Páez al Hospital San José, por razón de la fractura, en su historia clínica se anotó que era un paciente con Diabetes Mellitus insulín dependiente y como antecedente quirúrgico se reseñó “*cateterismo Coronario*”, correspondía a la parte demandante demostrar, a través de un dictamen pericial- experticia médica- testimonios técnicos o cualquier otra prueba adecuada para ese fin, que la causa directa del fallecimiento, paro cardio respiratorio, se produjo, como ya se anotó, como derivación directa de fractura o del procedimiento ortopédico que se realizó y no como resultado de las enfermedades de base que lo aquejaban, es decir, la conexión necesaria entre el antecedente y la consecuencia.

Al respecto, no sobra poner de manifiesto que el expediente no cuenta con medios de prueba que permitan a esta colegiatura concluir, sin suponer, que aquel fatal desenlace, muerte, tuvo su origen directo en la conducta que se le reprochó al centro comercial demandado.

Sobre la manera en que se debe acreditar el nexo causal, la jurisprudencia afirma:

*“La verificación del nexo causal no ha sido nunca tarea fácil en derecho, como no lo puede ser si se tiene en cuenta que aún en el ámbito de la epistemología ha sido un tema de continuo desarrollo y revisión alrededor del cual se ha generado un debate de dimensiones propias: el problema de la causalidad [...] Para establecer ese nexo de causalidad es preciso acudir a las máximas de la experiencia, a los juicios de probabilidad y al buen sentido de la razonabilidad, pues solo éstos permiten aislar, a partir de una serie de regularidades previas, el hecho con relevancia jurídica que pueda ser considerado como la causa del daño generador de responsabilidad civil. **Sin embargo –ha sostenido esta Corte– ‘cuando de asuntos técnicos se trata, no es el sentido común o las reglas de la vida los criterios que exclusivamente deben orientar la labor de búsqueda de la causa jurídica adecuada, dado que no proporcionan elementos de juicio en vista del conocimiento especial que se necesita, por lo que a no dudarle cobra especial importancia la dilucidación técnica que brinde al proceso esos elementos propios de la ciencia –no conocidos por el común de las personas y de suyo sólo familiar en menor o mayor medida a aquéllos que la practican– y que a fin de cuentas dan, con carácter general las pautas que ha de tener en cuenta el juez para***

atribuir a un antecedente la categoría jurídica de causa. En otras palabras, un dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole, entre otras pruebas, podrán ilustrar al juez sobre las reglas técnicas que la ciencia de que se trate tenga decantadas en relación con la causa probable o cierta de la producción del daño que se investiga. Así, con base en la información suministrada, podrá el juez, ahora sí aplicando las reglas de la experiencia común y las propias de la ciencia, dilucidar con mayor margen de certeza si uno o varios antecedentes son causas o, como decían los escolásticos, meras condiciones que coadyuvan pero no ocasionan...' (Sentencia de Casación Civil N° 6878 de 26 de septiembre de 2002)". ¹⁴ (negrita fuera del texto original)

4. Por tanto, ante la ausencia de ese nexo causal como un presupuesto indispensable de la responsabilidad civil extracontractual que se invocó, las pretensiones no estaban llamadas a prosperar, situación que impedía reconocer el medio de exoneración de responsabilidad, intervención de un tercero, que promovió el convocado y la llamada en garantía, puesto que para llegar a ese análisis previamente deben estar estructurados todos los elementos de la responsabilidad civil extracontractual.

5. Así las cosas, ante la inviabilidad de los argumentos en que está soportada la alzada, se impone confirmar la sentencia fustigada e imponer la consecuente condena en costas a cargo de los recurrentes, propósito para el que la Magistrada Sustanciadora fija como agencias en derecho de esta instancia el equivalente a un (1) salario mínimo legal 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.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

¹⁴ CSJ. Sent. Cas Civ. de 13 de junio de 2014, expediente 0800131030092007-00103-01.

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia dictada por Trece Civil del Circuito de Bogotá el 24 de marzo de 2023, pero por las razones decantadas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR en costas de esta instancia a la recurrente. Líquidense por el *a quo* como lo dispone el artículo 366 del C.G.P., teniendo en cuenta la suma de \$1.160.000,00 como agencias en derecho, de acuerdo con lo expuesto en este fallo.

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: **b1327c2acfdbe7f16f8ed07dca08682f1f0481540646d1bb28ce9c844ab4e7cd**

Documento generado en 27/10/2023 10:32:05 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 QUINTA DE DECISIÓN CIVIL

ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

Magistrada Ponente

Bogotá D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

(Discutido y aprobado en Sala del 25 de octubre de 2023)

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, respecto de la sentencia proferida el Juzgado 1 Civil del Circuito Transitorio de esta capital, en el proceso reivindicatorio iniciado por el Departamento Administrativo Defensoría del Espacio Público contra Gabriel Vivas Gutiérrez y José Rafael Garzón Gutiérrez.

I.- ANTECEDENTES

1.- La demanda

1.1.- En demanda repartida al Juzgado 13 Civil del Circuito, la entidad actora en representación de Bogotá Distrito Capital, solicitó declarar que, es el titular del dominio del bien identificado con el folio de matrícula inmobiliaria 50S-302849 ubicado en la carrera 7C número 0-46 Barrio las

Cruces de esta urbe; en consecuencia, se condene a los demandados a restituirlo, además del pago de los frutos naturales y civiles que la demandante hubiere podido recibir con mediana inteligencia, previa su tasación.

1.2.- La *causa petendi*, se hizo consistir en los siguientes hechos:

Mediante sentencia proferida el 21 de octubre de 1980 por el Juzgado 15 Civil del Circuito de Bogotá dentro del proceso de sucesión de Carlos Secundino Navarro Menéndez, se adjudicó el inmueble referido al Distrito Especial de Bogotá hoy Bogotá D.C., decisión que una vez en firme fue registrada en el folio de matrícula inmobiliaria 50S-302849.

Advirtió la parte demandante que pese a que dentro del certificado de libertad y tradición la dirección registrada es la Cra. 7 A N. 46 (sic), dicha inconsistencia se superó con la identificación plena del bien conforme con la inspección judicial anexa y en la que se constató que la nomenclatura es la número 0-46 de la carrera 7 C.

Afirmó que el Distrito Capital es el propietario del predio objeto de reivindicación, el cual se encuentra incorporado en la contabilidad de bienes del Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público, siendo un activo fiscal que se encuentra en manos de los demandados Gabriel Vivas y/o José Rafael Garzón Gutiérrez quienes se han negado a restituirlo.

Finalmente aduce que, Bogotá D.C. Departamento Administrativo Defensoría del Espacio Público tiene dentro de sus funciones la de velar por el inventario de bienes del Distrito Capital.

2.- La defensa

Establecida la relación jurídica procesal, valga decirlo después de haberse declarado la nulidad por la causal 8 del artículo 140 del C.P.C. (vigente para esa época), se rehízo la actuación dando oportunidad procesal a los demandados quienes por conducto del mismo apoderado judicial, pero en diferente escrito se opusieron a las pretensiones, formulando un idéntico medio defensa denominado *“Falta de legitimación en la causa impetrada por no tener la posesión”* con fundamento en que los demandados han tenido la posesión de la casa lote, donde toda su familia ha vivido como señores y dueños de buena fe, en forma tranquila, pacífica e ininterrumpida por más de 50 años, generación por generación.

A su vez, el señor Gabriel Vivas Gutiérrez añadió a su defensa la excepción que tituló *“Prescripción y caducidad de la acción instaurada”* basada en que se transgredió lo dispuesto por el artículo 90 del C.P.C., al transcurrir más de un año en haber instaurado y admitido la demanda, sin que se hubiera notificado al demandado dentro de ese lapso.

En su oportunidad, la demandante replicó, en resumen, explicó que siendo el bien objeto del litigio de uso público por pertenecer a una entidad estatal, el mismo se torna imprescriptible, por lo que no es aplicable sobre aquel la prescripción adquisitiva de dominio.

3.- La sentencia de instancia

El Juzgado 1 Civil del Circuito Transitorio de Bogotá profirió sentencia escrita el 27 de febrero de 2020 que concedió las pretensiones reclamadas, tras indicar, en suma que la parte demandada tan sólo cuestionó el derecho de la demandante, pero no alegó la prescripción adquisitiva; por lo que, el

problema jurídico consistía en determinar si se cumplían los presupuestos de éxito de la acción reivindicatoria.

Concluyó, entonces, del análisis probatorio acopiado a la demanda, que uno a uno se daban los requisitos de la pretensión principal, sin que tuviera la misma suerte la condena al pago de indemnización, al no acreditarse la mala fe de los poseedores. En cuanto a los frutos, indicó que, pese a que estos pueden ser exigidos por la parte demandante, en el proceso mediante dictamen pericial se establecieron unas mejoras por valor igual a \$30.000.000, oo que al no ser reclamadas por la parte demandada, tendrían el efecto retributivo perseguido con el pago de frutos.

Además, estimó que siendo el Distrito de Bogotá el titular de la reivindicación y a su vez quien cobra una deuda de su bien, por valor de impuestos al poseedor, no sería justo obligar a la parte demandada a pagar además frutos, porque ello implicaría radicar en el sujeto pasivo de la acción una carga desproporcionada.

4.- El recurso de apelación

La decisión fue recurrida por el apoderado del extremo pasivo, quien oportunamente manifestó sus reparos contra la sentencia, así:

4.1.- Estimó que no se tuvo en cuenta por el juez de instancia el planteamiento oportuno que tituló “petición especial” considerado como último recurso, en caso de no prosperar las excepciones, para que se tuvieran en cuenta las mejoras efectuadas al inmueble, mismas que según su dicho quedaron probadas con el dictamen pericial practicado por la

auxiliar de la justicia designada¹, valoradas en \$30.000.000, experticia que quedó en firme al no ser controvertido u objetada por la contraparte.

4.2.- Alegó que la parte demandada ha tenido la posesión del predio desde al año de 1950 y la Alcaldía de Bogotá lo adquirió por sucesión, según sentencia del 21 de octubre de 1980 del Juzgado 15 Civil del Circuito, es decir que lo tienen con más de 30 años de anticipación a la adjudicación. Que si bien no se alegó o solicitó de manera explícita la prescripción adquisitiva, en la excepción denominada “falta de legitimidad en la causa impetrada por no tener la posesión” se hizo referencia a que la parte pasiva *“ha tenido la posesión del inmueble casa lote, donde toda su familia ha vivido como señores y dueños de buena fe, en forma tranquila, pacífica e ininterrumpida por más de 50 años, generación por generación como lo demuestran las pruebas documentales y testimoniales que a continuación enunciaré”*²

Finalmente reitera que, en el peor de los casos, le sean reconocidas las mejoras por valor de \$30.000.000.00.

II.- CONSIDERACIONES

1.- Presupuestos procesales

La demanda reúne los requisitos formales, no contiene una indebida acumulación de pretensiones y su trámite se sujetó al rito establecido en la codificación adjetiva, está demostrada la capacidad para ser parte y

¹ Folios 388 a 399 cuaderno principal.

² Folios 175, 238-239 y 489 todos que hacen referencia al argumento de la excepción dentro de las contestaciones dadas a la demanda dentro del cuaderno principal.

comparecer al proceso tanto de la parte activa como de la pasiva. Por consiguiente, no existe impedimento alguno para decidir de fondo.

2.- Análisis de los reparos motivo de la impugnación

Son dos los aspectos cuestionados por la recurrente y en atención a la regla prevista en el artículo 328 del C.G.P, a ellos se sujetará el estudio de la Sala. Estos son: i) la falta de estudio de la excepción que apunta a alegar una posesión del inmueble que supera en el tiempo la adjudicación que se hizo a la actora respecto del derecho de dominio y, ii) la petición especial en cuanto al reconocimiento de las mejoras probadas, esto, en el evento de que no se enerven las pretensiones de la demanda con la defensa propuesta.

2.1.- Preciso sea indicar que la acción reivindicatoria se halla definida por el artículo 946 del Código Civil como “la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla”. Así, para que sea declarado el triunfo dominical, de vieja data ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia que se deben configurar cuatro elementos esenciales a saber: “el derecho de dominio en cabeza del demandante; la posesión material en el demandado; la identidad de la cosa pretendida con la poseída con el opositor y que se trate de cosa singular o cuota determinada de cosa singular”.

En el presente asunto para el juzgado de conocimiento fue insuficiente el ataque de la demandada, bajo la tesis que sólo cuestionó el derecho de la actora sin proponer como excepción o demanda de reconvención la prescripción adquisitiva, circunstancia suficiente para abstraerse de cualquier análisis en torno a la defensa, remitiéndose a establecer la concurrencia de los presupuestos citados, los que fácilmente encontró probados en cabeza del Distrito.

Contra el anterior planteamiento, se reveló la pasiva en apelación, advirtiendo que pese a no haber titulado alguno de sus medios de defensa en la forma extrañada por el A quo, lo cierto es que dentro del debate se probó el tiempo durante el cual han detentado en posesión los demandados el inmueble, lapso que se remonta a más de 50 años, argumento que sí fue fundamento de una de las excepciones.

2.2.- En el caso *sub examine*, para el Tribunal no hay discusión alguna en torno a que Bogotá Distrito Capital, es la propietaria del bien objeto de la pretensión, supuesto fáctico que se extrae del certificado expedido por el registrador y en el que claramente en su anotación cuarta se registra la inscripción el 21 de agosto de 1983 de la sentencia proferida el 21 de octubre de 1980 por el Juzgado 15 Civil del Circuito de Bogotá, decisión en la que se adjudica por sucesión el bien para ese momento, al Distrito Especial de Bogotá³, prueba que conduce a demostrar la existencia de la decisión judicial por medio de la cual la petente adquirió el derecho de dominio y de la que es posible erigir el primer elemento de la acción intentada.

2.3.- En torno a los elementos posesión de los demandados y la identidad del bien poseído con el que comprende la acción de dominio reclamada, hay que decir que sobre su prueba en el proceso, obra confesión en la contestación de la demanda⁴, lo que resulta suficiente para dar como satisfechos tales requisitos, pues así lo dispuso la Corte Suprema de Justicia al afirmar que: “*cuando el demandado en acción de dominio, al contestar la demanda inicial del proceso, confiesa ser el poseedor del inmueble en litigio, esa confesión tiene virtualidad suficiente para demostrar*

³ Folios 2 a 3 C. 1

⁴ Folios 175 a 240 C.1

a la vez la posesión del demandado y la identidad del bien que es materia del pleito⁵”.

No obstante, fundamental es resaltar como ya se advirtió en la introducción de este estudio, que el embate de los demandados se centra en el ejercicio de una posesión, por ellos ejercida, superior a 50 años, es decir, anterior a la adquisición de la propiedad por el demandante, tiempo durante el cual, han profesado actos de señor y dueño sobre el inmueble de manera pública, pacífica e ininterrumpida, argumento que no será de recibo, por las siguientes razones:

i.- En sentencia C-530/96 la Corte Constitucional, afirmó que a partir del Decreto 2282 de 1989, los bienes fiscales comunes o estrictamente fiscales se convirtieron en imprescriptibles, al estudiar la constitucionalidad del artículo 1 numeral 210 del Decreto 2282 de 1989 que modificó el artículo 407 del Código de Procedimiento Civil, al respecto acotó “ (...) *la declaración de pertenencia es la afirmación que hace el juez en la sentencia, después de comprobar que se han cumplido los requisitos establecidos en la ley, de que alguien ha adquirido un bien por este modo. En este caso quien cree en su favor se ha cumplido la prescripción adquisitiva, demanda para que el juez haga la declaración de pertenencia en relación con los bienes de propiedad de las entidades de derecho público, tampoco procede oponer excepción de prescripción ante la demanda reivindicatoria de uno de tales bienes. ¿Por qué? Porque cuando prospera la excepción de prescripción adquisitiva, lo que el juez declara es, en el fondo, lo mismo: que el demandado ha adquirido el bien por usucapión. La diferencia consiste en que el primer caso (acción de pertenencia) la declaración se hace a favor del actor; en el segundo (proceso de*

⁵ G. J. CLXV, num. 2406, p.125.

reivindicación) del demandado. La verdad pues, es ésta: hoy día los bienes fiscales comunes o estrictamente fiscales son imprescriptibles.”

Esta tesis ya fue considerada por esta Sala en un caso de contornos similares⁶, en el que se estimó que, si no procedía la declaración de pertenencia en relación con los bienes de propiedad de las entidades de derecho público, tampoco procede oponer la excepción de prescripción ante la demanda reivindicatoria.

ii.- Ahora bien, es claro que las lacónicas expresiones de la contestación de la demanda, impiden estudiar como lo sugieren los apelantes, si la posesión apta para prescribir se inició y consumó antes de entrar en vigor el numeral 40 del artículo 413, hoy 407 del CPC, esto es el 1 de julio de 1971, pues la simple circunstancia que una persona funja como poseedora no provoca de suyo, el imperio de esta sobre el derecho de propiedad, porque para que ello ocurra es necesario que cumpla con las condiciones que manda la ley, aspectos que no se suplen en el presente caso, teniendo en cuenta que los propios demandados se contradicen en sus versiones de interrogatorio frente a qué personas ocuparon originalmente el inmueble. En el caso de José Rafael Garzón nació en el año de 1962, por lo que no puede alegar posesión alguna para el año de 1971 a su nombre y con las características que exige la ley. Por su parte, el demandante Gabriel Ángel Vivas aduce que fue su madre Bertha Gutiérrez y su compañero José Gustavo Garzón quienes llegaron a cuidar el inmueble desde el año de 1958, sin indicar en qué momento aquellos intervirtieron la forma en que lo ocupaban, pues, estarían reconociendo dominio ajeno en el causante Carlos Secundino Navarro, ni cómo le fue transferida la posesión a él; además, para el año 2013 cuando fue interrogado, adujo que su mamá se encontraba con vida, contaba con 90 años de edad y aún permanecía en el

⁶ Sentencia 5 de septiembre de 2018. M.P. Adriana Saavedra Lozada

predio, lo que evidencia que los demandados no eran exclusivos poseedores (fl.346 cuaderno 1). Tampoco es viable considerar que la vetustez de la construcción ubicada en el inmueble y la gallera, darían lugar a estimar que los demandados han poseído con anterioridad a 1970 y que el Distrito no ha ejercido su dominio porque no hay indicios de haber realizado obras o construcciones, pues, a las entidades de derecho público respecto de sus bienes, les es permitido –a contrario de los particulares (art. 58)- tener bienes improductivos durante un tiempo indefinido, al ser estos de naturaleza imprescriptible.

2.4.- En cuanto al reparo elevado por los recurrentes frente a la falta de reconocimiento por parte del A quo de unas mejoras realizadas en el predio que se encuentran acreditadas, la Sala advierte que éstas fueron denegadas porque no fueron *“reclamadas por la parte demandada en el traslado de la demanda, van a acrecentar el patrimonio de la demandante y por consiguiente tales mejoras tendrían el efecto retributivo perseguido, con el pago de los frutos”*.

Al respecto, es pertinente observar que ellas no fueron discriminadas en el libelo de la respuesta a la demanda y, por tanto, tampoco en el dictamen pericial realizado por la experta Pilar Cecilia Ballén Ariza en el que concluye *“las mejoras corresponden a un área construida en m2 de 33.10 y ascienden a \$30.000.000.00”*, sin precisar a cuáles obras corresponden, pues en la descripción de las construcciones, hace referencia a *“un lote de terreno con entrada en puerta de madera, casa de habitación en mal estado, que consta de dos habitaciones, paredes en mal estado, techo de bareque y tejas de zinc. Frente a la casa una taza de baño color blanco, con tanque y conexión de manguera plástica color azul”*, razón por la que, la Sala no acoge la experticia, ya que no se evidencia clara, precisa, ni exhaustiva; en tal virtud, se mantiene la decisión del A quo, lo que no constituye un enriquecimiento

injusto del demandante, pues, era carga de los demandados solicitar y acreditar las mejoras plantadas.

2.5.- Finalmente, es conveniente aclarar que el inmueble objeto de reivindicación por parte de los demandados, corresponde al registrado con la matrícula inmobiliaria 50S-302849, cuya actual nomenclatura lo ubica en la carrera 7C número 0-46 Sur de esta ciudad y, no como quedó descrito en el numeral primero de la sentencia apelada “Carrera 7 #0-46 S”.

Resueltos los reparos concretos formulados contra la decisión de primer grado, se confirmará la sentencia con la modificación realizada en el párrafo anterior, sin costas en esta instancia.

III.- DECISIÓN

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en su Sala Quinta de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida de manera escrita el 27 de febrero de 2020, por el Juzgado 1 Civil del Circuito Transitorio de esta ciudad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído. En consecuencia, se declara que pertenece al Distrito Capital de Bogotá representado por el Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público el inmueble ubicado en la carrera 7C número 0-46 Sur, identificado con el folio de matrícula inmobiliaria 50S-302849.

SEGUNDO: Sin condenas en costas.

TERCERO: Ejecutoriado, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

Magistrada

HENEY VELÁSQUEZ ORTÍZ

Magistrada

SANDRA CECILIA RODRÍGUEZ ESLAVA

Magistrada

Firmado Por:

Adriana Saavedra Lozada

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 001 Civil

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

Heney Velasquez Ortiz

Magistrada

Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá D.C.,

Sandra Cecilia Rodríguez Eslava
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: **bf62f4e5bad159b2cccd7bc8f41f045227fc3b90567dd026137cb7016c050696**

Documento generado en 26/10/2023 05:50:51 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
SALA CIVIL**

Magistrada Ponente
MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO VERBAL (RESPONSABILIDAD MÉDICA) DE LOS SEÑORES LUIS EVELIO HURTADO OSPINA, LUZ AMPARO ACOSTA BECERRA, MARÍA DEL CARMEN BECERRA DE ACOSTA, IVÁN RENE HURTADO ACOSTA y HAROLD ANDRÉS ARIAS ACOSTA contra MEDICAL S.A.S., WILLIAM JAMES ARISTIZABAL FERNÁNDEZ y LIBERTY SEGUROS S.A. -

Rad. 16 2021 00018 01

Sentencia escrita de conformidad con lo autorizado por el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, cuyo proyecto se discutió y aprobó en sesión de sala de 11 de octubre de 2023, según acta N° 38 de la misma fecha.

Se resuelve el recurso de apelación que interpuso el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia que profirió el Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Bogotá el 18 de julio del 2023.

I. ANTECEDENTES

1. Los señores Luis Evelio Hurtado Ospina, Luz Amparo Acosta Becerra, María del Carmen Becerra de Acosta, Iván Rene Hurtado Acosta Y Harold Andrés Arias Acosta, a través de apoderado judicial, promovieron proceso ordinario de responsabilidad civil médica extracontractual en contra de la Clínica Medical S.A.S. y el señor William James Aristizábal, para que se les declare patrimonialmente responsables por los perjuicios morales y materiales ocasionados con la muerte del señor Juan Diego Hurtado, hijo y hermano de los

convocantes.

Como pretensiones condenatorias pidieron **(i)** el pago de 1.940 SMLMV por concepto de “*daños inmateriales autónomos*”; **(ii)** la suma de \$728.862.109,59 por perjuicios materiales; **(iii)** \$720.552.109,59 por lucro cesante futuro; **(iv)** \$8.310.000 por daño emergente; y **(v)** que se condene a la indemnización integral, así como la indexación de los montos antes referidos, además de las costas del proceso.

2. Como sustento de lo pretendido adujeron, en resumen, que Juan Diego Hurtado Acosta nació el 21 de septiembre de 1990; que luego de obtener el título de Técnico Laboral Auxiliar en Administración laboró en varias instituciones del área de la salud, siendo su última vinculación en la Clínica demandada en el cargo de “*auxiliar de autorizaciones*” desde el 16 de diciembre de 2013 al 3 de julio de 2014.

Señalaron que el 10 de marzo de 2017 a las 22:37 horas, Juan Diego ingresó a la citada clínica con ocasión a un accidente de tránsito que le generó politraumatismos sin pérdida de conciencia; que días después de ser intervenido quirúrgicamente por la fractura de una de sus extremidades inferiores, “*cirugía de osteosíntesis de tibia con clavo endomedular*”, presentó picos febriles, taquicardia, desaturación, derrame pleural y “*hemotorax*”, y fue necesaria una nueva cirugía, toracotomía cerrada.

Comentaron que a pesar de la preparación para los procedimientos y la prescripción de medicamentos para manejo del postoperatorio, existió una falla en el servicio, puesto que no hubo registro del “*TRIAGE o atención inicial*” el día del accidente; y que si bien antes de las intervenciones la clínica efectuó toma de exámenes e imágenes diagnósticas no se especificó si se trataba de “*radiografías, tomografías u otro tipo de imágenes*”, actuaciones que desconocen el contenido de las Resoluciones 5596 de 2015 y 1995 de 1999.

Expresaron que luego de la última intervención y de obtener una evolución favorable, el 18 del mismo mes y año le otorgaron egreso con

“deambulaci3n con muletas”, y le prescribieron varios medicamentos como “acetaminof3n”, “naproxeno” y “omeprazol”, empero, no “anticoagulante”.

Que por lo anterior y otras fallas en la prestaci3n del servicio m3dico, como lo es que para la fecha de la ocurrencia de los hechos la Cl3nica no contaba con **i)** preparaci3n y administraci3n de medicamentos; **ii)** informaci3n y visita de pacientes; **iii)** informaci3n y evaluaci3n suministrada a familiares de los pacientes; **iv)** protocolo de autocuidado de pacientes; **v)** registro de capacitaci3n y/o socializaci3n de gu3as, protocolos de procedimiento y manuales; todas esas omisiones desencadenaron en el deceso del se1or Juan Diego Hurtado el d3a 4 de abril de 2017.

Lo anterior porque de acuerdo con la historia cl3nica se evidenci3 una ausencia de protocolos de referencia y contra referencia, deficiente suministro de medicamentos y falta en los principios de oportunidad y continuidad en la atenci3n m3dica, la necropsia concluy3 que: *“la causa de muerte se encuentra relacionada con una trombosis de los vasos mesent3ricos, espec3ficamente del territorio de la arteria mesent3rica superior, con la consecuente necrosis intestinal secundaria. El concurso del antecedente traumático del miembro inferior derecho, se determina como un amplio predisponente al proceso trombo embolico evidenciado, sin embargo, no se descarta otro tipo de traumatismo abdominal directo que pudo no acusar s3ntomas recientes”*.

Informaron que el 17 de septiembre de 2018 presentaron queja ante la Secretar3a Distrital de Salud, la que si bien no cuenta con fallo definitivo, el concepto t3cnico cient3fico concluy3 que *“...aunque el paciente fue sometido a proceso quir3rgico como lo es una osteos3ntesis, durante su estancia se indic3 en el contexto de la sospecha de un posible TEP, Una vez descartada y ante la evoluci3n cl3nica favorable no se indic3 continuidad de terapia ambulatoria con anticoagulante, ya que por no tratarse de un procedimiento mayor con limitaci3n a la movilizaci3n posterior a 3ste la mejor medida para evitar la trombosis es una deambulaci3n temprana como se indic3 en las recomendaciones m3dicas de ortopedia al egreso, y la cual se indic3 previo al egreso. Adem3s, el*

reposo prolongado no indicado en éste incrementa el riesgo de eventos trombóticos en las semanas siguientes a un proceso quirúrgico”.

3. La Clínica Medical S.A.S. se notificó personalmente¹ y en oposición a las pretensiones propuso las excepciones de mérito que denominó:

i) “Inexistencia de falla en el servicio médico por parte de Clínica Medical S.A.S.”, en la medida que tal apreciación no se puede inferir a partir de “*meros comentarios o apreciaciones subjetivas*”, sino que es necesario acudir a dos situaciones clínicas a partir de la patología del paciente, al momento de su ingreso y la causa de muerte, aspectos que no arrojan la presunta falla, pues la atención prestada fue la adecuada.

ii) “Inexistencia del nexo causal entre la atención médica de Clínica Medical y la causa de muerte establecida por el Instituto Nacional de Medicina Legal”, debido a que no existe evidencia de error en el diagnóstico médico, negligencia, imprudencia o impericia, ni una deficiente medicación que enseñe una indebida atención médica o falla en el servicio, como tampoco una sustentación científica o médica que soporte las pretensiones.

iii) “Inexistencia de acto administrativo sancionatorio dentro de la investigación preliminar adelantada contra Clínica Medical S.A.S. por parte de la Secretaría Distrital de Salud”, en razón a que no obra ningún registro que enseñe el incumplimiento de los “*Atributos de Calidad dentro del SOGCS*”, y tampoco se advierte de la historia clínica del señor Juan Diego Hurtado (q.e.p.d.); y que de ésta sí obran “*notas operatorias*”, así como un control “*postegreso (ambulatorio) por Cirugía General*”, registros para la realización de procedimientos y toma de exámenes e imágenes diagnósticas como “*Rx de columna dorsolumbar*” y “*angiotac de tórax*”, entre otros.

También resaltó que en virtud de los servicios que la clínica tiene habilitados normativamente, el paciente ingresó por “*Admisiones –*

¹ 022Notificacion

Hospitalización”, y no por el servicio de urgencias, por ende, no requirió el “*triage*” que refieren los hechos de la demanda.

iv) “Cobro de lo no debido”; es errado pretender que, a partir de la interpretación a la atención médica, los demandantes persigan que se declare la responsabilidad de la demandada, toda vez que la “*trombosis mesentérica*” que causó la muerte del señor Hurtado (q.e.p.d.), no es posible de relacionar con el “*tromboembolismo pulmonar*”.

4. El señor William James Aristizábal Fernández, por su parte, propuso las excepciones que denominó **i)** “*Inexistencia de la falla del servicio médico prestado por Clínica Medical S.A.S. en donde funge como gerente general*”; **ii)** “*Inexistencia del nexo causal entre la atención médica prestada por la Clínica Medical en donde funge como gerente general y la causa de muerte establecida por el Instituto Nacional de Medicina Legal*”; **iii)** “*Inexistencia del nexo causal entre la muerte del señor Juan Diego Hurtado Acosta (q.e.p.d.) y el cumplimiento de los deberes como administrador de la sociedad Clínica Medical S.A.S.*”; **iv)** “*Inexistencia de responsabilidad por tratarse de actividades ajenas a los deberes del administrador de una sociedad*”; **v)** “*Inexistencia de acto administrativo sancionatorio dentro de la investigación preliminar adelantada contra la Clínica Medical S.A.S. por parte de la Secretaria Distrital de Salud*” y, **vi)** “*Cobro de lo no debido*”.

5. En tiempo, la clínica convocada presentó llamamiento en garantía respecto de Liberty Seguros S.A. a partir de la “*póliza de responsabilidad civil profesional médica clínica sector salud*”, quien oportunamente formuló las defensas que nominó: **i)** “*No se configuran los elementos de la responsabilidad respecto de la Clínica Medical & Proinfo S.A.S.*”; **ii)** “*la Clínica Medical & Proinfo S.A.S. desplegó los protocolos médicos adecuados al caso del paciente Juan Diego Hurtado Acosta (q.e.p.d.)*”; **iii)** “*Rompimiento del nexo causal*”; **iv)** “*Sobreestimación de los perjuicios extrapatrimoniales y patrimoniales*” y, **v)** “*Excepción genérica*”

6. Agotado el trámite de rigor, la jueza *a quo* culminó la instancia con decisión donde declaró probadas las excepciones denominadas

“inexistencia en la falla en el servicio médico” e “inexistencia del nexo causal entre la atención médica prestada y la causa de muerte establecida por el Instituto Nacional de Medicina Legal”, en consecuencia, denegó las pretensiones y condenó en costas a la parte demandante.

II. LA SENTENCIA APELADA

A vuelta de establecer el problema jurídico para instituir la responsabilidad de los demandados y la llamada en garantía respecto del perjuicio causado, como la relevancia de la historia clínica que contiene la atención brindada al paciente a partir del ingreso y hasta después de su salida, la jueza de conocimiento estimó que a partir del material probatorio acopiado al proceso, inclusive la necropsia, no se evidencia la negligencia que los demandantes le endilgan a los demandados.

Por el contrario, encontró que el tratamiento y cada una de las intervenciones se registró de manera clara y completa, como realización de exámenes, paraclínicos, citas del control, de donde se evidencia que la clínica ofreció sus servicios de forma continua, en especial, la atención a la *“tromboembolia pulmonar TEP”*.

Refirió que, de la lectura de la historia clínica y el plan de manejo ofrecido al causante, no es posible concluir que los galenos tratantes omitieron adelantar tratamientos, procedimientos y/o exámenes que hubieran determinado la necesidad de impartir un método distinto al consignado en el referido documento.

Reseñó que tampoco existe una actuación sancionatoria que señale una praxis médica deficiente, pues obra registro no solo de la evolución del paciente durante su hospitalización, sino de los procedimientos y tratamientos posteriores, como terapias, exámenes y dispensación de medicamentos; y que si bien el reporte de necropsia señaló que su deceso se debió a una *“trombosis de los vasos mesentéricos”* con la consecuente necrosis intestinal, los testigos versados en el área de la salud, en cada especialidad, aseguraron que se le impartió el tratamiento adecuado, conforme a la *lex artis*.

También reseñó que aun cuando el médico especialista en cirugía precisó la necesidad de suministrar anticoagulantes luego de intervenciones quirúrgicas y en el post operatorio, no lo es en todos los casos, sino en eventos de fractura de cadera, pelvis o en personas mayores de 60 años; y que no se acreditó la concurrencia de un perjuicio, de una culpa o de un nexo causal, sin que sea posible considerar que *“estableciéndose regímenes de responsabilidad estricta u objetiva que hagan abstracción de la culpa como criterio de atribución porque los profesionales de medicina se comprometen a desarrollar su actividad con la prudencia y diligencia debidas haciendo el mejor uso de sus conocimientos y habilidades...”*

III. REPAROS CONTRA LA SENTENCIA

Inconforme con la decisión, el abogado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, y dentro de los 3 días siguientes a la notificación del fallo en el mismo escrito que presentó los reparos, así:

i) Alegó que se presentó la pérdida automática de la competencia, y con ello la nulidad consagrada en el artículo 121 del Código General del Proceso, por que conforme al auto admisorio de 9 de marzo de 2021, el que se notificó pasados los 30 días de que trata el artículo 91 *ibidem*, el juzgado tenía hasta el 9 de marzo de 2022 para proferir sentencia, sin embargo, ello tuvo lugar el 18 de julio de 2023, es decir, fenecido el referido término.

ii) *“Indebida motivación de la sentencia”*, en la medida que la redacción y el contenido son incongruentes con los hechos, las pruebas y alegatos de conclusión, inclusive, con los escritos de contestación que presentó el extremo pasivo; que, además, la jueza a quo no fijó los hechos del litigio, las excepciones no fueron probadas ni *“correctamente”* resueltas; y que tampoco indicó los hechos probados que constituyeron la negación de las pretensiones de la demanda, lo que desconoce el contenido del artículo 281 del Código General del Proceso.

Que también la decisión está *“falsamente motivada”*, especialmente en lo que tiene que ver con la apreciación de las pruebas indiciarias, como el concepto técnico científico, el que no se desvirtuó ni tachó de falso, y con él se demuestra que la atención fue inoportuna, hubo fallas en la calidad del servicio y error de diagnóstico.

iii) Infirió que la jueza *a quo* incurrió en una vía de hecho de *“carácter fáctico”*, tras insistir en que las pruebas no se tacharon de falsas ni se desconocieron, por el contrario, demuestran los hechos que constituyen la responsabilidad endilgada a los convocados, como el concepto técnico y el *“pliego de cargos”* dentro del proceso que adelantó la Secretaría Distrital de Salud por los mismos acontecimientos en que se fundan las pretensiones de la demanda.

Que la sentencia tampoco estuvo motivada con relación a los testimonios practicados, habida cuenta que, de un lado, nada refirieron del concepto técnico, sino que favorecieron únicamente a la clínica demandada y, del otro, el rendido por la señora Luz Amparo Acosta, quien en su calidad de enfermera y, por experiencia, verificó el hecho en que incurrieron los galenos tratantes al omitir la terapia *“antitrombótica”*.

En conclusión, aseguró que a pesar de encontrarse probado, la jueza desconoció la evidente desatención de la patología del causante desde el día en que ingresó a la clínica hasta su deceso, en parte, porque no se registraron debidamente cada uno de los episodios que debieron ser parte de la historia clínica tal como lo consideró la Secretaría Distrital de Salud, pues lo que se discute no es la causa *“exacta o precisa de la muerte de Juan Diego Hurtado”*, sino la falla en el servicio.

iv) Sustentó que la falta de oportunidad de Juan Diego de recuperarse es el nexo con la falencia médica endilgada a los demandados y el posterior deceso, en especial, con la necesidad que, posterior a la cirugía, le hubieren revisado *“sus estados de coagulación post operatorios”*, con el fin de establecer una terapia anticoagulante, en razón a que si bien se descubrió a tiempo su patología la clínica continuó con una cadena de omisiones que se hallan probadas en el litigio, sin que sea

posible atribuírselas al causante *“por no haberse suministrado el mismo de manera autónoma el medicamento, o por haber dejado pasar el tiempo”*.

v) Arguyó que la jueza *a quo* omitió el principio de la *“carga de la prueba”*, habida cuenta que en virtud de su distribución conforme al artículo 167 del Código General del Proceso, le asistía a la demandada *“contraprobar”* por estar en condiciones más favorables, reiteró, en lo que refiere al concepto técnico científico que concluyó *“fallas en la calidad de atención en oportunidad, continuidad y diagnóstico”*.

IV. CONSIDERACIONES

1. Se encuentran presentes la capacidad de las partes para acudir al proceso, la demanda en forma y la competencia del juez para tramitar y decidir la instancia, se tiene 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 Sala se reclama.

Propósito para el que se tendrá en cuenta inicialmente lo establecido en el artículo 328 del Código General del Proceso, referido a que *“El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante”*, eso sí, sin desechar los pronunciamientos de oficio que le impone la ley, toda vez que *“la resolución del derecho reclamado por el solicitante, accediendo o negando, previamente al estudio de los mecanismos de defensa propuestos o a los reparos señalados por el recurrente por vía de apelación, no comporta la conculcación del principio de congruencia, por tratarse del cumplimiento del deber de administrar justicia de que está investido todo funcionario judicial, ya de primera instancia ora de segundo grado, en desarrollo del derecho a la tutela judicial efectiva.”*²

² CSJ. Cas Civ Sent SC3918-2021, Sep. 8 DE 2021 Exp. 033-2008 0010601 y SC5473-2021, Dic. 16 de 2021, Exp 001 2017 40845

2. Corresponde entonces a esta Corporación pronunciarse, primero, y según lo propone la censura, acerca de la pérdida automática de la competencia de que trata el artículo 121 del Código General del Proceso, y que según el apelante se presentó porque feneció el término con que se contaba para proferir sentencia, actuación reviste de invalidez y es preciso remitir el expediente al juzgado que sigue en turno, 17 Civil del Circuito de Bogotá.

Al respecto, se evoca que la citada norma fue declarada inexecutable por la corte Constitucional en sentencia C-443 de 2019 en cuanto a la expresión de pleno derecho, empero, se declaró executable condicionalmente su inciso 2º, en el sentido de que la pérdida de competencia del funcionario judicial correspondiente sólo ocurre previa solicitud de parte y tan pronto fenezca el término a que refiere la norma.

Por consiguiente, anticipa la Sala que no progresa tal planteamiento de nulidad, porque debió promoverse ante la jueza de primera instancia una vez se cumplió el término con que contaba para proferir sentencia, el no haber procedido así saneó cualquier irregularidad, por ello la que acá se invoca, a más de extemporánea resulta improcedente.

3. Definido lo anterior y para resolver los reparos que a la sentencia se le hicieron, se debe tener en cuenta que tratándose de la responsabilidad médica, contractual o extracontractual, compete al interesado, en línea de principio, probar el comportamiento culpable³ del galeno en la medida que éste en su ejercicio profesional en modo alguno asume compromisos distintos a los de desplegar todos los esfuerzos que se encuentren a su alcance con miras a tratar la dolencia de la que pueda ser objeto la salud de su paciente, es decir, su deber jurídico versa sobre

³ Al respecto, es pertinente aclarar que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, consideró que la responsabilidad por la actividad del galeno, a pesar de crear riesgos, no podía ser equiparada como una actividad peligrosa. En efecto, dicha Corporación indicó que “el acto médico y quirúrgico muchas veces comporta un riesgo, pero éste, al contrario de lo que sucede con la mayoría de las conductas que la jurisprudencia ha signado como actividades peligrosas en consideración al potencial riesgo que generan y al estado de indefensión en que se colocan los asociados, tiene fundamentos éticos, científicos y de solidaridad que lo justifican y lo proponen ontológica y razonablemente necesario para el bienestar del paciente, y si se quiere legalmente imperativo para quien ha sido capacitado como profesional de la medicina, no sólo por el principio de solidaridad social que como deber ciudadano impone el artículo 95 de la Constitución, sino particularmente, por las “implicaciones humanísticas que le son inherentes”, al ejercicio de la medicina (...)”. Cas. Civ. de 30 de enero de 2001, Exp.5507.

la prestación de una asistencia profesional tendiente a lograr la mejoría del enfermo, sin que con ello comporte una obligación de resultado.

Sobre este tema la jurisprudencia (C.S.J., SC-174 de 2002) ha precisado, que: *“...la responsabilidad civil de los médicos (contractual o extracontractual) está regida en la legislación patria por el criterio de la culpa probada, salvo cuando se asume una expresa obligación de sanación y ésta se incumple, cual sucede, por ejemplo, con las obligaciones llamadas de resultado; criterio reiterado en términos generales por la Sala en su fallo de 30 de enero de 2001 (Exp. N° 5507)”*.

Para mayor claridad, y con miras a establecer la carga probatoria en asuntos de esa índole, resulta importante tener en cuenta que a excepción de que el médico tratante se comprometa u obligue a una expresa “sanación”, la relación de asistencia en salud, también conforme al contenido del artículo 104 de la Ley 1438 de 2011⁴ genera una “obligación de medio” y no de resultado, por cuanto:

“(...) Así, tratándose de obligaciones de medio, es al demandante a quien le incumbe acreditar la negligencia o impericia del médico, mientras que en las de resultado, ese elemento subjetivo se presume.

Como tiene explicado la Corte, “(...) [s]i, entonces, el médico asume, acorde con el contrato de prestación de servicios celebrado, el deber jurídico de brindar al enfermo asistencia profesional tendiente a obtener su mejoría, y el resultado obtenido con su intervención es la agravación del estado de salud del paciente, que le causa un perjuicio específico, éste debe, con sujeción a ese acuerdo, demostrar, en línea de principio, el comportamiento culpable de aquél en cumplimiento de su obligación, bien sea por incurrir en error de diagnóstico o, en su caso, de tratamiento, lo mismo que probar la adecuada relación causal entre dicha culpa y el daño por él padecido, si es que pretende tener éxito en la reclamación de la indemnización correspondiente, cualquiera que sea el criterio que se tenga sobre la naturaleza jurídica de ese contrato, salvo el caso excepcional de la presunción de culpa que, con estricto apego al contenido del contrato, pueda darse, como sucede por ejemplo con la obligación profesional catalogable como de resultado”

En coherencia, para el demandado, el manejo de la prueba dirigida a exonerarse de responsabilidad médica, no es el mismo. En las obligaciones de medio, le basta demostrar debida diligencia y cuidado (artículo 1604-3 del Código Civil); y en las de resultado, al presumirse la culpa, le incumbe destruir el nexo causal entre la conducta imputada y el daño irrogado, mediante la presencia de un

⁴ Acto propio de los profesionales de la salud. Es el conjunto de acciones orientadas a la atención integral de salud, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas. El acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario. Esta relación de asistencia en salud genera una obligación de medio, basada en la competencia profesional. (se subraya)

elemento extraño, como la fuerza mayor o el caso fortuito, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero. (...)

La diferencia entre obligaciones de medio y de resultado, por tanto, sirve para facilitar y solucionar problemas relacionados con la culpa contractual médica y su prueba, sin perjuicio, claro está, de otras reglas de morigeración, cual ocurre en los casos de una evidente dificultad probatoria para el paciente o sus familiares, todo según las circunstancias en causa, introducidas ahora por el artículo 167 del Código General del Proceso.”⁵

En tanto que las instituciones de salud se obligan a poner a disposición del paciente no solo el personal idóneo, sino además, a suministrar materiales y productos exentos de vicios, es decir, tiene una obligación de seguridad que conlleva a que eventualmente también deban responder en forma solidaria por las culpas en que incurra el personal, que para el desarrollo de su actividad utilice, en razón a que como de antaño lo ha considerado la Corte Suprema de Justicia “*las normas sobre responsabilidad médica se aplican a las Clínicas*”⁶

De acuerdo con las anteriores premisas normativas y jurisprudenciales, y con el propósito de comenzar a zanjar parte de las censuras formuladas, el Tribunal advierte que, contrario a lo que sostuvo el apelante, los demandantes son quienes tienen la carga de la prueba respecto de los presupuestos de la responsabilidad que invocaron y, en tal sentido, tenían que probar los hechos en que soportaron sus pretensiones, esto es, demostrar que los galenos tratantes, el equipo médico y la clínica no actuaron con la suficiente diligencia y cuidado que les asiste como profesionales del área de la salud.

Lo anterior, porque a diferencia de lo que sucede cuando se demanda al Estado, entre particulares la culpa debe demostrarse pues no por estar la clínica demandada “*en condiciones más favorables*”, tiene que “*contraprobarlos*”. Además, si bien conforme al artículo 167 del C.G.P. el juez puede de oficio o a petición de parte distribuir la carga de la prueba, el momento para ello lo es antes de fallar y ningún efecto conlleva si no se hace uso de tal facultad, porque la carga sigue siendo para las partes en la forma que indica la misma normatividad. En este asunto el demandante no pidió al momento de decretar las pruebas o en su práctica

⁵ C.S.J. Cas. Civ. SC7110-2017 Rad.12-2006-00234-01 24 de agosto de 2017.

⁶ C.S.J. Cas. Civ. Sent Oct.14/59 Gaceta XCI 764

se distribuyera tal carga, razón por la cual su inconformidad al respecto en esta instancia, resulta desafortunada.

3.1 De las consecuencias que se derivan del citado artículo 167, así como del principio de la valoración de las pruebas previsto en el artículo 176 del C.G.P. nace el deber que le asiste al juez de conocimiento de apreciar las pruebas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades dispuestas en la ley sustancial, y de exponer razonadamente el mérito que le asigna a cada una, porque: *“...según el sistema de la sana crítica adoptado expresamente por el estatuto procesal civil patrio, en la valoración de los medios probatorios incorporados al proceso para tales efectos, el juzgador goza de una razonable o discreta autonomía, y por tal razón, tan solo podrá cuestionarse esta labor hermenéutica cuando, en forma evidente, aparezca un notorio y trascendente desacierto pues se encuentra cobijado por una presunción de certeza y acierto...”*⁷.

4. Ahora, incurra la Sala en el análisis propuesto en los reparos relacionados con la falta de fijación del litigio, indebida valoración del acervo probatorio y con el convencimiento, según el apelante, que ello conllevó a una *“falsa motivación”* de la sentencia, en especial, en lo que refiere al concepto técnico y la formulación de pliegos de cargos efectuados por la Secretaría Distrital de Salud y los testimonios, pronto advierte que no le asiste razón en esas afirmaciones.

Lo anterior, de un lado, porque los yerros omisiones o cualquier irregularidad acontecida en la primera instancia, es allí donde se debe poner de manifiesto, de ahí que lo que habilita al interesado para apelar la sentencia son los reparos que a esa providencia le haga, tal momento procesal no sirve para cuestionar el trámite procesal inicial.

Asimismo, tampoco hay razón para afirmar que la funcionaria de primera instancia realizó una indebida valoración de las pruebas y menos que la sentencia se encuentra falsamente motivada; por el contrario, el Tribunal lo que ve es que la sentencia se fincó en la valoración conjunta

⁷ CSJ Cas civil Sentencia del 21 de febrero de 2001 Exp. 5882, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

de las pruebas legal y oportunamente aportadas a la tramitación, tal como lo ordena el canon 176 del C.G.P.

Al respecto, ha de verse que en el plenario obran y se practicaron, entre otras, las siguientes pruebas:

4.1. Hoja de admisión del paciente de donde se lee que el señor Juan Diego Hurtado Acosta ingresó a la clínica demandada el 10 de marzo de 2017 a las 22:37 horas a la “Unidad de Cuidados Intermedios” por “*politraumatismo por accidente de tránsito*” en calidad de conductor de motocicleta; que pertenece al “*régimen contributivo*” como “*beneficiario*” y que las entidades responsables son “*Suramericana de Seguros*” y “*Cafesalud EPS*”⁸.

4.2. Registro Asistencial de Atención y/o Traslado⁹, donde se consignó “1. *Trauma lumbar*. 2. *Trauma en miembro inferior derecho a descartar fractura*”.

4.3. Historia clínica del paciente¹⁰ con los registros desde su ingreso el “10/03/2017” y la evolución médica hasta la fecha de su egreso “18/03/2017”; informes quirúrgicos; evoluciones de terapias respiratoria y física; detalle de medicamentos; órdenes de insumos, de imágenes diagnósticas y de laboratorio clínico. En las anotaciones y registros que resultan relevantes para este asunto, entre otras, se tienen:

“Fecha y Hora: 10/03/2017...

MOTIVO DE CONSULTA: *paciente masc de 26 años de edad , quien presenta accidente de tránsito en calidad de conductor ; presentando trauma a nivel de columna dorsolumbar(sic.), traumatismo en pierna derecha; pequeña herida en tercio medio de pierna derecha de 1 cmt aprox ; no se evidencia deformidad ; si aumento de volumern(sic.); neurovascular conservados no perdida del conocimiento ; no traumas en tórax ni abdomen; se encuentra alerta consciente orientado ; glasgow 15 pts*”

“Fecha y Hora: 11/03/2017 02:42...

TRATAMIENTO: *Analgesia Antibioticoterapia*

PLAN: *Paciente con fx abierta grado I de tibia derecha requiere de manejo quirúrgico osteosíntesis de tibia con calvo(sic.) endomedular. se solicita autorización. lavado de herida con 1000 cc de solución estéril, inmovilización con férula suriopedica se programará una vez complete ayuno a hrs 8 am. Valoración pre quirúrgica por anestesiología.*”

⁸ Fl.15 pdf065RtaSecretariaSalud “Hoja de admisión del paciente”

⁹ Fl.17 pdf065RtaSecretariaSalud “Historia clínica de atención y/o traslado”

¹⁰ Pdf023HistoriaClinicaJuanDiegoHurtado

"Fecha y Hora: 11/03/2017 06:46...

ANALISIS: Ingresa a piso paciente proveniente de UCIM bajo dx: fx abierta GI tibia der más cabeza peroneal s/ adecuado control del dolor, no asociaciones sintomáticas. o/ beg, alerta, orientado, amnesia del episodio traumático, estable hemodinamicamente, mucosa oral húmeda, tórax sin SDR; rscs rítmicos, rsrs mv conservado en acp, abdomen sin dolor. mid: portador de férula, vendas secas, adecuada perfusión distal.

PLAN: Se considera estabilidad clínica, no sospecha de complicaciones, Plan programación quirúrgica. quedo atento a evolución." (se subraya)

"Fecha y Hora: 12/03/2017 10:22...

ANALISIS: ortopedia, paciente en 2do dia pop osteosíntesis de tibia(sic.) izq, por fractura abierta grado II de tibia ha presentado desaturación, dolor controlado(sic.), fc110x/min fr20x/min sat 86%, en mi izquierdo con herida sin sinus(sic.) de infección no déficit neurovascular(sic.) distal rx pop adecuada reducción y fijación

TRATAMIENTO: Analgesia Antibioticoterapia

PLAN: paciente con desaturación taquicardia ss gases arteriales, rx de tórax valoración por medicina interna descartar sd embolismo vs tep, control de signos vitales cada hora avisar cambios, profilaxis antitrombótica, analgesia(sic.)" (se subraya)

"Fecha y Hora: 13/03/2017 10:57...

ANALISIS: paciente de 26 años con dx 1. pop osteosíntesis de fractura abierta grado II de la tibia derecha diafisaria desplazada, (11/03/17) 2. pop lavado + desbridamiento de lesión tejidos blandos herida de 2cm en cara anteromedial tercio medio 3. sospecha de tep score wells 6 probabilidad intermedias: paciente refiere sentirse bien, niega dificultad respiratoria, no tos, no emesis, no urinarios, refiere dolor dorsal derecho desde el ingreso por trauma, niega nuevos episodios febriles, niega escalofríos, no sudoración niega otros. encuentro paciente en cama, tranquilo, sin dificultad respiratoria, sin sirs activo, con soporte de oxígeno cánula nasa a 2 litros por minutos con adecuada saturación, sin alteración de patrón respiratorio, escleras anictéricas conjuntivas pálidas mucosa oral húmeda, cuello móvil sin rigidez nuchal, cardiopulmonar sin sobreagregados, mv disminuido globalmente, no retracciones, ruidos cardíacos rítmicos de baja intensidad(sic.) abdomen blando sin irritación peritoneal, sin defensa abdominal ext móviles, pierna derecha con vendaje cubierto con apósitos limpios no se descubre, llenado 2 seg, sin edemas periféricos, snc alerta, sin focalización

PARACLINICOS: rayx radiografía de tórax (ap pa o lateral) mgy 0.003 la silueta cardíaca es de tamaño y configuración normales. el mediastino no presenta alteraciones. no hay lesiones en el parénquima pulmonar. no hay signos de derrame pleural.

PLAN: paciente con diagnósticos establecidos, en el momento hemodinamicamente(sic.) estable sin signos de respuesta sistémica, no abdomen agudo, ni déficit neurovascular aparente, en el momento quien presento episodio desaturación de oxígeno hasta 82%, taquicárdico, por lo cual se considera toma de gasimetría arterial, angiotac de tórax, revaloración con resultados, se explica a paciente conducta a realizar refiere entender y aceptar, atentos a evolución cambios y/o sugerencias" (se subraya)

"Fecha y Hora: 15/03/2017 10:24...

ANALISIS: paciente con dx de pop de osteosíntesis de fractura de tibia quien refiere malestar después del baño, palidez, sudoración fc 114 saturación de 75% con oxígeno mejoría progresiva, sin déficit neurovascular distal

TRATAMIENTO: Analgesia

PLAN: se espera reporte del angiotac, mientras tanto anticoagulación plena, sedación, incentivo respiratorio, oxígeno"

Fecha y Hora: 15/03/2017 12:15...

ANALISIS: cirugía general. respuesta a interconsulta paciente interconsultado por sospecha de trauma de tórax el paciente ha estado desaturado en los últimos días,. tiene confirmado fractura de tibia ya manejada por ortopedia le hacen tac de tórax y observo derrame pleural derecho compatible con hemotorax e importante contusión pulmonar derecha en el lado izquierdo el derrame pleural izquierdo es mínimo no drenaje

PLAN: se hace orden de toracostomia cerrada derecha se hace boleta se le explica al paciente”

“Fecha y Hora: 15/03/2017 22:09...

ANALISIS: nota operatoria

dx preoperatorio: hemotorax derecho traumático dx pop: igual + neumotorax derecho procedimiento: toracostomia cerrada derecha cirujano. dr velandia anestesia local instrumentadora: Diana Vargas

PLAN: hallazgos. salida de aire al paso del tubo de tórax derecho. dejar tubo a succión rx de control en 12 hrs”

“INFORME QUIRURGICO 15/03/2017...

Procedimiento 1. TORACOSTOMIA PARA DRENAJE CERRADO (TUBO DE TÓRAX) SOD

No complicaciones

DESCRIPCIÓN QUIRURGICA OPERATORIA Y PROCEDIMIENTOS: Asepsia, antisepsia, anestésico y bloqueo local, incisión a nivel del 5 espacio intercostal con línea axilar media derecha por planos gasta cavidad pleural, se procede a disecar digitalmente se pasa tubo de tórax n 30. se conecta a pleuro vac con hallazgos anotados, se fija tubo a piel con vicryl 1 -0 se deja parcha de curación debe quedar tubo a succión.”

PARACLINICOS: ANGIOTAC DE TORAX Lote: D336A4 mGy 35 Se realiza adquisición continua en modalidad dinámica desde la entrada del tórax hasta los recesos costofrénicos posteriores, durante la administración de material de contraste no ionico endovenoso y obteniendo fase arterial pulmonar del mismo con reconstrucciones en ventanas de parénquima pulmonar y mediastino y reconstrucciones con técnicas de MIP y reconstrucciones multiplanares. El corazón y sus diferentes cámaras tienen tamaño, morfología y localización normal Aorta de calibre y recorrido usual sin dilatación aneurismatica ni disecciones El cono y la arteria pulmonar principales y segmentarias visibles tienen calibre, permeabilidad y opacificacion normal sin defectos de llenamiento que indiquen la presencia de trombos actuales Perdida de la aireacion con infiltrado de ocupacion alveolar a nivel de segmento medial del lóbulo medio y los segmentos basal medial y basal posterior del lóbulo inferior derecho y del segmento basal medial del lóbulo inferior izquierdo. Derrame pleural escaso izquierdo y derrame pleural derecho que se extiende desde los recesos costofrenicos hasta la región apical No hay masas nódulos ni lesiones cavitarias intra parenquimatosas Estructuras óseas de densidad y morfología normal.”

“Fecha y Hora: 16/03/2017 11:28...

ANALISIS: paciente de 26 años con dx 1. pop toracostomia derecha a drenaje cerrado 2. pop osteosintesis de fractura abierta grado ii de la tibia derecha diafisaria desplazada, (11/03/17) 2. pop lavado + desbridamiento de lesión tejidos blandos herida de 2cm en cara anteromedial tercio medio 3. sospecha de tep score wells 6 probabilidad intermedia: paciente refiere sentirse bien, niega dificultad respiratoria, no tos, no emesis, no urinarios,, niega nuevos episodios febriles, niega escalofríos, no sudoración niega otros. encuentro paciente en cama, tranquilo, sin dificultad respiratoria, sin sirs activo, con soporte de oxigeno canula nasa a 2 litros por minutos con adecuada saturación, sin alteración de patrón respiratorio, escleras anictericas conjuntivas palidas mucosa oral húmeda, cuello móvil sin rigidez nual, cardiopulmonar sin sobreagregados, storacostomia normoinserto, no drenaje por pared, escaso drenaje serohemático, oscilacion presente no enfisema subcutáneo abdomen

blando sin irritación peritoneal, sin defensa abdominal ext móviles, pierna derecha con vendaje cubierto con apósitos limpios no se descubre, llenado 2 seg, sin edemas periféricos, snc alerta, sin focalización.

PARACLINICOS: ANGIOTAC DE TORAX Lote: D336A4 mGy 35 Se realiza adquisición continua en modalidad dinámica desde la entrada del tórax hasta los recesos costofrénicos posteriores, durante la administración de material de contraste no ionico endovenoso y obteniendo fase arterial pulmonar del mismo con reconstrucciones en ventanas de parénquima pulmonar y mediastino y reconstrucciones con técnicas de MIP y reconstrucciones multiplanares. El corazón y sus diferentes cámaras tienen tamaño, morfología y localización normal Aorta de calibre y recorrido usual sin dilatación aneurismatica ni disecciones El cono y la arteria pulmonar principales y segmentarias visibles tienen calibre, permeabilidad y opacificacion normal sin defectos de llenamiento que indiquen la presencia de trombos actuales Perdida de la aireacion con infiltrado de ocupacion alveolar a nivel de segmento medial del lóbulo medio y los segmentos basal medial y basal posterior del lóbulo inferior derecho y del segmento basal medial del lóbulo inferior izquierdo. Derrame pleural escaso izquierdo y derrame pleural derecho que se extiende desde los recesos costofrenicos hasta la región apical No hay masas nódulos ni lesiones cavitarias intra parenquimatosas Estructuras óseas de densidad y morfología normal.”

“Fecha y Hora: 18/03/2017 11:28...

ANALISIS: paciente de 26 años pop toracostomia a drenaje cerrado derecho // neumotorax traumático. adecuadas condiciones generales. alerta, afebril. fc 68 fr 14. tórax estable, sin enfisema, tubo con fijación adecuada, drenaje 40 cc seroso, sin fuga aérea. mid inmovilizado. rx tórax con expansión pulmonar derecha adecuada, ángulo costofrenico libre, tubo posicionado. paciente con evolución adecuada sin dificultad respiratoria con indicación de retiro de tubo de tórax, procedimiento que se realiza sin complicaciones, se deja apósito compresivo.

PLAN: salida por cirugía general -- analgesia oral -- incentivo respiratorio por 2 semanas mas -- retirar apósito en 5 días -- signos de alarma.”

“Fecha y Hora: 31/03/2017 11:24...

IDX: z988-otros estados postquirurgicos especificados

ANALISIS: Cirugía general pte masculino 26 años pop tdc der x hemoneumotorax traumático adecuada evolución sin dolor torácico sin disnea ef: fc: 78 fr: 18 aferil c/c: normal c/p: rscsrs sin soplos rsrs normales herida qx adecuado estado cicatrizada abd: rsis+ blando depresile no dolor a la palpacio(sic.)

PLAN: adecuada evolución por qx general se da alta. recomendaciones signos de alarma.”

“DETALLE DE MEDICAMENTOS 14/03/2017...

HEPARINA DE BAJO PESO MOLECULAR 40 MG/0.4 ML JERINGA PRELLENA 40MG Cada 24 horas...”

“DETALLE DE MEDICAMENTOS 15/03/2017...

HEPARINA DE BAJO PESO MOLECULAR 40 MG/0.4 ML JERINGA PRELLENA 40MG Cada 24 horas...”

“DETALLE DE MEDICAMENTOS 16/03/2017...

HEPARINA DE BAJO PESO MOLECULAR 40 MG/0.4 ML JERINGA PRELLENA 40MG Cada 24 horas...”

“DETALLE DE MEDICAMENTOS 17/03/2017...

HEPARINA DE BAJO PESO MOLECULAR 40 MG/0.4 ML JERINGA PRELLENA 40MG Cada 24 horas...”

*“DETALLE DE MEDICAMENTOS 18/03/2017...
HEPARINA DE BAJO PESO MOLECULAR 40 MG/0.4 ML JERINGA PRELLENA
40MG Cada 24 horas...”*

Como se evidencia de lo citado, y contrario a lo manifestado por el apoderado recurrente, en la historia clínica están los reportes que enseñan la atención que en vida se prestó al señor Juan Diego (q.e.p.d.), así como los tratamientos, dispensación de medicamentos, terapias y planes de manejo luego de las dos intervenciones realizadas, en especial, la *“toracostomia para drenaje cerrado”*, e inclusive, la posterior práctica de un nuevo *“ANGIOTAC”* que arrojó una evolución favorable del estado del paciente y la ausencia de trombos, lo que permitió considerar la salida o el *“alta”* al paciente el 18 de marzo de 2017.

Ahora, si bien le asiste razón al recurrente cuando manifiesta que en la historia clínica no quedó registrado el *“triage”* o si el paciente entró por urgencias, lo cierto es que tal situación no demuestra *per se* una falla en el servicio o una inadecuada atención, habida cuenta que el objetivo de tal servicio es la atención inmediata y efectiva, la que se brindó en este caso de acuerdo con lo consignado en la hoja de admisión, pues ingresó el 10 de marzo de 2017 a las 22:37 horas a la *“Unidad de Cuidados Intermedios”* y el mismo día se registró la primera anotación en la historia clínica.

4.4. Respecto de la queja que el apoderado de los aquí demandantes presentó ante la Secretaría Distrital de Salud y luego de iniciar la investigación preliminar N°69359/2018 en contra de la Clínica Medical S.A.S., en el mes de octubre de 2019, la citada entidad emitió el concepto técnico donde consideró que:

“Una vez revisada la queja y la documentación que reposa en el expediente con Radicación 69359/2018 relacionado con el paciente JUAN DIEGO HURTADO (Q.E.P.D.), quien fue atendida(sic.) en CLINICA MEDICAL S.A.S. (PROINFO) y de acuerdo con lo expresado en el Análisis de la información, se puede conceptuar que en la atención en Salud brindada no se garantizó la característica de la calidad, oportunidad y/o continuidad, por lo que se considera que hubo presuntas fallas institucionales y/o profesionales. Adicionalmente se considera que presuntamente se incumplió la Resolución 5596 del 2015, Resolución 1995 de 1999, así como la normatividad del Sistema Único de Habilitación Resolución 2003 de 2014, principalmente en lo relacionado con el estándar de Historia Clínica y Registros.

La institución envió documentación que no corresponde o no estaban vigentes a la fecha de los hechos, lo que se puede considerar como posible incumplimiento en la Normatividad del Sistema Único de Habilitación Resolución 2003 del 2014, principalmente en lo relacionado con procesos prioritarios, por lo que se considera que hubo presuntas fallas institucionales y/o profesionales.” (se subraya)

También en el documento que contiene la formulación de pliegos de cargos dentro del mismo asunto de carácter administrativo, calendado el 9 de septiembre de 2020¹¹, la Secretaría de Salud resolvió: *“CARGO PRIMERO: Se presume infracción al artículo 2.5.2.1. Características del SOGCS, numeral 2° Oportunidad y 5° Continuidad del Decreto 780 de 2016; por cuanto según las pruebas obrantes en el expediente administrativo, esto es, el Concepto Técnico Científico de la Dirección de Desarrollo de Servicios de Salud de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá (folios 20 al 27), se evidenció que el prestados de servicios de salud estaba incurriendo en presuntos incumplimientos a la norma del sistema..., referidas a la presunta falta de continuidad en la terapia ambulatoria con anticoagulante y a la presunta ausencia de indicación de reposo prolongado.” (se subraya)*

Sin embargo, también obra Resolución N°0221 de 19 de enero de 2021 expedida por la misma entidad *“por la cual se procede a decretar la caducidad por pérdida de la facultad sancionatoria, dentro de la investigación administrativa N°45802020, adelantada en contra del Prestados de Servicios de Salud denominado Clínica Medical S.A.S.”*, debido a que la determinación que decidía la investigación se debió proferir antes del 16 de agosto de 2020, conforme lo prevé el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011.

4.5 En relación con las últimas tres pruebas documentales, de las que repara el apelante por la falta de su valoración, se tiene que la actuación administrativa finalmente declaró la caducidad, luego no corresponde a una determinación sancionatoria en firme, de las que se pudiese deducir con certeza *“que en la atención en Salud brindada no se garantizó la característica de la calidad, oportunidad y/o continuidad”*, debido a fallas concretas y determinadas, nótese que dicho informe lo que refiere es

¹¹ Fl.43 a 55 pdf065RtaSecretariaSalud

que “hubo **presuntas** fallas institucionales y/o profesionales”; y bajo una presunción, que es lo que contiene ese documento, no se puede edificar la responsabilidad que acá se reclama.

4.6. El documento de necropsia¹² efectuada el 5 de abril de 2017 al cuerpo sin vida del señor Juan Diego Hurtado fallecido el 4 del mismo mes y año que arrojó: *“se recibe un cuerpo de sexo masculino, bajo cadena de custodia embalado y rotulado en bolsa plástica blanca, en la morgue del Hospital San Rafael de Facatativá, evidenciándose heridas quirúrgicas en hemitórax anterior derecho y a nivel del miembro inferior derecho, al examen interno fueron evidentes, marcada congestión visceral con presencia de necrosis de aproximadamente 80 cms del yeyuno / ileon integrando los datos aportados por el acta de inspección, se puede abstraer que la causa de muerte se encuentra relacionada con una trombosis de los vasos mesentéricos, específicamente del territorio de la arteria mesentérica superior, con la consecuente necrosis intestinal secundaria. El concurso del antecedente traumático del miembro inferior derecho, se determina como un amplio predisponente al proceso trombo embólico evidenciado, sin embargo, no se descarta otro tipo de traumatismo abdominal directo que pudo no acusar síntomas recientes.”*.

La referida necropsia no es conclusiva de que el antecedente traumático del miembro inferior derecho hubiese sido el motivo de la trombosis de los vasos mesentéricos, que fue la causa del deceso de Juan Diego, puesto que si bien allí se afirma que se “*determina como un amplio predisponente al trombo embólico evidenciado*”, enseguida se anota “sin embargo, no se descarta otro tipo de traumatismo abdominal directo que pudo no acusar síntomas recientes.”

4.7. Testimonio del doctor Oscar Gavidia Bernal¹³, médico internista, quien valoró al señor Juan Diego durante su hospitalización por presentar dificultad para respirar o “disnea”. En el decurso de la diligencia corroboró que al paciente se le realizó un angiotac de tórax para descartar que “no hubiera desarrollado un trombo durante su hospitalización pulmonar que lo estuviera llevando a la dificultad

¹² Fl. 74 a 78 pdf065RtaSecretariaSalud

¹³ 22:18 075GrabaciónAudienciaJuzgamiento14Junio2023

respiratoria, el cual esta reportado como negativo para tromboembolismo pulmonar...”, pero también refirió que tenía líquido en el “espacio pleural”, afección que aseguró no significa “líquido en los pulmones”; y que luego del segundo procedimiento quirúrgico, y después de 3 días, se retiró el “tubo de tórax” frente a la mejoría que el paciente presentó, en la medida que superó los síntomas y la fatiga.

Frente a la dispensación de anticoagulante aseguró que todo paciente en situación de inmovilización o traumatismo se les debe suministrar anticoagulantes en dosis adecuadas *“para prevenir la aparición de trombos”* durante la hospitalización, pues una vez fuera *“la causa para no tener movilización de alguna manera se corrige y el paciente con la movilización normal en su domicilio... ya no sería necesario tener una profilaxis antitrombotica,...”*

Dijo que para ordenar que un paciente deba estar anticoagulado en casa, es necesario que existan ciertas circunstancias, como que se trate de cirugía de cadera o pelvis, pacientes con cáncer, mayores de 60 años, mujeres embarazadas, o que exista certeza absoluta de un evento trombótico, sin embargo, tal evento estaba descartado con el señor Juan Diego Hurtado de acuerdo con los exámenes realizados.

También para explicar el funcionamiento del sistema circulatorio en los seres humanos, el testigo manifestó que la *“la mayoría de las trombosis producidas por eventos traumáticos, por inmovilización, son de tipo venoso”*. De forma gráfica, en la audiencia donde se practicó el testimonio, explicó:

“Esto que los yo les acabo de pintar de una manera muy mal pintada es el corazón. Ustedes ven, aquí hay una cosa que se llama la aurícula, la Aurícula, esto es izquierdo y esto es derecho, de nuestro corazón izquierdo, del ventrículo izquierdo sale a través de una arteria que se llama la aorta, toda la sangre para el cuerpo, absolutamente toda la sangre y eso incluye para su momento, lo entenderán, la arteria mesentérica.

La arteria mesentérica es la arteria que irriga el intestino, si. Entonces ahí está para los riñones, para para absolutamente todo, como les dije, una vez llegamos a los pies a suponer que estos son los pies, la sangre se va a empezar a devolver a través de 2 venas que se llaman cavas y va a llegar al corazón derecho, aquí va a pasar, estos son los pulmones, la sangre va al pulmón, toma el oxígeno y se va a devolver al corazón, nuevamente a hacer su circuito normal.

Si ustedes se fijan, la sangre venosa, nunca pasa hacia acá ni hacia acá. Existen enfermedades desde el nacimiento que o, más bien que uno puede nacer con orificios pulmonares que permitirían ese traspaso y ya ahorita entenderán porque estoy haciendo esa explicación, pero normalmente eso no es así.

Y parte, digamos que dentro de la importancia de la autopsia era mirar cómo era el corazón para evaluar que no fuese a tener ninguna alteración anatómica que permitiese que en su momento el paciente hubiese tenido un trombo en las piernas que le hubiera llegado a la arteria porque no hay manera, no hay manera, no hay manera de que un coágulo pase de un lado para el otro; siempre se va a trancar en el pulmón, por eso estoy explicándoles claramente esto. Porque no hay ninguna, pues sí hay una posibilidad, y es que él tuviera alteraciones del corazón, que la autopsia perfectamente las dicen. El corazón es estructuralmente normal, es decir, no tiene ninguna alteración en el corazón; podría haberla tenido, pero en la autopsia eso se ve, o sea, un hueco en el corazón...”

En relación con la causa de muerte del señor Juan Diego, según se dictaminó en la necropsia, “trombosis en la arteria mesentérica”, explicó:

“Cuando uno hace una trombosis en la arteria mesentérica, que es la causa de la muerte del paciente, uno tiene que preguntarse por qué se trombosó la arteria sí? qué pasó? trombosis es que hubo algo que tapó el tubo y a partir de ahí el flujo dejó de pasar como si yo tapo un tubo de mi casa de agua y de ahí palante no hay si tengo 5 llaves, pues 5 llaves de quedaron sin agua. Uno tiene que pensar ¿qué pasó?

En la autopsia está determinado que una o más bien, lo dice claramente, que la probabilidad es que haya un evento tromboembolismo, que haya generado que la arteria se tapo, no es posible, no es posible, no es posible porque un trombo que se genera en las piernas para en los pulmones.

Porque eso estamos hablando de algo que se llama alveolos, que eso hay que verlo con un microscopio y un trombo, por pequeño que sea, tiene milímetros. Entonces no hay la menor posibilidad de que pase por el pulmón, se desintegre y vuelve y se integre en la circulación izquierda y a través de la aorta haya llegado a la arteria mesentérica, a no ser que tuviese un hueco acá y cuando la sangre llegó acá pasó acá, pero la autopsia es clara en decir el corazón es normal.

Entonces, la hipótesis, más bien el dictamen de Medicina legal, de que se trata de un evento embólico; pues digamos que de verdad tengo que decirlo que no, médicamente no es posible, a no ser que el paciente tuviese una arritmia cardíaca, se puede generar trombos directamente acá, pero era un paciente sin antecedentes médicos, y una arritmia cardíaca no se me produce en un día y el trombo de una arritmia cardíaca dura años en producirse y en generar eventos trombóticos.

¿Pero igual se trombosó la arteria, cierto? Cuando a mí se me trombosa la arteria también es clarísimo en contarles, si a mí se me trombosa cualquier arteria de mi cuerpo, es un infarto. Es decir, yo, todos conocemos el tema infarto y siempre lo asumimos al corazón, pero donde se me tapa una arteria, es un infarto, de donde sea y me produce síntomas idénticos a un infarto.

Entonces todos sabemos del corazón y sabemos que el paciente o la persona se levantó en la mañana porque es lo más frecuente, le dio dolor torácico, se desmayó, quedó muerto en la calle o alcanzó a llegar a la clínica. Pero es cuestión de minutos, horas, pero no días.

Si a mí me da una trombosis mesentérica, no pasa un cuadro de días esperando a ver qué pasa, o; eso da un dolor, dolor abdominal severo que me obliga sí o sí a asistir a una institución de salud. Si a mí me da un infarto, igual que en el corazón y el infarto es masivo, eso me mata, me mata de una, no, no alcanzo a llegar, pero yo con una isquemia mesentérica no paso días...

Y es claro que, claro que tuvo una isquemia mesentérica intestinal, pero primero que no fue producida por un trombo porque no hay alteraciones anatómicas, no hay ningún evento trombolítico que se haya documentado diferente a donde haya corrido ese coágulo, no hay ninguna arritmia cardíaca porque es un corazón sano. Y segundo, el cuadro fue super agudo y super agudo, es del instante en que le produce a uno eso, pues como les dije anteriormente, pensando en que es que tenía que estar anticoagulación, no tenía ninguna indicación para su momento en el ambulatorio de tener que estar anti coagulado por ninguna causa.”

En punto al citado testimonio, ha de verse que lo manifestado por el galeno tratante encuentra concordancia no solo con su deber de conocimiento y experiencia, sino con lo registrado en la historia clínica y la literatura con relación a la *“tromboprofilaxis en cirugía ortopédica”* y la utilización de la *“heparina de bajo peso molecular”*¹⁴ para prevenir la ETV (Enfermedad Tromboembólica Venosa), que entendido es la que se puede presentar a partir de politraumatismos del paciente, diferente a la causa de muerte que concluyó el dictamen de Medicina Legal, *“trombosis de los vasos mesentéricos, específicamente del territorio de la arteria mesentérica superior, con la consecuente necrosis intestinal secundaria”*, aproximadamente 19 días luego de la intervención quirúrgica.

Así mismo, las condiciones generales de salud del paciente, a excepción del trauma sufrido con el accidente de tránsito, enseñan que no correspondía a alguien con riesgos de desarrollar trombos conforme lo explicó el testigo, sin embargo, de acuerdo con la historia clínica y la dispensación de medicamentos durante su hospitalización, siempre se manejó la *“profilaxis antitrombótica”*, a través del suministro de *“Heparina de bajo peso molecular”* en dosis de 40MG., y no hay una prueba técnica conclusiva que indique que en la condiciones que Juan Diego salió de la Clínica era necesario dispensarle el anticoagulante.

4.8. En lo que atañe con el testimonio de la señora Luz Amparo Acosta Becerra y que aseguró el apelante no se tuvo en cuenta para considerar que era necesaria una terapia antitrombótica luego de ser dado de alta el señor Juan Diego Hurtado (q.e.p.d.) el 18 de marzo de 2017, se

¹⁴ Folio 147 025LiteraturaMédicaProfilaxisEnfermedadTromboembolicaVenosa

pone de presente que la citada no acudió a este proceso en calidad de testigo y menos técnico, sino como una de las demandantes, madre de Juan Diego Hurtado (q.e.p.d.) por ello lo afirmado en la demanda no podía ser probado con su dicho.

Y es que auscultada la actuación, y en especial, las audiencias donde se practicaron los testimonios, se evidencia que aun cuando el apoderado de los demandantes ejerció su derecho a interrogar a los testigos, la mayoría de sus preguntas fueron rechazadas por el juzgado por ser abstractas y/o inconducentes.

En ese orden de ideas, no se advierte que la juzgadora de primera instancia hubiese incurrido en el yerro que se le endilga en el recurso de apelación, en razón a que evidencia la ausencia o carencia de apreciación de las pruebas, en la forma que lo impone el artículo 176 del C.G.P.; por el contrario, del contenido de ese material probatorio lo que se avizora es al paciente Juan Diego Hurtado Acosta (q.e.p.d.) recibió de la clínica demandada un servicio de salud adecuado y acorde con las patologías y situación de salud que presentó a partir del accidente que sufrió.

De acuerdo con lo expuesto en los *ítems* que preceden, se tiene que no es que el sentenciador haya dejado de valorar las pruebas a que hace referencia el apelante, sino que la valoración conjunta de ellas no conlleva a estructurar todos los presupuestos indispensables para la prosperidad de una responsabilidad civil extracontractual, como lo son el daño, la culpa y el nexo de causalidad entre ésta y aquél.

Por lo anterior fue que la funcionaria de primera instancia, luego de valorar todas esas pruebas, halló demostradas las defensas concernientes a la inexistencia de los elementos que estructuran la responsabilidad civil, fundada sobre la falla en el servicio, negligencia y omisión de las demandadas frente al suministro de un anticoagulante al paciente luego de que fuera dado de alta, pues si bien no hay registro en la historia clínica de específicas recomendaciones a la hora de su egreso, lo cierto es que en la demanda se afirmó en el hecho 8° que *“al egreso de la institución se da formula, cita de control, se indica deambulacion con muletas. Signos de alarma.”*

5. En esa medida, se advierte que los reparos formulados por la parte recurrente, dirigidos a cuestionar la valoración de las pruebas antes reseñadas, no tienen vocación alguna de prosperar, si en cuenta se tiene que acá no se allegó un peritaje u otro medio de convicción que orientara la decisión del modo perseguido por los apelantes, es decir, que denotara que el equipo médico no obró con la debida diligencia, que existió una mala práctica médica o que la clínica demandada no respondió a su obligación de seguridad y, además, se concluyera que ese actuar culposos fue la causa directa o que contribuyó del deceso del señor Juan Diego Hurtado (q.e.p.d.)

6. Analizado como está que no concurren en este asunto los elementos que estructuran la responsabilidad civil reclamada, se confirmará la sentencia apelada y se impondrá la consecuente condena en costas a cargo de la parte demandante (recurrente), propósito para el que la Magistrada sustanciadora fija la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente como agencias en derecho, según lo consagrado en el numeral 1°, artículo 5°, del Acuerdo PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior 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 Dieciséis Civil del Circuito de Bogotá el 18 de julio del 2023 en este asunto, de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR en costas de esta instancia a la parte apelante. La Magistrada Sustanciadora señala como agencias en derecho

la suma correspondiente a un (1) SMLMV. Líquidense en la forma establecida en el artículo 366 del C.G.P.

TERCERO. En firme esta providencia, **DEVUELVA** al juzgado de origen.

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: **d8f37d4e4d88fef7db4e1e36b5a317ca3fc607b85114f59f141e97699b34a38**
Documento generado en 27/10/2023 10:32:14 AM

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 DE DECISIÓN CIVIL**

Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO	Pertenencia
DEMANDANTE	María Elsa Gaviria Ángel y o.
DEMANDADA	Herederos indeterminados de Ana Rosa Díaz.
RADICADO	110013103 018 2014 00692 02
DECISIÓN	No concede recurso extraordinario de casación

Se decide sobre la concesión del recurso extraordinario de casación¹ propuesto por la parte demandante contra la sentencia de segunda instancia proferida por esta Corporación dentro del proceso de la referencia. Al efecto se expone:

1. Consideraciones

1.1. De conformidad con el artículo 334 del Código General del Proceso, procede el recurso extraordinario de casación frente a las sentencias proferidas por los Tribunales Superiores en segunda instancia en toda clase de procesos declarativos, acciones de grupo cuya competencia corresponda a la jurisdicción ordinaria y las emitidas para liquidar una condena en concreto.

Ahora bien, al tenor de lo dispuesto en el artículo 338 *ibídem*, cuando las pretensiones sean esencialmente económicas, el recurso procede cuando el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente sea superior a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (1000 s.m.l.m.v.).

¹ Obsérvense los informes contenidos en los archivos 12 y 17 de la Carpeta Cuaderno Tribunal

Por su parte, el precepto 337 *ibídem* en torno a la oportunidad y legitimación para interponer el recurso, establece que éste podrá formularse dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la sentencia de segunda instancia; no obstante, si se solicitó oportunamente adición, corrección o aclaración, o estas se hicieron de oficio, el término para recurrir en casación se contará desde el día siguiente al de la notificación de la providencia respectiva.

Advierte así mismo la norma en cita, que no podrá interponer el recurso quien no apeló de la sentencia de primer grado, cuando la proferida por el tribunal hubiere sido exclusivamente confirmatoria de aquella.

1.2. En el *sub examine*, dentro del término previsto la citada norma 337 la parte demandante interpuso el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia dictada por esta Corporación el 9 de febrero de 2022, confirmatoria de la decisión adoptada por el *a quo*, en la que se negaron las pretensiones de la demanda enderezadas a obtener declaración “*que los señores MARIA ELSA GAVIRIA ANGEL, HOY DE CONCHA, MARIA VICTORIA DEL PERPETUO SOCORRO GAVIRIA DE PINZÓN y ALVARO GAVIRIA ANGEL, han adquirido por PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA el derecho de dominio sobre el inmueble de la Carrera 36 No. 77-22, hoy carrera 29C No. 77-22 de Bogotá, con Matrícula Inmobiliaria 50C-1659352 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Bogotá, Zona Centro, del cual ya son propietarios de las tres séptimas (3/7) partes (...)*”.

Dicho *petitum* se cuantificó en el acápite de “*cuantía y competencia*” en \$388’347.000², por lo que es inferior a la cuantía establecida en el artículo 338 *ejusdem*, situación que impide la concesión de la impugnación extraordinaria.

² Ver folio 220 a 223 del archivo “01CuadernoDigitalizado” de la carpeta “Cuaderno1” de “PrimeraInstancia” del expediente digital.

Por otro lado, no se allegó dictamen pericial al momento de interponer el recurso.

Finalmente, valga memorar que la disposición 339 del ordenamiento procesal establece que para determinar el interés económico afectado con la sentencia el dispensador de justicia deberá apoyarse en los elementos de juicio que obren en el expediente, pero no existe en el plenario prueba alguna que lleve a modificar el monto antes referido, pues en la certificación catastral de 14 de febrero de 2020³ el avalúo allí determinado de todo el inmueble en esa anualidad ascendió a \$975'765.000; sin embargo, las pretensiones fueron invocadas por 3 personas naturales, respecto de las 4/7 partes del predio, es decir, que el interés económico para recurrir se divide en igual número de demandantes por las fracciones del bien referidas, lo que significa que cada porción (1/7) tiene un valor de \$139'395.000; ahora, al tratarse de 4/7 partes las perseguidas, equivalen a \$557'580.000, las cuales deben dividirse entre los 3 actores, de donde resulta que el interés económico de cada uno es de \$185860.000, monto que aun actualizándolo a la fecha de la sentencia de segundo grado está lejos de cubrir el interés económico para recurrir, tal como se analiza:

Como quiera que la cuantía del *petitum* de cada uno para el 15 de mayo de 2014 era de \$185'860.000, es necesario indexarlo, con el IPC, como instrumento legal técnico para traerlo a valor presente. Para ello, se aplicará la fórmula de actualización de capital atendiendo al IPC, con los factores que corresponden a febrero de 2019 y febrero de 2022 (sentencia de segunda instancia).

Atendiendo a la tabla publicada por el DANE, que denomina “*Total, Índice de Precios al Consumidor (IPC)*” - “*Índices Serie de empalme 2003-2021*”, el índice de febrero de 2019 es 101,18 y el de

³ Ver folio 19 ídem.

febrero de 2022 es 115,11. Así que al aplicar la fórmula Valor histórico por índice final sobre índice inicial:

$$VR = VH \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

$$VR = \$185.860.000 \times \frac{115,11}{101,18}$$

$$VR = \$185.860.000 \times 1.13 = \$210'021.800$$

La suma de \$210'021.800 corresponde al valor de las fracciones del inmueble objeto de las aspiraciones de cada uno de los actores actor.

2. Conclusión

Teniendo en cuenta que no concurren al particular los presupuestos para dar paso al recurso de casación, de conformidad con los artículos 334 y siguientes del Código General del Proceso, se denegará su concesión.

3. Decisión

Por lo expuesto, el suscrito Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, **no conceder** el recurso extraordinario de casación propuesto por la demandante contra la sentencia de segunda instancia proferida por esta Corporación el 9 de febrero de 2022, en el proceso referenciado.

La secretaría remitirá inmediatamente correo electrónico a los intervinientes procesales y a sus apoderados, poniéndoles en conocimiento este auto y adjuntándoles copia del mismo.

De todas maneras, se dará cumplimiento al artículo 9° de la Ley 2213 de 2022.

Déjense las constancias correspondientes.

Notifíquese.

JAIME CHAVARRO MAHECHA
Magistrado

Firmado Por:

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: **204c2af6ec42fbfd6ac11852d4792b6552e30f902279e5b2b6077554d1b6247a**

Documento generado en 27/10/2023 04:10:20 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, veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

1. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Magistrada Ponente: **CLARA INÉS MÁRQUEZ BULLA**
Radicación: 110013103019 2014 00487 01
Procedencia: Juzgado Cincuenta Civil del Circuito
Demandante: Carlos Enrique Vargas Cabrera
Demandados: Bolsa Mercantil de Colombia S.A., Torres
Cortés S.A. – Comisionista de Bolsa -en
liquidación- y Juan Carlos Junca L.
Proceso: Verbal
Recurso: Apelación Sentencia

Discutido y aprobado en Salas de Decisión del 12 y 19 de octubre de 2023. Actas 36 y 37.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se dirime el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia calendada 13 de junio de 2022, proferida por el Juzgado 50 Civil del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso **VERBAL** instaurado por **CARLOS ENRIQUE VARGAS CABRERA** contra **BOLSA MERCANTIL DE COLOMBIA S.A., TORRES CORTÉS S.A. – COMISIONISTA DE BOLSA – EN LIQUIDACIÓN – y JUAN CARLOS JUNCA L.**

3. ANTECEDENTES

3.1. La Demanda.

Carlos Enrique Vargas Cabrera, a través de apoderado judicial, interpuso demanda contra, la Bolsa Mercantil de Colombia S.A., Torres Cortés S.A. – Comisionista de Bolsa -en liquidación- y Juan Carlos Junca L., para que previos los trámites de rigor, se hicieran los siguientes pronunciamientos:

3.1.1. De manera principal:

Declarar que son civil y profesionalmente responsables por haber actuado en forma negligente, la Bolsa Mercantil de Colombia S.A. al permitir que en su seno se realizaran negocios de venta definitiva de facturas, sin estudios previos sobre la solvencia de los deudores y la cuantía de tales títulos; Torres Cortés S.A. – Comisionista de Bolsa - en liquidación-, por extralimitación del mandato en las inversiones realizadas con su dinero; y, Juan Carlos Junca L. por las aludidas operaciones, sin sus instrucciones.

Condenarlos de manera solidaria, en consecuencia, a pagar a favor del actor \$117.351.150.00 indexados a título de daño emergente, más los intereses moratorios generados por dicho monto desde el 22 de julio de 2012 hasta cuando se efectúe el pago, por concepto de lucro cesante.

3.1.2. De forma subsidiaria:

Disponer que los intimados son responsables civilmente en la porción que se determine por los detrimentos irrogados, con ocasión de los sucesos expuestos con antelación.

Condenarlos, a sufragar por los menoscabos causados las cifras señaladas.

3.1.3. Imponer a los encausados asumir las costas procesales¹.

3.2. Los Hechos.

El gestor es especialista en urología, dedicado al ejercicio de su profesión. Invirtió en el mercado bursátil, sus ahorros privados, provenientes de la actividad laboral, sin tener conocimiento del área.

Torres Cortés S.A. - Comisionista de Bolsa era miembro de la Bolsa Mercantil de Colombia S.A., cuyo objeto social consistía en celebrar contratos comerciales de comisión y/o corretaje de productos agropecuarios dentro o fuera del territorio colombiano.

Vargas Cabrera desde hace años realizó negocios a través de la firma Torres Cortés S.A. Comisionista de Bolsa en liquidación, para este fin fue atendido por el señor Juan Carlos Junca. A raíz de ello, suscribió el documento titulado "CLÁUSULAS BÁSICAS DEL MANDATO SIN REPRESENTACIÓN PARA REPO SOBRE CDM'S, CAT, CGT, CPT, CONTRATO DE FORWARD, OPERACIÓN DE CESIÓN DE DERECHOS Y MERCADO SECUNDARIO – MANDANTE COMPRADOR". Entregó dinero.

Por medio de los actos administrativos 21 de 2000, 2 de 2019 y 15 de 2010, la hoy Cámara de Riesgo Central de Contraparte de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A. en liquidación, reglamentó la realización de operaciones de la Bolsa Mercantil de Colombia S.A, entre ellas, la denominada venta definitiva de facturas.

La persona jurídica expidió los boletines instructivos números 67

¹ Folios 95 a 117 del archivo 01Cuaderno1Digitalizado, ubicado en la carpeta C01Principal.

datado 3 de diciembre de 2010, 68 del 9 de diciembre de 2010, 846 del 11 de octubre de “1011”-SIC-, y 11 del 25 de marzo de 2011, para ejecutar este tipo de tratos, así como la autorización previa requerida para el efecto.

En el mes de junio de 2012, cuando le solicitó al señor Junca, quien actuaba en representación de Torres Cortés S.A. - Comisionista de Bolsa en liquidación, la devolución del capital entregado, le manifestó que era imposible hacerlo, debido a que habían comprado la factura 10382, cuyo emisor es C.I. Corporación Petrolera S.A., aceptante Sabiyar e Inversiones & CIA. S.A.S., por cuantía de \$117.351.150,00 no solucionada, con fecha de vencimiento 22 de julio de 2012, lo cual realizó sin su asentimiento, ni suministrar información.

Ante la situación, junto con otros dos inversionistas, entabló conversaciones con Torres Cortés S.A. – Comisionista de Bolsa en liquidación, quien le solicitó otorgar poder a la profesional Diana Marcela Delgadillo para adelantar demanda ejecutiva, con el fin de perseguir la obligación contenida en el cartular, la cual se tramita en el Juzgado Octavo Civil de Circuito de Barranquilla solo frente a Sabiyar Inversiones y CIA Ltda., porque la otra encausada, C.I. Corporación Petrolera S.A. fue admitida a proceso de reorganización el 7 de marzo de 2013.

El mandato fue revocado a la profesional debido a que abandonó el litigio. La empresa contra la que se promueve el compulsivo no posee bienes que puedan ser objeto de cautela, por lo que no ha podido recuperar su inversión.

Mediante oficio del 31 de octubre de 2012, la Superintendencia Financiera de Colombia le ordenó a la Bolsa Mercantil de Colombia S.A. suspender dicho tipo de operaciones, porque no estaba asegurando niveles apropiados de protección a los inversionistas, ni

contaba con condiciones de transparencia, honorabilidad y seguridad, exigidos por los artículos 2.11.1.19 y 2.11.1.1.1. del Decreto 2555 de 2010.

La misma entidad, mediante Resolución 0312 fechada 19 de febrero de 2012, ordenó la toma de posesión de los negocios bienes y haberes de Torres Cortés S.A. – Comisionista de Bolsa, así mismo designó liquidadora.

Previo indagación, se estableció que la Bolsa Mercantil de Colombia S.A., de manera negligente, permitió negociaciones entre las sociedades emisora y aceptante mencionadas, de títulos valores por cantidades cuantiosas, sin realizar un mínimo análisis sobre sus estados financieros y capacidad de pago.

Frente al derecho de petición elevado ante la primera compañía el 27 de febrero de 2014, con el propósito de averiguar sobre el monto total de los instrumentos comerciados, se limitó a responder que dicha información estaba protegida por reserva bursátil.

Se agotó el requisito de procedibilidad, sin concretar acuerdo alguno².

3.3. Trámite Procesal.

El escrito introductorio fue admitido por auto del 26 de junio de 2014, el cual dispuso su notificación al extremo pasivo, y posterior traslado³.

Notificada por conducta concluyente Torres Cortés S.A. – Comisionista de Bolsa en liquidación⁴, mediante apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con pronunciamiento frente a los hechos, planteó los enervantes denominados “...**LOS DAÑOS Y**

² Idem.

³ Folio 120 *ibídem*.

⁴ Folio 126 *ibídem*.

PERJUICIOS QUE SE LE ATRIBUYEN ... CARECEN DE FUNDAMENTO FÁCTICO Y LEGAL...”, “...**FALTA DE LEGITIMIDAD POR PASIVA ...**”, “...**IMPROCEDENCIA DEL COBRO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS DEMANDADOS...**”, “...**INEXISTENCIA DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS SOLICITADOS...**” y la “...**OFICIOSA...**”⁵.

La Bolsa Mercantil de Colombia S.A., replicó los supuestos fácticos, con resistencia a las peticiones, formuló las excepciones tituladas “...**Falta de legitimación en la causa por pasiva de la BOLSA MERCANTIL DE COLOMBIA S.A. ...**”, “...**Actuación diligente de la BOLSA MERCANTIL DE COLOMBIA S.A. Ausencia de culpabilidad...**”, “...**Ausencia de relación de causalidad directa y adecuada entre la conducta de la BOLSA MERCANTIL DE COLOMBIA S.A. y los perjuicios alegados por el demandante...**”, “...**Ausencia de solidaridad entre los integrantes de la parte demandada. Causa exclusiva del daño en las acciones u omisiones de personas diferentes a la BOLSA MERCANTIL DE COLOMBIA S.A. ...**”, “...**Los daños cuya reparación solicita la parte actora no cumple los requisitos necesarios para que se trate de daños resarcibles...**”. Además, objetó el juramento estimatorio⁶.

También, llamó en garantía a Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A.⁷ quien, a través de abogada, replicó el libelo y el llamamiento, se resistió a las súplicas demandatorias, objetó el juramento estimatorio, y propuso el medio de defensa de carácter previo “...**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN...**”⁸; como de fondo, además de apoyar las interpuestas por el abogado de la Bolsa Mercantil de Colombia, formuló las roturadas “...**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN...**”,

⁵ Folios 131 a 137 *ibídem*.

⁶ Folios 12 a 43 *ibidem*.

⁷ Folios 171 a 174

⁸ Archivo 01Cuaderno2Digitalizado, Llamamiento en garantía.

“...INEXISTENCIA DE COBERTURA...”, “...DEDUCIBLE PACTADO...” y la **“...GENÉRICA...”**⁹

El 25 de julio de 2016, Juan Carlos Junca fue notificado de manera personal¹⁰, sin efectuar pronunciamiento frente a la demanda¹¹.

Descorridas las excepciones¹², evacuada la audiencia regulada en el artículo 101 del Código General del Proceso¹³, decretadas y practicadas las pruebas solicitadas¹⁴, así como las audiencias estatuidas en los artículos 372 y 373 del Código General del Proceso¹⁵, en la última se emitió sentencia que negó las pretensiones, decretó la terminación del proceso y condenó en costas a la demandante.

Inconforme con la determinación el impulsor de la controversia interpuso recurso de apelación, concedido en el acto.

4. LA SENTENCIA IMPUGNADA

La Funcionaria tras advertir la presencia de los presupuestos procesales e inexistencia de irregularidad que invalide lo actuado, puntualizó que aunque no se precisó la clase de responsabilidad perseguida, en cuanto a Torres Cortés – Comisionista de Bolsa en liquidación debe analizarse el proceder endilgado bajo la óptica de una comercial, ya que en el escrito introductorio se adujo el incumplimiento del convenio de comisión o mandato sin representación para Repo sobre CDM'S, CAT, Contrato de Forward, Operación de Cesión de Derechos y Mercado Secundario; en cambio,

⁹ Folios 258 a 267 del archivo 01Cuaderno2Digitalizado.

¹⁰ Folio 71 del archivo 02Cuaderno1TomolDigitalizado.

¹¹ Folio 75 *ibidem*.

¹² Folios 94 y 95 *ibidem*.

¹³ Folio 161 y 162 *ibidem*.

¹⁴ Archivo 04AutoDecretoPruebas20201118.

¹⁵ Archivos 23ActaAudiencia20210219, 43ActaAudiencia20220405 y 54ActaAudiencia20220613.

como a la Bolsa Mercantil de Colombia S.A. se le atribuye la inobservancia de una obligación legal, debe examinarse ello desde la perspectiva de una extracontractual.

El mandato otorgado por el inversionista a la comisionista es sin representación, conforme a la documental aportada, y aun cuando la última se encontraba vinculada a la bolsa de valores, no ocurre lo mismo con el primero, en la medida que el encargo es oculto, de conformidad con lo previsto en los artículos 2177 del Código Civil y 1262 del Código de Comercio.

Destacó los elementos de la responsabilidad civil contractual, la definición del negocio y su regulación a partir de los cánones 1262 y siguientes del Estatuto Mercantil, así como la actividad de los comisionistas de bolsa y las obligaciones que le atañen a quienes ejecutan tal labor, disciplinadas en el Decreto 1172 de 1980; también que el mandatario responde hasta por culpa leve.

Se demostró el primer presupuesto de la responsabilidad civil negocial, esto es, la existencia de una convención entre el demandante y la comisionista, ejecutada desde hace diez años, en virtud de la cual se encontraba facultada para comprar los títulos especificados en el pacto.

A la inversionista le concierne suministrar la información necesaria, el tipo de datos que deben darse a conocer, como lo impone el Decreto 2555 de 2010, en especial el grado del riesgo que implica, con el correspondiente deber de asesoría, obligación que son de medio y no de resultado, por las cuales responde por culpa leve.

Tras enumerar las varias transacciones sobre el objeto concertado, realizadas por la comisionista en nombre de la inversionista y la última de su esposa, no puede desconocerse que versó sobre compra de

facturas y fue el demandante quien recibió la información.

La adquisición del documento, con ocasión del cual concitó el litigio, constituyó una extralimitación de funciones, porque tal operación no se encontraba dentro de las autorizadas en la convención suscrita, la cual giraba en torno a que la comisionista estaba habilitada para efectuar negocios en el mercado agroindustrial, el inversionista, la convalidó porque ningún reparo formuló cuando le fue endosado tal instrumento para adelantar la ejecución, además le otorgó poder a dos profesionales con ese fin y recaudó un abono de \$2.000.000.00.

Las experticias aportadas no respaldan la falta de capacidad económica de las sociedades emisora y deudora de la cantidad contenida en la factura, se fundamentó en unos documentos y estados financieros no allegados, obrantes en otro proceso, así como en unos indicadores de endeudamiento, que no resultan idóneos para reflejar la liquidez de una empresa. Aunado, la Bolsa Mercantil de Colombia S.A. indicó que dichas compañías entre 2008 y 2011 siempre tuvieron unos pasivos inferiores a los activos; circunstancias que no denotaban riesgo en la operación materializada por la otra firma convocada.

Cuando se enajenó el memorado título valor aún la Superintendencia no ha había intervenido a C.I. Corporación Petrolera S.A. con fines liquidatorios, por tanto, la comisionista no podía prever en su calidad de experta en el mercado que el mismo resultaría impagado, y en todo caso en el trámite hizo valer su acreencia por \$82.446.412.00.

Por todo lo anterior, concluyó que no se estructuró la responsabilidad civil contractual atribuida a Torres Cortés S.A. – Comisionista de Bolsa en liquidación.

A la Bolsa Mercantil de Colombia S.A. tampoco le es atribuible una

responsabilidad de índole extranegocial, debido a que solo le atañe la compensación y liquidación en la negociación, más no efectuar la validación de requisitos para negociar facturas, ni hacer análisis de la situación financiera de las empresas emisora y aceptante de los instrumentos, a lo que se suma que legalmente no se le endilga responsabilidad por los incumplimientos en el pago de las obligaciones contenidas.

Al señor Juan Carlos Junca tampoco le asiste ningún tipo de responsabilidad, habida cuenta que las pruebas refrendan que actuó en su condición de funcionario o encargado de la sociedad comisionista, por lo que los indicios que se estructuraron por la no contestación de la demanda o la inasistencia a las audiencias convocadas son insuficientes para contrarrestar la anterior inferencia.

Desestimó las pretensiones, siendo innecesario ante ello, analizar lo atinente a las excepciones propuestas y al llamamiento en garantía. Impuso el pago de las costas procesales al actor¹⁶.

5. ALEGACIONES DE LAS PARTES

5.1. El profesional del derecho que representa al gestor de la contienda, como sustento de su solicitud revocatoria, al manifestar sus reparos concretos, arguyó que la responsabilidad estructurada es de índole extracontractual ante la “*inexistencia*” del mandato, pues no deben tomarse como convalidación de tal negocio actuaciones que se dieron con posterioridad a cuando se extralimitó el mismo, las cuales se ejecutaron para mitigar el daño.

No se valoró el expediente proveniente de la Superintendencia de Sociedades, el cual confirma la difícil situación económica de las

¹⁶ Hora 2:21 a 3:01 del archivo 52Video1Audiencia20220613 y minuto 0:01 a 0:50 del archivo 53Video2Audiencia20220613.

empresas emisora y aceptante de la factura; así como que la comisionista solo informó al inversionista de la operación realizada con la factura, cuando no pudo recuperar el dinero en ella respaldado. Se afirmó de manera indebida que a la bolsa de valores solo le concernía verificar los requisitos de tal instrumento, máxime cuando tiene unos deberes adicionales con los inversores¹⁷.

Dentro del término legal, amplió sus desencuentros frente a la decisión, tras mencionar que si se aceptara que la responsabilidad del comisionista es de linaje contractual en la compraventa definitiva de facturas con carencia de poder absoluto, está demostrado que incurrió en grave negligencia o culpa por no hacer un análisis de la situación financiera de las sociedades que intervinieron como emisoras y aceptantes de la factura, obrar sin autorización del mandante, no brindarle información, dado que los datos suministrados no fueron los relativos a dicha transacción, sino relacionados con el Mercado de valores agrícolas y ganaderos, actividades para cuyo ejercicio si estaba facultado.

Cuestionó que la Bolsa Mercantil de Colombia S.A. permitiera la realización del aludido negocio, sin su asentimiento, pese a que es la persona más relevante del mercado de valores. No obstante, la amplia participación que tienen, el veredicto señaló que su actividad se limita a facilitar el acceso en condiciones de participación para oferentes y demandantes, así como al suministro de información oportuna.

Además, aseverara que Vargas cabrera no resultó ajeno a la transacción que le ocasionó la pérdida patrimonial, pues la conducta por recibir la factura e iniciar la acción judicial para recuperar la suma invertida, se ejecutó con el fin de mitigar el daño, convalidación del grave proceder desplegado por la comisionista, a lo que se suma que

¹⁷ Minuto 0:51 a 0:56 *ibidem*.

no sabía que su dinero estaba destinado a este tipo de operaciones.

La decisión de manera inadecuada sostuvo que la labor de las sociedades demandadas se circunscribía a verificar si los títulos valores cumplían con los requisitos de ley, así como que Sabiyar Inversiones y CIA Ltda. y C.I. Corporación Petrolera S.A. Oil Corp eran compañías solventes, según la valoración probatoria efectuada. La de la Bolsa Mercantil de Colombia S.A. a la recolección, recepción, transporte, alistamiento, verificación, custodia, aprobación¹⁸.

En la oportunidad para sustentar la alzada alegó que el mandato conferido por Carlos Enrique Vargas Cabrera, exclusivamente para la realización de operaciones bursátiles de la Bolsa Nacional Agropecuaria, hoy Bolsa Mercantil de Colombia S.A., bajo ninguna circunstancia se extendió a la realización de operaciones denominadas venta definitiva de facturas, actividad regulada por la Resolución número 15 de 2010, de las cuales dan cuenta los boletines instructivos 67 y 68. Por ende, se extralimitó y contravino los artículos 2157 del Código Civil y 1266 del Estatuto mercantil.

La Bolsa Mercantil de Colombia S.A. estaba enterada de lo acontecido, pese a ser oculto el mandato, al tener conocimiento de las operaciones ejecutadas, a nombre del señor Carlos Enrique Vargas Cabrera.

De la valoración conjunta de los medios de prueba puede concluirse que para la fecha de emisión de la factura y hasta la época actual, la emisora y la aceptante no cuentan con solvencia para satisfacer el débito respaldado.

Torres Cortés S.A. Comisionista de Bolsa en liquidación incurrió en

¹⁸ Archivo 55AllegaReparosSentencia20220616.

una conducta culposa al permitir realizar la negociación de la factura 10382, en nombre del doctor Vargas, sin verificar su condición de mandante, a su vez, la Bolsa Mercantil de Colombia S.A. incurrió en un proceder de similar talante al aceptar dicha operación, sin que mediara poder, con lo cual incurrió en una responsabilidad civil “*profesional*” extracontractual.

Bajo los lineamientos de la Ley 964 de 2005, el mercado bursátil tiene como objetivos proteger los derechos de los inversionistas, garantizar la transparencia, rendir información propia y oportuna. Por ende, en tales actividades comerciales los principales protagonistas no son los inversionistas como sostuvo la primera instancia, sino las bolsas de valores, quienes además de prestar su infraestructura deben vigilar a los comisionistas.

Aunque la decisión apelada trajo a colación el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, en virtud del cual la comisionista debe suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr mayor transparencia en las obligaciones que realicen, para que con elementos de juicio claros escojan las mejores opciones del mercado, así mismo, el deber de asesoría profesional y atención al perfil del riesgo, ninguna trascendencia le dio a que Torres Cortés S.A. Comisionista de Bolsa en liquidación actuó sin poder y omitió informar de la operación definitiva de venta de facturas, negaciones indefinidas que no requieren prueba de su parte.

El daño se contrae al monto de \$117.351.150.00 que perdió en marzo de 2012, más los respectivos rendimientos.

Iteró que el actuar de La Bolsa Mercantil de Colombia S.A., fue imprudente, ya que permitió: negociaciones fuera de su objeto social, las cuales, como lo confesó su representante legal, fueron suspendidas por la Superintendencia Financiera; ejecutadas por el

comisionista sin mandato; aspecto que omitió verificar e informar al inversionista; así como que las sociedades involucradas en el expedición y pago de tal título valor carecían de capacidad económica¹⁹.

5.2. La abogada de la aseguradora llamada en garantía replicó que las inconformidades frente a la sentencia no cuentan con sustento probatorio, ni jurídico, la conducta de la Bolsa Mercantil de Colombia S.A. siempre estuvo acorde a los principios de la Ley 964 de 2005, la cual consagra que administra un sistema de negociación en el que intervienen agentes especializados, como Torres Cortés S.A. – Comisionista de Bolsa, sobre quienes reposa la responsabilidad de las transacciones efectuadas, así como los deberes de informar sobre la operación de venta definitiva de facturas, conforme lo impone el parágrafo segundo de la Resolución 15 de 2010, y de escrutar los datos financieros de los intervinientes para determinar los riesgos de inversión.

Cumplió sus obligaciones legales, en condiciones de transparencia, honorabilidad y seguridad, pues suministró información suficiente y oportuna a los participantes para que contaran con los elementos necesarios para realizar las inversiones; aunado, verificó que la factura negociada llenaba los requisitos para ser considerada como título ejecutivo, a punto tal que se estimó su mérito ejecutivo en el compulsivo tramitado.

A Torres Cortés S.A. – Comisionista de Bolsa era a quien le concernía verificar el poder con el que contaba para materializar la transferencia de la factura aludida, cualquier daño derivado de la insatisfacción de la obligación contenida en el instrumento negocial, es imputable exclusivamente al comisionista de bolsa y al inversionista.

¹⁹ Archivo 08SustentaApelación.

Resaltó que aun cuando solo corresponde a este Colegiado pronunciarse sobre los reparos concretos, no es posible extender una hipotética condena a la aseguradora, en tanto el llamamiento en garantía es ineficaz al haberse efectuado excediendo el lapso legal conferido para ello, en todo caso, solo cubre pérdidas económicas causadas por acciones, errores u omisiones culposas de ejecutivos o empleados de la Bolsa Mercantil de Colombia S.A., lo cual no se presenta en el presente caso.

Deprecó la confirmación de la sentencia²⁰.

5.3. El abogado que representa a la Bolsa Mercantil de Colombia S.A. expuso que la entidad se encarga de facilitar el acceso y la igualdad en condiciones de los oferentes y demandantes para inversiones en el mercado bursátil sobre productos agropecuarios y agroindustriales, pero no participa como parte; además, ninguna disposición legal le impone el deber de conducta de revisar los términos del contrato de mandato, -propio de los extremos contractuales-, sino los que guardan relación con el tópico que administra.

El artículo 1.6.5.1. del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Mercantil de Colombia S.A. prescribe que las sociedades comisionistas deben velar porque los contratos se celebren con sujeción a los términos y a la naturaleza pactada, les atañe verificar la validez de los convenios de comisión, así como las autorizaciones de sus clientes. Así mismo, que el artículo 3º de la Resolución 15 de 2010, regula que es responsabilidad de aquella entidad revisar que en las operaciones de venta definitiva de facturas cumplan los requisitos formales para considerarse títulos valores; obligación que observó al punto que el título se ejecuta actualmente.

Si bien es cierto la Superintendencia Financiera suspendió las

²⁰ Archivo 09DescorreTraslado.

operaciones de venta definitiva de facturas de la Bolsa Mercantil de Colombia S.A., no obedeció a la falta de transparencia y seguridad, sino a la subcontratación de la empresa Domesa en la verificación de autenticidad de las mismas.

De acuerdo a lo estipulado en los cánones 1268 del Código del Comercio y 7.3.1.1.2. numeral 1º del Decreto 2555 de 2010 es al mandatario o intermediario a quien le compete informar, de una manera objetiva, imparcial y clara, al mandante o al cliente sobre la marcha del negocio, su ejecución y los comprobantes de las operaciones -artículo 2.11.1.8.1. numerales 3º y 9º *ibídem*, también sobre el riesgo que las transacciones implican, por lo tanto, la aludida prestación debe observarse antes, durante y después de la celebración del contrato.

La falta de información oportuna de la factura 10382 se debió al incumplimiento de esta carga por parte de Torres Cortés S.A. Comisionista de Bolsa, y al descuido del demandante en no solicitarla. Por el contrario, la Bolsa Mercantil de Colombia S.A. enteró a los intervinientes del foro de negociación de los elementos de juicio necesarios para que tomaran las decisiones pertinentes de inversión, entre ellos, activos, pasivos, patrimonio, ingresos operacionales, utilidad neta, liquidez de la emisora y la pagadora de la factura.

La obligación de analizar, revisar y valorar la información financiera suministrada por las compañías emisora y aceptante del título valor, publicada en la página *web* de la Bolsa Mercantil de Colombia S.A., les correspondía a la comisionista y al inversionista, para que determinaran si de cara a ello debían asumir el riesgo de la transacción, lo cual cumplió, como lo advirtió en comunicación del 21 de diciembre de 2012.

Su representada actuó de forma diligente, además porque al resultar

impaga la factura, devolvió el original a la comisionista, por lo que no es pertinente reclamar algún perjuicio derivado de la falta de información y asesoría, máxime cuando los deberes de verificación sobre el contenido del contrato de mandato y respecto de las operaciones realizadas en el seno de la bolsa son del resorte de la comisionista de bolsa, y el artículo 1.2.1.3. del reglamento de la Bolsa Mercantil de Colombia S.A. dispone que ella no es responsable por el incumplimiento de las obligaciones contraídas por parte de sus miembros para con sus clientes o con terceros.

No se configuran los elementos de la responsabilidad civil endilgada a su prohijada por el actor, quien en todo caso no sufrió un menoscabo en su patrimonio, sino en un derecho de crédito, cuyo cobro se ha dificultado, comoquiera que no hay solidaridad entre los intimados, pues no existe conexión o nexo entre las operaciones por ellos ejecutadas²¹.

5.4. La firma Torres Cortés S.A. Comisionista de Bolsa no hizo uso del derecho de réplica.

6. CONSIDERACIONES.

Liminarmente se advierte la presentación de una demanda en forma, la capacidad de las partes para obligarse y concurrir al juicio, así como la competencia del Juzgador para dirimir el conflicto. Además, por cuanto examinado el trámite rituado no se observa irregularidad capaz de invalidarlo fluye meridiana la concurrencia de las condiciones jurídico-procesales que habilitan el proferimiento de una sentencia de mérito.

Acorde con lo previsto en el artículo 328 del Código General del Proceso, la competencia del Tribunal de conformidad con los reparos

²¹ Archivo 10DescorreTraslado.

esbozados ante la señora Juez se circunscribe a determinar si se configuran los requisitos para que tenga acogida la responsabilidad civil atribuida a la pasiva, y, por ende, es dable disponer el pago de los detrimentos irrogados.

Con el fin de proveer sobre el particular, bien se sabe que el mandato puede llevar o no la representación del mandante, según se previene en los artículos 1262 del Código de Comercio y 2177 del Código Civil. En el no representativo se entiende que se ha celebrado el contrato y que el mandatario, en cumplimiento del encargo, actúa en nombre propio, así en el fondo lo haga por cuenta ajena, porque frente al tercero precisamente carece de la facultad para ello.

En cambio, cuando se exhibe la facultad de contratar en nombre y por cuenta de otro, los efectos jurídicos del negocio celebrado se radican directamente en cabeza del mandante y la relación jurídica se traba entre el comitente y el tercero.

Sobre el particular tiene explicado la Corte si *“...se ha recibido la facultad de contratar a nombre de otro, esa calidad puede ser puesta de presente, o no, en frente de aquel con quien se contrata, sin que la circunstancia de que se calle en torno al punto tenga alguna repercusión sobre la configuración subjetiva del negocio. De hecho, en este supuesto los efectos del mismo quedarán circunscritos a quienes lo ajustaron. En consecuencia, la persona con quien se contrató nada podrá reclamarle a quien había conferido facultad de apoderar, ni de su lado, a éste le será dable otro tanto con el cocontratante...”*²².

El contrato de mandato, dada la complejidad de las relaciones jurídicas que se establecen en el mercado bursátil, se erige como una

²² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 445 de 29 de noviembre de 1989, sin publicar oficialmente.

alternativa para la realización de actos mercantiles, a través de otra persona experta en la gestión de estos asuntos, siempre por cuenta del mandante.

El Alto Tribunal de Justicia ha puesto especial relevancia en la precisión lingüística de las estipulaciones, con el fin de determinar el contenido prestacional por el cual el mandatario está vinculado con su mandante.

En ese sentido, anotó: *“...cuando la voluntad del mandante está expresada en forma clara y precisa, aquel habrá de ajustarse a dichas normas si aspira a interpretar fielmente la voluntad de su representado y, sobre todo, a vincular la responsabilidad civil de aquel para el cumplimiento de las prestaciones contraídas a su nombre...”*²³.

*“...De manera que la amplitud con que se confeccione el objeto del acto jurídico determina el espectro de actuación del mandatario.”*²⁴ Y esto tiene que ser necesariamente así, porque el contrato de mandato defiere al mandatario «libertad e independencia para realizar el negocio o gestión que se le ha confiado»²⁵ libertad o independencia que, naturalmente, no son ni libérrimas ni absolutas. Por supuesto, los actos del mandatario se verán acotados por la especialidad de las potestades...²⁶.

²³ C.S.J sentencia, 22 de abril, 1938 G J t XLVI pág 312

²⁴ Es así como en virtud del artículo 2157 C.C., la ejecución prestacional debe ceñirse al contenido obligacional previsto en el acto acordado, contando en todo caso, con la facultad para ejecutar los actos «que sean necesarios para su cumplimiento» - artículo 1263 C.Co. - Es decir, aquellos de la naturaleza del encargo (artículo 1501 C.C.). De allí que el artículo 2158 C.C. establezca que el mandato «no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración, (...) perteneciendo unos y otros al giro administrativo ordinario». Así mismo, el artículo 1263 C.Co. señala que el mandato «comprenderá los actos para los cuales haya sido conferido y aquellos que sean necesarios para su cumplimiento. El mandato general no comprenderá los actos que excedan del giro ordinario del negocio, o negocios encomendados, salvo que se haya otorgado autorización expresa y especial».

²⁵ CSJ SC del 17 de junio de 1964.

²⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de junio de 2022, expediente 11001-31-03-020-2015-00297-01. Magistrado Ponente doctor Francisco Ternera Barrios.

Ha dicho:

"...El mandato comercial es aquel contrato por el cual una persona, denominada mandataria, se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra, llamada mandante (art. 1262 C. de Co.)

Por virtud de dicho pacto el mandatario se obliga primordialmente a cumplir la gestión encomendada, con la realización de los actos o negocios señalados por el mandante, labor en la cual debe ceñirse a sus instrucciones, contando en todo caso con la facultad para ejecutar los actos "... que sean necesarios para su cumplimiento" - art. 1263 ibidem -, es decir, los que, de acuerdo a la naturaleza del encargo, resulten accesorios o complementarios del mismo.

En el desarrollo de su actividad debe proceder con la diligencia de un buen padre de familia, pues el art. 2155 del C.C. lo hace responsable hasta de la culpa leve, si el mandato es gratuito y más estrictamente cuando media remuneración, prescripción legal que resulta aplicable al mandato mercantil, habida cuenta que los principios del derecho común comprenden los contratos de tal naturaleza, en todo aquello no previsto por el legislador mercantil, merced a la autorización que para el efecto consagran los arts. 2º y 822 de dicha normatividad.

Como consecuencia de la previsión legal mencionada, el mandatario debe ejecutar el encargo procurando en todo momento favorecer los intereses del mandante, lograr el mayor provecho con el menor costo, razón por la que debe disponer todas las providencias que habría adoptado aquel, de haberse encargado directa y personalmente de ejecutar la gestión...²⁷.

²⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de agosto de 1998. Gaceta Judicial CCLV.

El mandatario, como es apenas natural, es responsable de los perjuicios que le genere al mandante, provenientes de culpa o dolo en el desempeño del negocio confiado, en los casos en que se sustrae totalmente, lo cumple deficientemente, lo ejecuta contraviniendo las instrucciones impartidas, salvo que la ley lo autorice a obrar de modo distinto -artículos 2157 del Código Civil y 1266 del Código de Comercio-.

La responsabilidad, entonces, se predica, en términos generales, en el caso en que, sin salirse de los linderos ejecuta el encargo en forma diversa a la señalada o en el evento que infrinja sus términos.

Situación distinta es la extralimitación de funciones, es decir, la ejecución de actos más allá de los límites del mandato o en ausencia del mismo, porque al margen de la sanción que proceda cuando así se contrata, inoponibilidad, nulidad, como el comitente, en principio, no está obligado a cumplir los negocios celebrados en su nombre, esto excluye, por regla general, que pueda reclamar contra el mandatario.

De otra parte, conviene relieves que cuando una de las partes celebra el contrato esgrimiendo una cualidad o calidad específica; o uno de los extremos negociales acude al otro buscando que sus condiciones profesionales o especializadas satisfagan el fin perseguido, debe exigírsele un comportamiento adicional.

Respecto de las obligaciones asumidas en respuesta a un oficio o ejercicio profesional, ha dicho la doctrina autorizada:

“...lleva normalmente consigo un aumento del grado de su obligación respecto a la obligación del particular. Ese acrecentamiento se justifica desde dos puntos de vista. Por una parte, el que quiere adoptar, con relación a la sociedad una actividad habitual y, en cierto

modo, conferirse a sí mismo una función, debe prepararse para ejercerla bien: debe adquirir los conocimientos o los títulos necesarios, asegurarse el material o los locales convenientes, juntar los colaboradores o subordinados que puedan serle útiles. Por otra parte, la práctica habitual y concienzuda de una actividad torna más competente al que la desempeña. Desde esos dos puntos de vista, cabe exigirle a un profesional una competencia, un material y una diligencia que no se podrían imponer a un particular. Así, un agente de cambio debe comprender la situación jurídica de un cliente, incluso si no se le indica sino implícitamente; un notario es responsable de la redacción antifolológica de un documento, porque los terceros deben tener confianza en la apariencia que crea...”²⁸.

En el *sub examine*, su gestor aduce que las profesionales convocadas inobservaron las obligaciones relativas a informarle que sus recursos se habían invertido en operaciones de venta definitiva de facturas, permitir o efectuar dicha transacción cuando no se contaba con facultad para ello, y omitir realizar un estudio de la capacidad económica que tenían las sociedades emisora y aceptante del título valor, las cuales le atañen dada su calidad. En su sentir, constituye la causa del desmedro patrimonial sufrido.

Examinado el Decreto 2555 de 2010, por el cual se expiden normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones, el artículo 2.11.1.1.1 señala: “...*Las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities son sociedades anónimas que tienen como objeto organizar y mantener en funcionamiento un mercado público de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities sin la presencia física de los mismos, así como de servicios, documentos de tradición o representativos de mercancías,*

²⁸ Mazeaud–Tunc, Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, Tomo I, Volumen I, páginas 213 y siguientes.

títulos, valores, derechos, derivados y contratos que puedan transarse en dichas bolsas.

En desarrollo de su objeto social las bolsas deben garantizar a quienes participen en el mercado y al público en general, condiciones suficientes de transparencia, honorabilidad y seguridad.

Para el efecto, dichas bolsas deberán facilitar el acceso y garantizar la igualdad de condiciones de participación para todos los oferentes y demandantes, así como desarrollar normas sobre las características mínimas de los bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities y sobre las cláusulas básicas que deben incluir los contratos respectivos. De igual manera, suministrarán información oportuna y fidedigna sobre las negociaciones y condiciones del mercado.

Las juntas directivas de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities deberán establecer mecanismos adecuados tendientes a brindar la máxima seguridad de cumplimiento de las operaciones que se realicen en el mercado” -resalta la Sala-.

A su vez, el artículo 1.6.5.1. del Reglamento de la Bolsa vigente para la fecha de realización de la operación que es objeto de controversia, establece que son obligaciones de las sociedades comisionistas de la Bolsa Mercantil:

“...7. Cumplir estrictamente los contratos que celebren con sujeción a los términos pactados y a su naturaleza, dentro del marco legal, reglamentario, consuetudinario y con respecto a su natural equilibrio...

23. Verificar la validez de los contratos de comisión y autorizaciones de sus clientes...”²⁹.

De otra parte, el artículo 3º de la Resolución 15 de 2010 prevé: “...*Requisitos formales.* – Las facturas objeto de esta operación, deberán cumplir con los requisitos establecidos por la normatividad vigente sobre este tipo de títulos valores, y deberá contener como mínimo lo siguiente ... en todo caso, en el proceso de revisión de la factura que realice la Bolsa se podrá solicitar cualquier información adicional...”³⁰.

Igualmente, el inciso 2º del artículo 23 *ejúsdem* regula: “...Una vez declarado el incumplimiento de la Operación, la respectiva Factura quedará a disposición de la Sociedad Comisionista miembro vendedora, y esta podrá retirarla o en su defecto, volver a negociar...”³¹.

De cara a los aludidos preceptos, en el presente caso, emerge palmario que la revisión del contrato de mandato es una obligación que radica en cabeza de la sociedad comisionista de Bolsa, esto es, en Torres Cortés S.A. y no en la Bolsa Mercantil de Colombia S.A., a quien sí le concierne la revisión de los requisitos formales de los títulos valores negociados, la devolución de los mismos a la comisionista, una vez declarado el incumplimiento de la operación.

Deberes que, en el marco de la operación consumada, acató la Bolsa Mercantil de Colombia S.A., en tanto devolvió la factura ante su impago y la misma satisface las exigencias de un título valor, al punto que se persigue su cobro en un juicio ejecutivo³², aspecto sobre el cual se profundizará más adelante.

²⁹ Folios 318 y 319 del archivo 01Cuaderno1Digitalizado.

³⁰ Folios 246 y 247 *ibidem*.

³¹ Folio 254 *ibidem*.

³² Archivo C04Proceso08001310300620120024600.

Por ende, observadas tales prestaciones impuestas por la ley a la aludida compañía, no existe motivo para imputarle una desatención legal del que emerja responsabilidad civil.

Además, no debe perderse de vista que la Bolsa Mercantil de Colombia S.A. en observancia de la carga de información y de garantizar la transparencia en las negociaciones, publicó los formatos de información financiera del período comprendido entre 2010 y 2013, de C.I. Corporación Petrolera S.A., Sabiyar e Inversiones & CIA. S.A.S., compañías emisora y pagadora del título valor 10382, con el fin que fueran de conocimiento de los interesados en el mercado de venta definitiva de facturas y tomaran, de cara al contenido de estos documentos, decisiones de inversión, conforme da cuenta la certificación adosada, expedida por la Directora de Registro encargada de la entidad³³.

Sin que, efectivamente el motivo por el cual la Superintendencia Financiera suspendiera la operación de venta definitiva de facturas en tal compañía contrarreste la memorada conclusión, habida consideración que en nada se relaciona con las condiciones particulares en que se transfirió el derecho de crédito respaldado en el cartular antes aludido.

Ahora, es diáfano que a Torres Cortés S.A. Comisionista de Bolsa en liquidación a tono con lo indicado por el artículo 1268 del Estatuto Mercantil, le atañía, en calidad de mandatario “...*informar al mandante de la marcha del negocio, rendirle cuenta detallada y justificada de la gestión y entregarle todo lo que haya recibido por cuenta del mandato, dentro de los tres días siguientes a la terminación del mismo...*”.

Así mismo, el numeral 1º del artículo 7.3.1.1.2. del Decreto 2555 de

³³ Folio 265 del archivo 01Cuaderno1Digitalizado.

2010 prevé que son deberes de los intermediarios de valores:

“...1. Deber de información. Todo intermediario deberá adoptar políticas y procedimientos para que la información dirigida a sus clientes o posibles clientes en operaciones de intermediación sea objetiva, oportuna, completa, imparcial y clara. De manera previa a la realización de la primera operación, el intermediario deberá informar a su cliente por lo menos lo siguiente:

a) Su naturaleza jurídica y las características de las operaciones de intermediación que se están contratando, y

b) Las características generales de los valores, productos o instrumentos financieros ofrecidos o promovidos; así como los riesgos inherentes a los mismos.

Adicionalmente, los intermediarios en desarrollo de cualquier operación de las previstas en los numerales 1, 2 y 5 del artículo 7.1.1.1.2 del presente decreto, deberán suministrar al cliente la tarifa de dichas operaciones de intermediación.

La Superintendencia Financiera de Colombia establecerá los criterios y directrices que los intermediarios deben tener en cuenta para suministrar a los clientes inversionistas la información correspondiente a los productos complejos de que trata el artículo 2.40.2.1.2. del presente Decreto.

...

3. Deber de documentación. Los intermediarios de valores autorizados legalmente para recibir órdenes de clientes, deberán documentar oportuna y adecuadamente dichas órdenes y las operaciones sobre valores que realicen en virtud de éstas. Los intermediarios pondrán a disposición de sus clientes, de la Superintendencia Financiera de Colombia y de los organismos de autorregulación, cuando éstos lo soliciten, los soportes, comprobantes y demás registros de las órdenes y operaciones realizadas en desarrollo de la relación contractual...”.

Aunado, a la sociedad comisionista, a voces de los numerales 3º y 9º del artículo 2.11.1.8.1. le concierne el deber de “...[t]ener a disposición de sus clientes los comprobantes de las operaciones que celebre para estos, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de su realización...” e “...[i]nformar a sus clientes sobre la ejecución de las transacciones ordenadas...”.

Particularmente, en cuanto al deber de asesoría radicado en las sociedades comisionistas de bolsa, el Órgano de cierre sostuvo:

“...la ley les impone a las sociedades profesionales en la materia, a propósito del mandato especial de comisión para la compra y venta de valores, entre otros, los deberes de asesoría y abstención...”

3.1.- Según el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, en concordancia con el artículo 1268 del Código de Comercio, las entidades sujetas a vigilancia del Estado, cual acontece con las sociedades comisionistas de bolsa, les corresponden proveer a sus clientes la información necesaria, en orden a que, a través de elementos de juicio claros y objetivos, puedan escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas...

Se trata, en últimas, que el comitente adquiera plena conciencia de los términos o condiciones de la inversión a realizar y de las consecuencias mediatas y potenciales que debe asumir. De ahí que una adecuada asesoría, a partir de parámetros jurídicos, económicos y financieros suministrados en forma transparente, resulta indispensable a esa finalidad...”³⁴.

De consiguiente, acorde con las normas y la jurisprudencia

³⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de marzo de 2012, expediente 04320080058601. Magistrado Ponente Jaime Alberto Arrubla Paucar.

trasuntadas a Torres Cortés S.A. Comisionista de Bolsa en liquidación, en efecto, le competía por disposición legal revisar el contrato de mandato celebrado con el demandante, e informarle de las operaciones que en ejercicio de dicho vínculo iba a realizar, así como el riesgo inherente que conllevaban, según las cuantificaciones económicas y financieras aportadas.

Auscultadas las diligencias, ninguna evidencia revela que de manera oportuna hubiera acatado oportunamente tales obligaciones, es decir, antes de concretar la operación de venta definitiva de la factura 10382.

Dicha omisión, en principio, constituiría un incumplimiento de deberes negociales en cabeza de la compañía en mención, el cual, en caso de ser el generatriz del hecho dañoso, la convertiría en civilmente responsable de los perjuicios irrogados a causa de este resultado.

Dicho lo antecedente, no es pertinente perder de vista que, si el mandatario efectúa un negocio para el que no está facultado o si se extralimita en el desarrollo del objeto del encargo, tales actos son, en principio inoponibles al mandante, de manera que no le son extensibles a este sus efectos jurídicos, a menos claro que, posteriormente, los ratifique en la forma prevista en el artículo 2186 del Código Civil, conforme al cual:

“...El mandante cumplirá las obligaciones que a su nombre ha contraído el mandatario dentro de los límites del mandato. Será, sin embargo, obligado el mandante si hubiere ratificado expresa o tácitamente cualesquiera obligaciones contraídas a su nombre...”.

Disposición que el Estatuto Mercantil consagra el canon 1266, el cual reza:

“...El mandatario no podrá exceder los límites de su encargo. Los actos cumplidos más allá de dichos límites sólo obligarán al mandatario, salvo que el mandante los ratifique...”

Vale decir, la convalidación del mandante hace ingresar en su órbita jurídica, con efectos retroactivos, los actos celebrados por el representante.

De ahí que, en el ámbito negocial, a raíz de dicha ratificación emanan para el mandante los derechos y las obligaciones propias de la alianza concretada por su mandatario.

Por demás, si el afectado ratifica el convenio consumado con extralimitación por el mandatario, sana el posible vicio que se pueda generar en el pacto consumado bajo tal irregularidad.

En palabras del máximo órgano de la Jurisdicción Ordinaria significa *“...tolerar los actos realizados por ese falso procurador y hacerlos propios, de manera que una vez producida esa ratificación (de lo indebidamente actuado) por aquél, produce efectos frente al mandante como si este mismo los hubiese desplegado...”*³⁵.

En coherencia con ello, con el respaldo propio el mandante hace suyo los efectos jurídicos del negocio celebrado en su nombre, cuando se ejecutó, sin suficiente facultad para ello.

Aterrizadas las precedentes disquisiciones al caso en análisis, encuentra la Sala que, en efecto, no estaban dentro del giro ordinario del mandato conferido por Carlos Enrique Vargas Cabrera a Torres Cortés S.A. Comisionista de Bolsa en liquidación la operación relativa a la venta definitiva de facturas, pues la tesitura del convenio por él

³⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. AC3126 de 11 de junio 2014. Magistrado Ponente doctor Fernando Giraldo Gutiérrez.

suscrito da cuenta que le otorgó a la memorada firma “...MANDATO SIN REPRESENTACIÓN PARA REPO SOBRE CDM’S, CAT, CGT, CPT, CONTRATO DE FORWARD, OPERACIÓN DE CESIÓN DE DERECHOS Y MERCADO SECUNDARIO – MANDANTE COMPRADOR...”³⁶.

Sin embargo, lo cierto es que la primera transacción en relato, aunque fue ejecutada excediendo las facultados conferidas en el aludido encargo, no lo es menos que fue convalidada por el demandante al haber aceptado el endoso de la factura 10382, promovido su recaudo en el compulsivo correspondiente³⁷, y admitido un abono sobre la obligación respaldada en tal cartular aproximadamente en el año 2014 por \$2.000.000.00, tal como lo admitió en interrogatorio de parte³⁸.

Es una ratificación tácita de un negocio consumado mediante un mandato ejecutado con extralimitación de funciones, -en la medida que radicó la titularidad en el mandante de la obligación respaldada en la factura adquirida-; y, no una manera de mitigar el daño, entendida esta como la “...expresión del principio de buena fe, exige que la parte agraviada adopte medidas razonables para limitar la extensión y evitar el incremento del perjuicio irrogado por el agente, so pena de perder el derecho a obtener una reparación por los perjuicios atribuibles a esa falta de mitigación...”³⁹.

Por cuanto ninguna evidencia con contundencia demostrativa así lo refrenda, es más ni siquiera fue planteado en el escrito introductorio, o en las demás oportunidades procesales pertinentes para hacerlo durante el decurso de la primera instancia.

³⁶ Folio 59 del archivo 01Cuaderno1Digitalizado.

³⁷ Archivo C04Proceso08001310300620120024600.

³⁸ Minuto 26:02 del archivo 03Folio617Audiencia20191209.

³⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC5176 de 18 de diciembre 2020, expediente 31-03-028-2006-00466-01. Magistrado Ponente doctor Luis Alonso Rico Puerta.

En este escenario, reafirmado por el señor Vargas Cabrera el encargo efectuado por la sociedad comisionista con extralimitación de funciones, esto es, la operación de venta definitiva de la factura 10382, no solo se hicieron oponibles para él los efectos jurídicos propios de tal negocio, sino que saneó el posible vicio que podía afectarlo, de lo que se desgaja su validez.

Sea la oportunidad para aclarar al opugnante, que el reseñado abuso de funciones por parte del mandatario podía invalidar la alianza por él celebrada, más no el convenio de mandato en sí, motivo por el cual, la inobservancia de las labores propias de esta condición debe analizarse exclusivamente a la luz de la responsabilidad civil contractual.

Estima la Sala que el actor con la convalidación de la transacción efectuada sobre el aludido instrumento negocial por la sociedad comisionista, asumió el riesgo que el derecho incorporado en el título valor no fuera satisfecho oportunamente por quienes estaban obligados a su cumplimiento.

Más aún, cuando así lo señala taxativamente el parágrafo 2º del artículo 2º de la Resolución 15 de 2010, por la cual la Junta Directiva de la Cámara de Riesgo Central de Contraparte de la Bolsa Mercantil de Colombia S.A. establece los parámetros para aceptar operaciones de venta definitiva de facturas, al estipular: “... *en la operación de Venta Definitiva de Facturas, el comitente comprador asume el riesgo de crédito de las obligaciones contenidas en la factura...*”⁴⁰.

Puestas así las cosas, el impago de la factura número 10382 por parte de las compañías emisora y aceptante, no tiene como causa directa la falta de información al aquí precursor de la operación que Torres Cortés S.A. Comisionista de Bolsa en liquidación iba a realizar, ni la

⁴⁰ Folio 246 del archivo 01CuadernoDigitalizado.

ejecución de esta excediendo las facultades conferidas por el mandante, tampoco la falta de estudio de la capacidad económica de las firmas mencionadas, pues al fin y al cabo la observancia de estas tres conductas, fueron consentidas por el mandante al convalidar la transacción materializada con tales falencias sobre el instrumento negocial, y aunque constituyen exigencias legales que le atañía acatar a la sociedad comisionista en el desempeño de su labor, su incumplimiento, se insiste, no fue la causa que originó la lesión del patrimonial del señor Vargas Cabrera.

Por el contrario, la pérdida de la suma de dinero que se alude en la demanda se originó por el riesgo que conllevaba la decisión de inversión, convalidada por Carlos Enrique Vargas Contreras, con ocasión de la cual solo él asumió el riesgo de la no solución del monto contenido en el instrumento negocial.

En ese contexto, no se cumple con el nexo causal requerido para fijar la responsabilidad contractual en la sociedad comisionista, ya que el riesgo asumido por el demandante fue el percutor del desmedro de su patrimonio y no las omisiones endilgadas a aquella firma.

Ello es así, porque, pese a que Torres Cortés S.A. Comisionista de Bolsa en liquidación no le informó a Carlos Enrique Vargas Cabrera sobre la transacción que efectuaría con su dinero, ejecutada sin contar con facultad para consumarla, estos hechos fueron consentidos luego por aquél, al decidir convalidar el negocio en las anotadas circunstancias y, no son los desencadenantes de la pérdida de sus recursos, en tanto aquél consciente de ellos, avaló la adquisición de la factura y asumió el riesgo que conllevaba la insatisfacción del derecho consignado, el cual constituye la causa que tiene jurídicamente la idoneidad para producir el daño.

La situación sería diferente si el señor Vargas Cabrera no la hubiera

ratificado, porque en este escenario, el proceder de la firma comisionista de bolsa si hubiera sido apto para producir el resultado dañoso, por haber realizado una operación comercial excediendo las facultadas para ello y sin enterar de ello al inversionista.

Pero como no ocurrió de esta forma, sino que el acontecimiento lesivo del patrimonio del actor, en el *sub lite*, se consolidó porque él quiso asumir el riesgo de la operación, escasea la injerencia por acción o por omisión de las integrantes del extremo pasivo en la producción de tal acontecimiento, máxime cuando la ejecución de la inversión en el contexto descrito por parte de la sociedad comisionista, solo puede tenerse como una coadyuvancia del resultado dañoso, en tanto materializó la operación con el título valor, pero el hecho eficiente para producirlo provino de la voluntad determinante de Carlos Enrique, al avalar tal negocio, y asumir el riesgo del impago del crédito contenido en tal título.

El anterior análisis no es otro que el exigido por la jurisprudencia regente de la Corte Suprema de Justicia, cuando de establecer el nexo de causalidad se trata. Corporación que sobre el tópico ha señalado:

“...el “nexo de causalidad es evidente”,...”, sin olvidar, claro está, que en esa precisa “materia tiene esa Corporación discrecionalidad para ponderar el poder persuasivo que ofrecen las diversas probanzas, orientadas a esclarecer cuál de las variadas y concomitantes causas tiene jurídicamente la idoneidad o aptitud para producir el resultado dañoso”.

En ese laborío, en sentir de la Sala, se asume de todos los antecedentes y condiciones que confluyen a la producción de un resultado, tiene la categoría de causa aquél que de acuerdo con la experiencia (las reglas de la vida, el sentido común, la lógica de lo

razonable) sea el más ‘adecuado’, el más idóneo para producir el resultado, atendidas por lo demás, las específicas circunstancias que rodearon la producción del daño y sin que se puedan menospreciar de un tajo aquellas circunstancias azarosas que pudieron decidir la producción del resultado, a pesar de que normalmente no hubieran sido adecuadas para generarlo”.

Por esto, ocurrido el daño, en el mismo antecedente se señaló que en la respectiva investigación “debe realizarse una prognosis que dé cuenta de los varios antecedentes que hipotéticamente son causas, de modo que con la aplicación de las reglas de la experiencia y del sentido de razonabilidad a que se aludió, se excluyan aquellos antecedentes que solo coadyuvan al resultado pero que no son idóneos per se para producirlos, y se detecte aquél o aquellos que tienen esa aptitud...”⁴¹.

Retomando la argumentación, de todo lo dicho se desprende el hecho inequívoco que no se encuentra acreditado el nexo de causalidad entre las obligaciones que desatendió la sociedad comisionista de bolsa -que se concretaron en omitir informar sobre la operación al inversionista, ejecutarla excediendo las facultades que le había otorgado- y el daño causado, pues su participación como se anticipó fue de coadyuvancia, mas no determinante para la producción del resultado.

Lo cual, si se le atribuye al demandante, dado que la causa eficiente y directa de la pérdida del dinero aludido en el escrito introductorio fue su propia voluntad de invertir, al convalidar la negociación de la factura, hacerse titular del derecho del crédito incorporado y perseguirlo en la ejecución, asumiendo el riesgo del impago respaldado.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de septiembre de 2011, expediente 0500131030092002-00445-01.

De consiguiente, no demostrado el nexo causal entre los deberes convencionales inobservados por la comisionista de bolsa convocada y el daño causado al demandante, deviene frustránea la acción de responsabilidad civil negocial enarbolada, por incumplimiento de uno de sus presupuestos.

Así que, no queda otra vía que desestimar las pretensiones, con la consecuente confirmación de la decisión de primer grado, pero por las razones acabadas de exponer, sin que sea necesario ante tal resultado ahondar en el estudio de las restantes inconformidades manifestadas por el recurrente.

En línea con lo esgrimido, se ratificará el veredicto confutado, y se condenará en costas de esta instancia al promotor -numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso-.

7. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, en **SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

7.1. CONFIRMAR la sentencia calendada 13 de junio de 2022, proferida por el Juzgado 50 Civil del Circuito de Bogotá, D.C., por lo expuesto en las consideraciones.

7.2. CONDENAR en costas de esta instancia a su precursor. Liquidar de la forma prevista en el artículo 366 del Código General del Proceso.

7.3. DEVOLVER el expediente a la oficina de origen, previas las

constancias del caso. Ofíciase.

La Magistrada Sustanciadora fija la suma de \$5'000.000.oo como
agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE.

Firmado Por:

Clara Ines Marquez Bulla
Magistrada
Sala 003 Civil
Tribunal Superior De Bogotá D.C.,

Aida Victoria Lozano Rico
Magistrada
Sala 016 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Adriana Ayala Pulgarin
Magistrado
Sala 017 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: **2917dd000d2d280c538ceae05e6a311dc498fdf35bc6f965840a0522cc2327f9**

Documento generado en 27/10/2023 10:35:44 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
SALA CIVIL

Magistrado Ponente: **José Alfonso Isaza Dávila**

Radicación: 110013103020-2017-00442-02
Demandante: Nohora Londoño Riani
Demandado: Inversiones Paletara S.A. -Inpalsa S.A.- y otras.
Proceso: Verbal
Trámite: Apelación sentencia
Discutido en Salas de 21, 28 de sept., 5 y 12 de octubre de 2023

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Decídese el recurso de apelación formulado por la demandante contra la sentencia de 26 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado 20 Civil del Circuito, en este proceso verbal de Nohora Londoño Riani contra de Inversiones Paletara S.A. -Inpalsa S.A.-, Inversiones Londoño Riani & Cía. S. en C. -Lonria S. en C. en liquidación-, Hoteles Limitada, Promotora Internacional de Hoteles Londoño S.C.A. -Prointel S.C.A.-, J. Londoño R. & Cía. S. en C., Grupo Hotelero Londoño GHL Grupo Hoteles S.C.A. -GHL Grupo Hoteles S.C.A., GHL International Investment Group S.A. y Jorge Enrique Londoño Riani.

Trámite al que fueron vinculados: Mónica María Londoño de Moreno, Claudia Londoño Riani, Manuel Ricardo Londoño Riani, Beatriz Londoño Riani, Carlos Mario Londoño Riani, Jaime Alberto Londoño Riani, María Angela Londoño Riani y Ana María Londoño Riani, en calidad de socios de las empresas cuyo acto de constitución se pretende declarar nulo, así como los herederos de Nohora Riani de Londoño y Pablo Londoño Vargas.

ANTECEDENTES



1. Pidió la demandante (folios 702 a 713 del pdf01, cuad. ppal.), se declare la nulidad de las escrituras públicas 1529 del 25 de abril de 2001 de la Notaría 5ª de Barranquilla y 3167 de 18 de diciembre de 2002 de la Notaría 40 de Bogotá, mediante las cuales se constituyeron las firmas Inpalsa S.A. y GHL Hoteles S.C.A., respectivamente, por violación al art. 98 del C. de Co y atropello a las buenas costumbres y la fe mercantil.

También solicitó la ineficacia del acta 146 de la junta extraordinaria de socios de 12 de mayo de 2001, de la empresa Hoteles Limitada por no celebrarse en su lugar de domicilio y de forma paralela, la nulidad absoluta de ese acto por la ausencia de convocatoria y quorum de los socios comanditarios de Lonria S. en C., entidad que representa el 85% de la composición de aquella, sin perjuicio de la inexistencia de autorización para ser representados en la asamblea por la socia gestora.

La nulidad absoluta de la escritura pública 2334 de 19 de junio de 2001 otorgada en la notaría 34 del círculo de Barranquilla, con la cual se realizó la cesión de 34.000 cuotas sociales en favor de Inpalsa S.A. y que poseía Lonria S. en C., en Hoteles Limitada.

De igual forma la ineficacia y/o nulidad absoluta de los siguientes actos, por considerar una consecuencia directa de la existencia del acta 146 y la violación de la buena fe comercial, el abuso de derecho y la finalidad de las compañías: (i) la escritura pública 2336 de 19 de junio de 2001 de la Notaría 5ª de Barranquilla en que consta la venta de los inmuebles Lote y 2 de Mayasqueria; (ii) la operación de compraventa celebrada entre Lonria S en C. y Hoteles Limitada, por medio de la cual la primera de ellas compró los lotes 1 y 2 de Hostería Mayasquer por valor de \$1.693.421.000; (iii) los pagarés 1 y 2 mediante los cuales Lonria S. en C., canceló a la vendedora la anterior cuantía (no aparecen en el expediente); (iv) la compra de los derechos fiduciarios de *Todo 117 Capital Center II* a Prointel S.C.A. y en favor de Lonria S. en C.; (v) escritura pública 2334 de 19 de junio de 2001 de la Notaría 5ª de Barranquilla mediante la cual se consolidó la cesión de las cuotas de interés que Lonria S. en C., poseía en Hoteles Limitada; (vi) el acta sin número de 2 de mayo de 2002 de la junta extraordinaria de socios de Hoteles Limitada; (vii) acta de 10 de octubre de 2001 de la junta



extraordinaria de socios de Lonria S. en C. mediante la cual varios de sus socios vendieron a Hoteles limitada su participación a cambio del pago en su favor de los pagarés; (viii) escritura pública 296 de 17 de febrero de 2003; (ix) compraventa de los derechos fiduciarios de *Todo 117 Capital Center II* entre Prointel S.C.A. y Lonria S. en C. (pretensión repetida en el ordinal (iv); (x) venta celebrada el 19 de junio de 2001 entre Prointel S.C.A. -vendedora- y Lonria S. en C. -compradora- de los derechos fiduciarios de *Cupos 31 y 32 La Calera*; (xi) venta de 18330 acciones de Prointel S.C.A. de propiedad de Lonria S. en C., a Hoteles Limitada, J. Londoño & Cía. S. en C. y Jorge Enrique Londoño Riani; (xii) escritura 3167 de 18 de diciembre de 2002 de la Notaría 5ª de Barranquilla mediante la cual se constituyó GHL Grupo Hoteles S.C.A.; (xiii) el traslado de las acciones que Hoteles Limitada y Prointel S.C.A., poseían en las distintas operadoras hoteleras, en favor de Grupo Hotelero Londoño GHL, Grupo Hoteles S.C.A., J. Londoño & Cía. S. en C., Jorge Enrique Londoño Riani y GHL International Investment S.A.; (xiv) las constituciones de sociedades cuyos aportantes sean Grupo Hotelero Londoño G.H.L Grupo Hoteles S.C.A. o GHL Grupo Hoteles S.C.A.; (xv) los contratos de operación hotelera vinculados con estas y aquellas constituidas por las mismas para tal fin; y (xvi) la constitución de GHL International Investment Group S.A. o aquellas que esta haya creado.

Igualmente, ordenar que con corte a 31 de diciembre de 2001, se valore la participación de mercado de Lonria S. en C. en liquidación en Hoteles Limitada y Prointel S.C.A.

Como aspiraciones de condena instó retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban con antelación al 25 de abril de 2001, data en que se creó la sociedad Inpalsa S.A., así como el pago a cargo de la parte demandada de \$18.314.000.000 por concepto de perjuicios materiales, \$1.831.000.000 por daños morales objetivos a 29 de agosto de 1991 y actualizados a 20 de julio de 2017, y que en todo caso, los daños morales subjetivos sean establecidos por el juzgador teniendo en cuenta la edad de la víctima y el momento en que se le indemnice.



2. El sustrato fáctico se resume en que Ricardo Londoño Iragorri, fundó o desarrolló varias empresas hoteleras entre ellas Hoteles Limitada, Lonria S. en C. y Prointel S.C.A.

En la constitución de Lonria S. en C. se determinó como socios gestores a Londoño Iragorri y Nohora Riani de Londoño (suplente), y a sus 10 hijos¹ se les asignó un porcentaje como comanditarios del 10% a cada uno. Esa compañía el 7 de febrero de 1991 y por escritura pública 409 de 7 de febrero de 1992 de la Notaría 25 de Bogotá adquirió el 85% de la participación de Hoteles Limitada, quedando el 15% restante en cabeza de Jorge Enrique Londoño Riani. El 23 de mayo de 1994 y por escritura pública 1370 de la Notaría 40 de Bogotá, se creó Prointel S.C.A., en cuya composición accionaria se encontraba Hoteles Limitada, Lonria S. en C., J. Londoño R. y Cía. S. en C., Ricardo Londoño Iragorri y Nohora Riani de Londoño. Bajo esa consideración, pregona que Lonria S. en C. era dueña en gran medida de Hoteles Limitada y Prointel S.C.A.

Después se crearon varias compañías por voluntad de uno o varios socios de las anteriores, entre ellas Hoteles Hamilton Court S.A., Hoteles El Salitre S.A., Hoteles Lancaster House S.A, Hoteles Sexta Avenida S.A., Hoteles Avenida del Mar S.A., Hoteles Avenida Principal S.A., Camino del Poblado S.A. y Hoteles Avenida Principal, cada una de ellas como operadores de diferentes establecimientos hoteleros.

En su relato considera que para 1994 Lonria S. en C. ya era matriz de lo que denominó Grupo Hoteles Limitada -GHL- y que Hoteles Limitada y Prointel S.C.A. eran subordinadas de primer nivel, mientras que Hoteles Hamilton Court S.A. y Hoteles el Salitre S.A. lo son de segundo. Destacó que en 1995 GHL poseía los siguientes hoteles: Hotel Orquídea Real, Mayasquer, Yalconia, Palma Seca, Nueva Granada y Yagrumas; y hoteles por contrato de operación, el Forte Capital y Hamilton Court.

Expuso que de forma extraña, posterior al diagnóstico de Alzheimer de Ricardo Londoño Iragorri, Prointel S.C.A. disminuyó su participación en

¹ Beatriz, Manuel Ricardo, Mónica, Claudia, Carlos Mario, Nohora, Jaime Alberto, María Angelam Ana María y Jorge Enrique.



las nuevas compañías operadoras de Hoteles Lancaster House S.A., Hoteles Sexta Avenida S.A., Hoteles Avenida del Mar S.A., Hoteles Avenida Principal S.A., Camino del Poblado S.A. y Hoteles Avenida Principal, pero de forma paralela aumentó la de J. Londoño y Cía. S. en C., así como las de Jorge Enrique, Manuel, Ricardo, Mónica y Claudia Londoño Riani.

Narró que estos últimos constituyeron varias empresas, entre ellas a Inpalsa S.A., para despojar a Lonria S. en C. de sus bienes, cuyo detrimento patrimonial se inició por la venta de los derechos que le correspondían sobre 34.000 cuotas sociales de Hoteles Limitada a Inpalsa S.A. y 18.830 acciones de Prointel S.C.A. distribuidas en Hoteles Limitada, J. Londoño y Cía. S en C. y Jorge Enrique Londoño Riani, así como el registro de pasivos con ocasión de la compra de bienes a sus subordinadas, Hoteles Limitada [lotes 1 y 2 Mayasquer] y Prointel [Derecho fiduciario Todo 117 Capital Center II] y la suscripción de los pagarés 1-2 y 5-6, respectivamente, para el pago de esa adquisición.

Para esa conclusión refirió que el 12 de mayo de 2001, según acta 146, los socios de Hoteles Limitada, es decir, Jorge Enrique Londoño Riani y Nohora Riani de Londoño en condición de gestora de Lonria S. en C., celebraron en la ciudad de Santa Marta y no en Bogotá, que es el domicilio de la compañía, junta extraordinaria en la cual Lonria S. en C. decidió ceder las cuotas sociales que poseía en Hoteles Limitada a favor de Inpalsa S.A. y las de Prointel S.C.A. a favor de otros, sin contar con la autorización unánime de los comanditarios para vender y obligar a la empresa. Los socios comanditarios de Lonria S. en C. tenían prelación de venta de las cuotas cedidas a Inpalsa S.A., pero les fueron desconocidos sus derechos; además de la falta de autorización a la gestora para hacer la venta y que ese acto constituyó una clara reforma de los estatutos de la compañía, pues no fue avalada por los comanditarios, a los que tampoco se les convocó para eso. Insistió en que los socios de Lonria S. en C. debieron citarse a la asamblea extraordinaria de Hoteles Limitada, por ser partícipes de ambas sociedades, por la conformación de la primera y la incidencia de esta en la segunda.



Aseguró que Nohora Riani de Londoño es ama de casa y no posee el suficiente conocimiento para reconocer las amañadas actuaciones que usaron Jorge Enrique Londoño y su grupo de hermanos para menoscabar los derechos de la demandante y de las sociedades que regentó su padre.

Sostuvo que el 19 de septiembre de 2001, después de la venta de los activos de Lonria S. en C. a Inpalsa S.A., representados en las cuotas que poseía en otras sociedades, se radicó ante la Superintendencia de Sociedades la solicitud de declaración de grupo empresarial entre Lonria S. en C. y Hoteles Limitada, pero por haberse transferido las cuotas en cabeza de otra, no fue posible esa resolución; no obstante, el 22 de enero de 2002 esa autoridad administrativa determinó que Jorge Enrique Londoño Riani era el controlante de J. Londoño R. y Cía. S. en C., Prointel S.C.A., Hoteles Hamilton Court S.A., Hoteles El Salitre S.A., Lancaster House S.A., Hoteles Sexta Avenida S.A. Hoteles Avenida del Mar S.A., Hoteles Avenida Principal S.A., Camino del Poblado S.A. Hotel Cien Venida S.A. y Hoteles Avenida el Dorado S.A.

En síntesis, el sustento fáctico de la demanda se resume en que con ocasión de la Junta extraordinaria de socios de Hoteles Limitada, el 12 de mayo de 2001 y contenida en el acta 146, Lonria S. en C., compró los bienes lotes 1 y 2 Mayasquer y los derechos fiduciarios Todo 117 Capital Center II a las sociedades Prointel S.C.A. y Hoteles Limitada, compraventas que canceló con la suscripción de varios pagarés; así mismo, Inpalsa compró las acciones que Lonria S. en C., tenía en Hoteles Limitada y Prointel, pero en contraprestación a esa venta se haría cargo del importe de los pagarés. Después los pagarés fueron cancelados por los avalistas, Jorge, Carlos, Manuel y Mónica Londoño, transacción que se compensó con la cesión de cuotas que estos tenían en Lonria S. en C. y eran de propiedad de Hoteles Limitada, situación que desmejoró el activo de la demandante, pues en últimas el patrimonio de Lonria S. en C., lo constituyeron los bienes adquiridos.

3. Admitida la demanda el 13 de septiembre de 2017 (folio 742 del pdf 01, cuad. ppal.), se notificaron los demandados, pero por la muerte de Nohora Riani de Londoño antes de presentarse aquella, se declaró la nulidad de lo actuado únicamente frente a ella (folio 1266 ib.) y se



admitió nuevamente en auto de 6 de abril de 2018, aunque lo actuado conservó validez para adelantar el trámite.

Pablo Londoño Vanegas se opuso a las pretensiones, corroboró unos hechos y dijo no conocer otros; formuló las excepciones que denominó *inexistencia de relación entre la demandante, los actos objeto de discusión y él; prescripción y la genérica* (folio 801).

Mónica Londoño de Moreno, Claudia Londoño Riani y Manuel Londoño Riani (folio 851 íd.), se opusieron y formularon los medios exceptivos que denominaron: *acuerdo conciliatorio, falta de legitimación en la causa por activa, prescripción, validez de los actos jurídicos cuestionados, validez de las escrituras públicas cuya nulidad se pretende, las personas jurídicas son independientes y autónomas de sus accionistas* y las que aparezcan probadas. Eso con sustento en haber renunciado a cualquier tipo de acción civil la demandante, el 3 de noviembre de 2010, en el radicado 200800592, que cursó en el Juzgado 32 Civil del Circuito de Bogotá, así como inexistencia de interés para la ineficacia o nulidad de las actas de constitución de sociedades sobre las cuales no ha sido parte y que aun existiendo esa legitimidad, ya se han superado los 10 años que establece la norma para desvirtuar sus efectos.

Inpalsa S.A., Hoteles Limitada, Prointel S.C.A., J. Londoño R. & Cía. S. en C., Grupo Hotelero Londoño GHLL Grupo Hoteles S.C.A. y Jorge Enrique Londoño Riani, propusieron como excepciones (folios 878 a 913): *prescripción extintiva, carencia de la legitimación en la causa, temeridad por falta de derecho sustancial, inexistencia de causal de nulidad, existencia de acuerdo conciliatorio, falta de legitimación en la causa por activa, validez de los actos y de las escrituras públicas que los contienen, independencia de las personas jurídicas y de las jurídicas, autorización de la socia gestora de Lonria S. en C., cosa juzgada penal y la que se pruebe*. El sustento se centró en la tolerancia en el tiempo de la demandante para accionar contra los actos que válidamente se celebraron y que pudieran ser de su interés, además de no haber las causales de ineficacia o nulidad invocadas, o falta de interés para controvertirlos, por carecer de la calidad de socia o accionista de varias de las sociedades cuya conformación cuestiona.



Lonria y Cía. S. en C. en liquidación (folios 1171 a 1196 ib.), adujo las defensas que denominó *tránsito a cosa juzgada por el acuerdo conciliatorio en el radicado 200800592 que cursó en el Juzgado 32 Civil del Circuito de Bogotá, falta de legitimación en la causa por activa, prescripción, validez de los actos jurídicos y de las escrituras públicas que las contienen, autonomía e independencia de la sociedad y sus accionistas, la socia gestora de Lonria S. en C. no requería autorización para la administración de la compañía, abuso del derecho de acción y las que puedan probarse.*

Carlos Mario Londoño Riani esgrimió como réplica (folios 1199 a 1202) no tener incidencia en Inpalsa S.A., por no ser accionista de ella, y aunque fue socio comanditario de Lonria S. en C., solo se opone a las determinaciones que le puedan afectar. Propuso como excepciones las que rotuló como *prescripción, acuerdo conciliatorio y la que se pruebe.*

La codemandada GHL International Investment Group S.A., guardó silencio, al igual que los vinculados Beatriz del Carmen Londoño Riani, María Angela Hercilia Londoño Riani, Ana María Londoño Riani y Jaime Alberto Londoño Riani.

4. El juzgado declaró probada la excepción de prescripción propuesta por varios demandados. Para lo cual, tras aludir al término prescriptivo de cinco años que consagra el art. 235 de la ley 222 de 1995, así como el del 108 del C. Co., de dos años, por vicios del contrato de sociedad, refirió que al acta 146 era aplicable la primera, por cuanto la causal de nulidad se edificó en la inexistencia de autorización de los socios comanditarios, para la enajenación de los activos que conformaban la empresa y el domicilio en el cual se materializó la junta, transgresión directa de los artículos 365 y 426 del Código de Comercio.

Consideró que se atacan actos jurídicos y constitución de sociedades, siendo necesario tener en cuenta la prescripción general del art. 1° de la ley 50 de 1936, de 20 años, pero por alegación de la parte demandada, era procedente la de 10 años, según la ley 791 de 2002. Por eso aplicó la prescripción para los siguientes actos: constitución de Inpalsa S.A.; de



GHL Hoteles S.C.A.; la cesión de 34.000 cuotas de Lonria S. en C. a Inpalsa S.A.; escritura 2336 de 19 de junio de 2001; junta extraordinaria de socios de Hoteles Limitada celebrada el 2 de mayo de 2002; junta extraordinaria de socios de Lonria de 10 de octubre de 2001; negocio contenido en la escritura pública 296 de 17 de febrero de 2003; compra del derecho fiduciario *Todo 117 Capital Center II* y compra de derechos fiduciarios *cupos 31 y 32 La Calera*. De igual forma, el medio por el cual se pretende declarar la invalidez del acta 146 del 12 de mayo de 2001 de hoteles limitada se encuentra afectada por la prescripción.

De igual forma, frente a los demás actos cuestionados, la compra de los hoteles Mayasquer 1 y 2; los pagarés 1 y 2 en favor de Hoteles Limitada y a cargo de Lonria S en C.; la venta de 18.330 de Prointel S.C.A. que eran de propiedad de Lonria S. en C.; la constitución de sociedades cuyo aportante fuere GHL Grupo Hoteles S.C.A., entre ellas GHL International Investment Group S.A., determinó la presunción de validez sobre ellos y la inexistencia de elementos de juicio que puedan desvirtuar su creación, amén de que todos ellos fueron consecuencia de la expedición del acta 146 de 12 de mayo de 2001, cuyas acciones legales ya se encuentran prescritas.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante sustentó oportunamente el recurso y expresó, en resumen, las siguientes críticas (pdf 06 del cuad.Tribunal):

Si bien el término para materializar el fenómeno prescriptivo transcurrió, hubo circunstancias producidas por los demandados, de los cuales se pueda inferir su renuncia o la interrupción. Frente a la primera de ellas, refirió que la demanda arbitral presentada en 2014 y definida en 2016, así como la ausencia a la convocatoria de los enjuiciados al Centro de Conciliación de la Procuraduría General de la Nación la configuraron. Además, todos los demandados no alegaron la prescripción y por ende su decreto no puede hacerse de forma oficiosa.



Iteró la necesidad de contar el término conforme a las previsiones del art. 1742 del Código Civil (20 años), en razón a que los hechos se produjeron en vigencia de esa norma, sin poder aplicarse la legislación contenida en la ley 791 de 2002, por lo que a la fecha de la presentación de la demanda, se interrumpieron los términos de prescripción de todos los actos atacados.

Precisó la existencia de incongruencia en las normas que se relataron en la sentencia y su empleo en el caso de estudio, por cuanto a la nulidad absoluta reclamada no le es aplicable lo previsto en la ley 222 de 1995.

CONSIDERACIONES

1. Presentes los aspectos formales del proceso, el problema jurídico suscitado por la apelante se centra en inquirir si hay lugar a revocar la prescripción en los términos sustentados por el *a quo*, si hubo algún acto que lo haya interrumpido o permita identificar su renuncia, así como la afectación para el asunto en concreto. Pero antes que todo es menester verificar la legitimación de quien ejerce la acción, respecto de algunas pretensiones, por ser un presupuesto imperativo de estas, que no es propiamente es una excepción para desvirtuarlas, o si se quiere, es una situación para impedir las (*impeditiva*).

En ese sentido, a vuelta de examinarse el plenario tal presupuesto no se encuentra satisfecho por la demandante, pues carece del derecho para enervar las decisiones o actos societarios tratados por la junta extraordinaria de socios de Hoteles Limitada, según acta 146 de 12 de mayo de 2001, por no ser socia de esa compañía, ni revisor fiscal, ni calidad similar que le brinde la potestad de hacerlo. Conclusión que se extiende a las demás actuaciones derivadas de ese negocio, pues la mayoría de las pretensiones se edifican en las irregularidades de los negocios celebrados después, con base en los actos jurídicos recogidos en dicha acta y como consecuencia de ella, entre ellos, la realización de la venta de activos de Lonria S. en C. representados en acciones de Prointel S.C.A. y Hoteles Limitada, así como la adquisición de inmuebles y derechos fiduciarios usando como medio de pago varios pagarés, cuya



validez también se cuestionó. Igualmente, la pendencia relativa a las falencias de los contratos de constitución de varias sociedades, inclusive aquellos de la administración hotelera que entre compañías se daban, sin que en ninguna de ellas se tenga a la demandante como participante, accionista, socia o representante de cuotas de interés.

De igual forma, cual se verá, aunque se superara la carencia de legitimación, la prescripción impediría el éxito de las pretensiones, por cuanto el paso del tiempo diluyó los posibles efectos irregulares que se originaron y que se acusan ahora con causales de ineficacia y nulidad.

2. Para desarrollar la argumentación, es necesario comenzar por precisar cuáles actos son de estirpe societaria y cuáles de carácter general, dado que el tratamiento para cada uno de ellos es diferente, por cuanto no es lo mismo cuestionar una determinación tomada en la junta de socios, que las actuaciones o negocios efectuados en desarrollo de ella. Con esa distinción, cualquier ataque frente a la junta de socios de una compañía, las modificaciones a los estatutos con ocasión a la venta de cuotas o acciones, o el origen de la misma, conlleva el examen de los **actos societarios**, por el contrario, si se trata de una situación generada por las actuaciones de particulares o negocios que no involucren unos de dichos actos, debe examinarse por aparte la respectiva ineficacia o nulidad invocada, como por ejemplo, si las formalidades para la venta de un bien fueron satisfechas o no.

2.1. Es indudable la legitimación que posee la demandante para controvertir actos societarios de Lonria S. en C., visto que según el certificado de existencia y representación agregado al expediente, ella es socia comanditaria de esa compañía (folios 776 a 779 del pdf 01, cuad. ppal.), situación que la faculta para cuestionar aquellos, pero no respecto de actos de otras compañías en las cuales no es asociada, ni administradora o algo similar, desde luego que su titularidad de derechos sociales en Lonria, tampoco le confiere la legitimación para esos efectos, así esta última tenga derechos, acciones o activos en esas otras empresas.



Si en la demandada Hoteles Limitada Lonria S. en C. era socia, era esta, por medio de sus gestores (folio 6 ídem), la llamada a revisar y decidir el avance social y financiero de aquella. Debe iterarse, la demandante no ha sido socia de Hoteles Limitada y por ende, no era posible su asistencia a la junta extraordinaria de socios de esa empresa, celebrada el 12 de mayo de 2001 y plasmada en el acta 146 (folios 6 a 9 ib.), sin que pueda aducirse su representación como comanditaria en Lonria S. en C., ni la eventual afectación que le facultaba para tal fin.

Acorde con la previsión que contempla el canon 359 del estatuto mercantil, únicamente aquellos que tengan la calidad de socios serán convocados a las juntas, y como la demandante no la tiene en Hoteles Limitada, carece de legitimación para incoar las pretensiones de ineficacia o nulidad, de actos sociales de esa entidad.

2.2. Nótese que la demandante es insistente en advertir que las cuotas sociales de Hoteles Limitada no le fueron ofrecidas a los comanditarios de Lonria S. en C., en contravía a la estipulación del artículo 363 del Código de Comercio (folio 659 ib.), hecho que en su parecer la faculta para el inicio de la acción; pero antes bien, la debida interpretación de esa norma permite inferir que esas prerrogativas únicamente eran de Lonria S. en C., que no de los socios de esta última en forma personal. En síntesis, para el momento de la junta extraordinaria de Hoteles Limitada de 12 de mayo de 2001, sus únicos socios registrados eran Jorge Enrique Londoño y Lonria S. en C., únicos que podían ejercer las potestades de decidir lo que fuera pertinente. Cosa distinta es que la demandante censure a la entonces gestora de Lonria S. en C., para verificar o auscultar el origen de la transacción o la motivación que le acompañó para hacer la venta de los activos, o que no tuviese las facultades o atribuciones para dirigir a Lonria S. en C., como lo hizo.

En este tópico, es prudente memorar el art. 323 del C. Co., que al referirse a la sociedad en comandita dispuso que *“se formará siempre entre uno o más socios que comprometen solidaria e ilimitadamente su responsabilidad por las operaciones sociales y otro o varios socios que limitan la responsabilidad a sus respectivos aportes. Los primeros se denominarán socios gestores o colectivos y los segundos, socios*



comanditarios”. De ese modo, quienes fungían como socios gestores, eran Ricardo Londoño Iragorri, principal, y Nohora Riani de Londoño, suplente, desde la escritura pública 2099 de 29 de agosto de 1991 de la Notaría 1ª del círculo de Cartagena (folios 187 a 201 del pdf 01, cuad. Ppal.). Allí se pactó que la administración y la representación legal estaba en cabeza del gestor principal, quien no poseía limitación alguna en cuanto a su gestión, con *“atribuciones ilimitadas para representar y obligar a la Compañía en toda clase de actos u operaciones de naturaleza lícita en que intervenga”* (folio 196 ib.), facultades que se trasladaron a la suplente, una vez ausente aquel.

2.3. Bajo esa consideración, las facultades y responsabilidades de la gestora de Lonria S. en C. eran irrestrictas e ilimitadas, contexto en el que no era necesaria la citación de los comanditarios que echa de menos la demandante, para determinar si era o no admisible la compra o venta de activos a favor de tal empresa, representados en cuotas o acciones de Hoteles Limitada y otras, ni mucho menos a las juntas de éstas.

De ahí que estén convocados al fracaso los ataques por irregularidades en la convocatoria, ejecución o formalismos de las juntas de socios de Hoteles Limitada (pretensión 3, 4, 11), así como aquellos reproches en que se cuestiona la validez de los negocios jurídicos de entidades distintas a Lonria S. en C., en las que la actora no tuvo participación alguna, activa o pasiva (pretensiones 18, 19, 20 y 22); inclusive los reproches relativos a las consecuencias derivadas de los actos convenidos y que constan en el acta 146, como son la transferencia de acciones y compra de los activos, visto desde la perspectiva de la realización de la junta de socios, que por las anotadas razones también naufragan (5, 6, 7, 8, 9, 10, 13, 14, 15 y 16).

3. Pero además de la ausencia de legitimación antes explicada, es de verse que la ineficacia y la nulidad pedidas en torno a la conformación de las sociedades Inpalsa S.A. (pretensión 1ª) y Grupo Hotelero Londoño GHL Londoño GHL Hoteles Grupo Hoteles S.C.A. (pretensiones 2ª y 17), se encuentran extinguidas por el fenómeno prescriptivo que se alegó.



En lo atinente a la prescripción, lo primero por destacar es que la violación a las normas contenidas en el libro segundo del Código de Comercio, de sociedades, en línea de principio, prescriben en cinco años, conforme al art. 235 de la ley 222 de 1995. Término aplicable a las acciones relacionadas con la formación de la sociedad y su funcionamiento, así como poner en evidencia la ausencia de rigorismos para la existencia de la compañía, sin perjuicio de las reglas que debe cumplir la persona jurídica ya constituida, en los actos de su desarrollo social, a los que, según cada caso, se aplica la prescripción general o aquellas especiales derivadas de negocios específicos, como las de los títulos-valores o de los contratos de seguros.

En torno a esa diferencia, dijo la Superintendencia de Sociedades “*que unas son las obligaciones que adquiere una sociedad como sujeto con capacidad legal para contratar y en desarrollo de su objeto social, y otras las que **la ley le impone cumplir derivadas del régimen general de sociedades comerciales y de procedimientos mercantiles***”² (Oficio 220-38015, septiembre 14 de 2001).

Así las cosas, si se diera por superada la legitimación de la demandante, revisado que la constitución de Inpalsa S.A. fue el 25 de abril de 2001, la prescripción respecto de ese acto aconteció el 25 de abril de 2006; prescripción también predicable frente a la constitución de GHL Hoteles S.C.A., porque si fue creada el 18 de diciembre de 2002, la oportunidad para hacerlo en tiempo fue hasta el 18 de diciembre de 2007, sin que la presentación de la demanda haya interrumpido el término, pues esta solo se produjo en 2017.

4. Por otra parte, en gracia de discusión, de estimarse independiente el altercado de los actos de venta de activos, transferencia de bienes inmuebles y derechos fiduciarios, vale decir, no como actos societarios, sino como supuestos de ineficacia o nulidad de los negocios en particular, las pretensiones relativas a esos temas también se frustran por el fenómeno prescriptivo, porque ha reiterado la jurisprudencia, todas las

² Oficio 220-38015 septiembre 14 de 2001, Superintendencia de Sociedades.



nulidades absolutas pueden ser saneadas por la ocurrencia de la prescripción extraordinaria³.

Tratándose de esos negocios, al margen de que fueran ejecución de actos societarios, resulta aplicable el régimen general que trae consigo el artículo 1742 del Código Civil: *“La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria”*.

Y aunque antes esa figura requería un plazo de 20 años (ley 50 de 1936, artículo 1º), con la ley 791 de 2002 quedó en 10 años, para hechos acaecidos después de 27 de diciembre de 2002, sin perjuicio de la facultad de escoger por parte del interesado la legislación a aplicar, cuando se trate de una prescripción iniciada bajo el imperio de una norma anterior, con base en el artículo 41 de la ley 153 de 1887, aunque el plazo de la nueva ley principia a partir de la vigencia de esta.

En las defensas propuestas por Pablo Londoño Vanegas, Mónica Londoño de Moreno, Claudia Londoño Riani, Manuel Londoño Riani, Inpalsa S.A., Hoteles Limitada, Prointel S.C.A., J. Londoño R. & Cía. S.C.A., GHG Grupo Hoteles S.C.A., Jorge Enrique Londoño Riani, Lonria S. en C. y Carlos Mario Londoño Riani se hizo mención de las prerrogativas contenidas en la ley 791 de 2002, razón por la cual el término prescriptivo debe contarse a partir de 27 de diciembre de 2002.

Decantada esa premisa, las acciones por la venta de los lotes 1 y 2 de Hostería Mayasquer, recogida en la escritura 2336 de 19 de junio de 2001 de la Notaría 5ª de Barranquilla (folio 14 del pdf 01, cuad. ppal.), así como la venta de los derechos fiduciarios de: Todo 117 Capital Center II y Cupos 31 y 32 de La Calera, de esa misma fecha, se encuentran prescritas, por cuanto los diez años contados a partir de 27 de diciembre

3 Sentencia SC279-2021, de 15 de febrero de 2021, M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.



de 2002, de conformidad con el citado art. 41 de la ley 153 de 1887, por invocación de los demandados, transcurrieron hasta el 27 de diciembre de 2012, cuando no se había presentado la demanda, ni se realizó ningún acto tendiente a que perdieran los efectos de la prescripción, de manera que acertó la *a quo* al inferir la consolidación de ese letal término.

Inviabile es aceptar la interrupción de la prescripción, por cuanto los hechos acá narrados fueron puestos en conocimiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio (folio 548 ib.), en el primer trimestre de 2016, y aun teniendo como cierta su afirmación respecto al cumplimiento del término que consagra el artículo 20 de la ley 1563 de 2012, para evitar perder los efectos que conlleva la presentación del libelo (folio 701 ídem. Hechos 98 a 101), lo cierto es que para el año 2016 ya había acontecido la extinción.

5. Si bien la sociedad GHL International Investment Group S.A.S. y los Beatriz del Carmen Londoño Riani, María Angela Hercilia Londoño Riani, Ana María Londoño Riani y Jaime Alberto Londoño Riani, no se pronunciaron frente a la demanda, eso no cambia las conclusiones precedentes, pues para comenzar con la citación de las personas naturales, obedeció a la integración de la litis con ocasión de la participación social que detentaba en Lonria S. en C., por lo que si no hay consecuencias para quienes fueron demandados, la incidencia de dicho sujeto en el libelo es intrascendente, máxime cuando dentro de las pretensiones ninguna solicitud de declaración o condena se elevó en su contra.

Y respecto a GHL International Investment Group S.A.S., nótese que los hechos que sustentaron la demanda se ciñen a ser una derivación del acta 146 de 12 de mayo de 2001, pero no relata la presunta infracción, legal o fáctica en la que se hace consistir la pretensión de nulidad o ineficacia. En efecto, se alega la trasgresión de los preceptos 186 y 190 del Código de Comercio, pero aquí no se atacó ninguna junta de socios ordinaria o extraordinaria realizada por fuera del domicilio de la entidad, ni se alegó causal de nulidad o que la celebración del contrato de sociedad se realizó por un incapaz, o de las reformas estatutarias o de la cesión de cuotas de la sociedad en comandita.



De ahí que, cual ya fue establecido, diluida la acusación en contra de la junta de socios extraordinaria de Hoteles Limitada, recogida en el acta 146 de 12 de mayo de 2001, por ausencia de legitimación en la causa por activa de la demandante, principal sustento de la ineficacia o nulidad de la constitución societaria de GHL International Investment Group S.A.S., no hay otro fundamento que deba analizarse por cuanto el marco normativo expuesto en la pretensión 21 (folio 710 del pdf 01), no resulta acorde a las condiciones en que se formó la entidad.

6. En compendio, las pretensiones relacionadas en los numerales 1º hasta el 22, resultan fallidas, de un lado, por la ausencia de legitimación de la demandante en atacar las decisiones de una sociedad de la cual no hace parte, Hoteles Limitada, en tanto que el principal fundamento se basó en que eran consecuencia del acta 146 de 12 de mayo de 2001, y de otro lado, porque aún en el eventual caso de haber esa facultad, cualquier determinación relativa a esos ataques se encuentran prescritos. Es que la principal contienda de cara a las sociedades demandadas se edificó sobre la presunta indebida participación de estas en las decisiones societarias de Lonria S. en C., pero conforme a lo verificado en el expediente, quien inició el trámite y venta de los activos, así como la adquisición de los bienes que luego pasaron a Lonria S. en C., fue la señora Nohora Riani de Londoño, de manera que el eventual restablecimiento de esos derechos debió ser por otros medios, verbigracia una acción de responsabilidad de la administradora y las consecuencias indemnizatorias respectivas.

Así mismo, prescritas se encuentran las pretensiones referidas a declarar la nulidad de las escrituras públicas 1529 del 25 de abril de 2001 de la Notaría 5ª de Barranquilla y 3167 de 18 de diciembre de 2002 de la Notaría 40 de Bogotá, mediante las cuales se constituyeron las sociedades Inpalsa S.A. y GHL Hoteles S.C.A., por cuanto las deficiencias en su constitución debieron ser alegadas antes del vencimiento de los 5 años que prevé el canon 235 de la ley 222 de 1995.

7. Puestas en ese orden las cosas, se confirmará la sentencia apelada, aunque con las precisiones aquí esbozadas. Se condenará en costas de



segunda instancia a la parte apelante, al tenor del art. 365, numeral 3º, del CGP.

DECISIÓN

Con base en lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en Sala Civil Tercera de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **confirma** la sentencia de fecha y procedencia anotadas, por las razones aquí expuestas.

Condénase en costas de segunda instancia a la parte apelante, que se liquidarán conforme a lo previsto en el art. 366 del CGP. Para su valoración el magistrado sustanciador fija como agencias en derecho de la segunda instancia, la suma de \$3.500.000.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA

MAGISTRADO

MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO

MAGISTRADA

FLOR MARGOTH GONZALEZ FLOREZ

MAGISTRADA

Firmado Por:

Jose Alfonso Isaza Davila
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 018 Civil

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

Martha Isabel Garcia Serrano
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 009 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **9ccaf42d188ea9f8f557c8cb4b647c9827f840035a634bc93661014c4617523f**

Documento generado en 26/10/2023 05:51:28 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 DE DECISIÓN CIVIL

Bogotá, D. C., veintisiete de octubre de dos mil veintitrés

11 001 31 03 021 2021 00 379 01

Ref. proceso verbal de Biotronitech Colombia S.A.S. frente a Kuan Salud S.A.S.

Se admite el recurso de apelación que presentó la parte demandada contra la sentencia que el 22 de septiembre de 2023 profirió el Juzgado 21 Civil del Civil del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia.

En su momento, **la secretaría controlará el surtimiento de los traslados de que trata el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022.**

Las partes tendrán en cuenta que los memoriales con destino a este proceso serán remitidos al correo electrónico secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.

Cumplido lo anterior, el expediente reingresará al despacho del suscrito Magistrado, para lo que haya lugar.

Notifíquese y cúmplase

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: 250c7ca15145b91ab09903a2f8057b8a318a2910bab3667644941fbefba8a8c2

Documento generado en 27/10/2023 03:04:27 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 D.C.
Sala Civil de Decisión

Magistrada Ponente
SANDRA CECILIA RODRÍGUEZ ESLAVA

CLASE DE PROCESO	VERBAL
DEMANDANTE	JORGE HERNÁN GALLEGO OTÁLVARO
DEMANDADO	INVERSIONES ODONTOLÓGICAS VIGAPA LTDA -EN LIQUIDACION-
RADICADO	11001310302420190058701
PROVIDENCIA	Interlocutorio nro. 109
DECISIÓN	<u>CONFIRMA</u>
FECHA	Veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la providencia de fecha 28 de julio de 2023, mediante la cual el Juzgado Veinticuatro Civil del Circuito de Bogotá, decretó la terminación del proceso por desistimiento tácito.

2. ANTECEDENTES

2.1. El 25 de octubre de 2019 se admitió a trámite la demanda declarativa formulada por Jorge Hernán Gallego Otálvaro en contra de Inversiones Odontológicas Vigapa Ltda. en liquidación, providencia en la que se dispuso informar a la totalidad de socios que conforman la sociedad, "*previo a desplegar actuaciones referentes a la notificación de la pasiva*".¹

¹ PDF 0005 pág. 6



El 5 de mayo de 2023, la parte demandante allegó prueba de las notificaciones realizadas, entre las que se encuentra la del señor Mauricio Parra: *"notificación por aviso artículo 292 del C.G.P. a la dirección calle 40 No. 77 A- 85"*.²

El 21 de noviembre de 2022, no se tuvo en cuenta el trámite de citación de Mauricio Parra Góngora, toda vez que se indicó de manera incorrecta la dirección del juzgado, señalándose calle 11 No. 9-45, siendo realmente la calle 12 No. 9 – 23 piso 4 de esta ciudad, aparte de que no se indicó el nombre de la demandada Inversiones Odontológicas Vigapa Ltda en liquidación.³

Por auto del 19 de abril de 2023, notificado en estado No. 0029 del día siguiente, tampoco se tuvo en cuenta las nuevas notificaciones realizadas al señor Mauricio Parra Góngora en los términos del artículo 8º de la Ley 2213 de 2022, pues según el *a quo* debía agotarse el trámite de integración del contradictorio conforme las disposiciones del Código General del Proceso; en consecuencia, se ordenó que en el término de 30 días siguientes procediera a enterar al demandado Mauricio Parra Góngora conforme al estatuto procesal civil so pena de declarar el desistimiento tácito del proceso.⁴

2.2. Auto recurrido. El 28 de julio de 2023, se terminó el proceso por desistimiento tácito, por considerar que la parte actora no cumplió con la carga impuesta, y que *"se limitó simplemente a solicitar la remisión del link, sin atender que este ya había sido remitido el pasado veintiséis (26) de abril hogaño"*, por lo que su conducta se encontraba enmarcada dentro del numeral 1 del artículo 317 del Código General del Proceso. Allí mismo, se ordenó el levantamiento de las medidas

² PDF 0019

³ PDF 0022

⁴ PDF 0026



cautelares, desglose de los documentos aportados y archivo del proceso.⁵

2.3. El recurso de reposición, en subsidio apelación.

Inconforme con esa determinación, el apoderado de la demandante la recurrió con sustentó en que, sí se intentó el enteramiento de la demanda el 19 de mayo de 2023 a Mauricio Parra Góngora, a quien se remitió el citatorio de que trata el artículo 291 del C.G.P. mediante la empresa Enviamos Comunicaciones S.A.S, solo que el mismo fue negativo.⁶

2.4. Concede recurso de apelación. En auto del 25 de septiembre de 2023 el Juzgado 24 Civil del Circuito de Bogotá, mantuvo la decisión atacada y concedió el recurso de alzada, para que la pugna fuese resuelta por esta magistratura.

3. CONSIDERACIONES

3.1. El recurso de apelación, tal y como es menester de ley, tiene por objeto que el superior jerárquico examine la decisión adoptada en primera instancia, con el fin de revocarla o reformarla, si es el caso, únicamente cimentado en aquellos reparos formulados por el apelante.

3.2. Se ha sostenido por la jurisprudencia que el desistimiento tácito, constituye *"una forma de terminación anormal del proceso, que se sigue como consecuencia jurídica del incumplimiento de una carga procesal a cargo de la parte que promovió un trámite, y de la cual depende la continuación del proceso, pero no la cumple en un determinado lapso, con la cual se busca sancionar no sólo la desidia sino también el abuso de los derechos procesales. No todo desistimiento tácito significa la terminación del proceso, ya que la*

⁵ PDF 0033

⁶ PDF 0034



decisión judicial a tomar dependerá de la clase de trámite que esté pendiente de adelantarse.”⁷

Se erige de esta forma, como una institución sancionatoria de tipo eminentemente procesal, cobijada por los mandatos constitucionales (art. 29 y 229) que abogan por el otorgamiento de una justicia pronta y eficaz, en aras de materializar los asuntos sometidos a consideración de la jurisdicción, respecto de los cuales, las partes muestran interés en su resolución dando cumplimiento a las cargas que les imponen las normas adjetivas. Así, se erradican las dilaciones injustificadas, la inobservancia de los términos procesales, proscribiendo de tajo el mantenimiento eterno de medidas cautelares y la sujeción indefinida de los demandados a un litigio.

El artículo 317 del Código General del Proceso, estableció la figura del desistimiento tácito en dos modalidades de aplicación, a saber: i) el subjetivo, consagrado en el numeral 1º de la norma en cita, que impone la terminación del proceso o de la actuación, si el demandante o interesado no cumple con el requerimiento realizado por el juez relativo a que en 30 días se satisfaga la carga pendiente para la continuidad del trámite y; ii) el objetivo, que tiene lugar sin necesidad de requerimiento previo y sin miramiento en culpa alguna, toda vez que sanciona con terminación del proceso la mera inactividad total del trámite por un lapso superior a un año cuando en primera o en única instancia no se ha proferido sentencia u ora, cuando han transcurrido dos años desde la ejecutoria de la sentencia hallándose el expediente bajo completo abandono.

3.3. En el presente asunto, nos ubicamos en el primero de los escenarios planteados en el citado artículo 317 del Código General del Proceso. Así, revisado el auto que motivó la impugnación, se advierte que a través del mismo se terminó el proceso por

⁷ C-1186-08, Mg. Pte. Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, sala Plena de la Corte Constitucional



desistimiento tácito, en razón a que la parte demandante no acreditó haber dado cumplimiento a la orden impartida en proveído del 19 de abril de 2023, en el que el despacho otorgó a la actora un término de 30 días para que notificara al señor Mauricio Parra Góngora, so pena de las sanciones contenidas en el aludido precepto. Decisión contra la que no se interpuso recurso alguno.

Ahora bien, habiendo transcurrido más de tres meses desde la firmeza del proveído inicialmente opugnado, sin que la parte interesada hubiera demostrado que notificó al demandado, se dispuso la terminación del proceso por desistimiento tácito y consecuentemente se ordenó la cancelación y levantamiento de medidas cautelares decretadas, así como el archivo del proceso.

3.4. Conforme a lo expuesto, se evidencia que, al margen de las anteriores determinaciones adoptadas en el proceso de la referencia, respecto de cuyo acierto no le compete a este Tribunal exhibir postura alguna, lo aquí relevante es si la causa que conllevó a la terminación del proceso, se ajusta a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 317 del Código General del Proceso.

En efecto, vencido el término otorgado por el despacho en la providencia del 19 de abril de 2023, la cual, se itera, se encontraba debidamente ejecutoriada, sin que se hubiera acreditado el cumplimiento al mandato en ella impartido, es evidente que el juez de primer grado se encontraba en el supuesto fáctico del numeral 1 del artículo 317 del estatuto procesal civil, pues feneció el periodo otorgado sin que se hubiera cumplido la carga o acto de parte ordenado, luego procedía aplicar la sanción legal del desistimiento tácito, tal como lo hizo.

Y es que, se encuentra demostrado que el auto de requerimiento fue notificado por estado el 20 de abril de 2023⁸, lo que significa

⁸ PDF 0027



que el término de 30 días otorgado, empezó a contar a partir del día siguiente y transcurrió hasta el de 5 de junio de 2023.

Ahora bien, el 9 de junio de 2023 ingresó el proceso al despacho sin que se hubiera aportado soporte de actuación alguna del interesado en el sentido exigido por el despacho, e incluso, allí permaneció hasta el 28 de julio, cuando finalmente se terminó por desistimiento.

3.5. Posterior a ello, al interponerse el recurso de reposición y subsidiario de apelación por la parte demandante se aportaron documentales, de las que se extrae que el 19 de mayo de 2023 fue intentada la citación al demandado Mauricio Parra Góngora, de que trata el artículo 291 del C.G.P. a la dirección calle 40 No. 77 A- 85, solo que la misma no fue entregada porque la dirección no existe, según certificación adjunta, expedida el 24 de mayo de 2023, por la empresa de correo certificado.⁹

De lo reseñado se precisa, en primer lugar, que es evidente la extemporaneidad del aporte que se hizo de las documentales con las que ahora se pretende justificar que sí se actuó por el actor de manera diligente buscando el cumplimiento de la orden impetrada, pues las mismas no se allegaron en los 30 días concedidos por el despacho en la providencia del 19 de abril anterior, para acreditar la gestión adelantada, motivo por el cual se terminó el proceso, y como segundo argumento, se observa que en la providencia referida, se ordenó al extremo demandante *"enterar de este proceso al señor Mauricio Parra Góngora, en la forma dispuesta dentro del proceso, so pena de declarar terminada la presente actuación (...)"*, y lo cierto es que con la copia de la citación realizada, lo que se evidencia es que la misma no fue efectiva, ya que no fue posible enterar al accionado de la demanda, sin que se hubiera comprobado que se hubiera intentado su convocatoria a otra dirección, así fuera electrónica, menos aún

⁹ PDF 0034



se procedió por el interesado a solicitar el emplazamiento de dicho demandado, si es que desconocía otra dirección donde pudiese ser noticiado.

3.6. En tal virtud, se colige que la parte demandante no desplegó todas las gestiones destinadas a cumplir con la orden impartida, pues ni siquiera puso en conocimiento del despacho el citatorio remitido en el término otorgado, sino sólo al momento de opugnar el auto que dio fin al proceso, siendo una omisión únicamente imputable al inconforme y que no tiene la entidad suficiente para revocar la decisión atacada, no siendo posible para el *a quo* tener conocimiento de que había intentado actuaciones que no habían sido oportunamente traídas al proceso, por lo que en aplicación irrestricta de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 317 del Código General del Proceso, se impone la confirmación de la aludida determinación.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. – Sala Civil,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el proveído recurrido, de conformidad con las consideraciones que anteceden.

SEGUNDO: Oportunamente devuélvase lo actuado al Despacho de origen.

NOTIFÍQUESE



SANDRA CECILIA RODRÍGUEZ ESLAVA
Magistrada

Firmado Por:

Sandra Cecilia Rodriguez Eslava

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: **23d82009cbd87bd85af93409caf3de77cd295b8582b2d0490480b32443326860**

Documento generado en 27/10/2023 05:18:31 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 D.C.**



SALA CIVIL

MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO
Magistrada Ponente

Bogotá D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Proceso.	Verbal – Pertenencia
Radicado N.º	11001 3103 025 2019 00206 01
Demandante.	David Esteban Cañón Granados
Demandado.	Inversiones López Mejía y Cía. S. en C. y Otros

1. ASUNTO A RESOLVER

El recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del demandado Jorge William Correa en contra del auto proferido el 26 de abril de 2023, por el Juez 25 Civil del Circuito de Bogotá D.C., mediante el cual, se aprobó la liquidación de costas en el asunto de la referencia, y objeto de modificación por auto de 8 de agosto siguiente, para fijar como agencias en derecho de primera instancia la suma de \$12.000.000,00, a cargo de la parte demandante, y a favor de ambos demandados en partes iguales (\$6.000.000,00 para cada uno)¹.

2. ANTECEDENTES

2.1. En el proveído censurado, la autoridad de primer grado impartió aprobación a la liquidación de costas, en la que se incluyó la suma de \$3'000.000, por concepto de agencias en derecho de primera instancia.

2.2. Inconforme con lo decidido, el apoderado del demandado Jorge William Correa, interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación.

Alegó que las agencias en derecho fijadas, no llegan siquiera al mínimo de porcentaje establecido por el Acuerdo entre el 3% y el 7.5% de lo pedido; además, no se tuvo en cuenta que fueron dos (2) demandados,

¹ Asignado por reparto al despacho de la Magistrada Ponente el 6 de septiembre de 2023, Secuencia 7714.

razón por la cual, se debieron liquidar las agencias en derecho para cada uno de éstos.

Tampoco la cuantía estimada por el demandante que fue la suma aproximada de \$800.000.000, cuantificada sobre la base del valor de los inmuebles en disputa y que el proceso subió en apelación, sin que se sustentara el recurso por lo que se declaró desierto, lo que, en su sentir, se generaron unas costas que no fueron liquidadas.

En consecuencia, pidió que se ajusten a un porcentaje directo con la naturaleza del proceso, sin desconocer los límites del Acuerdo ni la labor realizada por el apoderado hasta que se dictó sentencia.

2.3. Mediante auto del 8 de agosto de 2023, el *A quo* modificó la decisión y concedió la alzada interpuesta de manera subsidiaria, atendiendo a que, si bien accedió a la censura, y aumentó la suma de agencias en derecho en valor de \$12'000.000,00 (num. 5º, art. 366 C.G.P.), advirtiendo que corresponde \$6.000.000,00 a Inversiones López Mejía y Cía. S En C., y \$6.000.000 a Jorge William Correa, no fue por los montos perseguidos por el demandado en su impugnación.

3. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

3.1. Antes de entrar a desatar el recurso de apelación, diremos que la suscrita Magistrada sustanciadora es competente para ello, en razón a lo previsto en el artículo 321 y numeral 5º del art. 366 del Código General del Proceso, con arreglo a lo dispuesto en el art. 35 *ibídem*.

3.2. Ahora bien, imperioso se torna recordar que el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., dispone que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio, o a quien se le resuelvan desfavorablemente los recursos de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya interpuesto.

A su vez, el numeral 4º del canon 366 *ibídem*, dispone que:

“para la fijación de agencias en derecho *deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura*. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, *el juez tendrá en cuenta, además la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas*” (Se resalta)

Es así que la determinación del monto por concepto de costas y agencias en derecho le corresponde realizarlo al operador judicial, quien de manera discrecional lo fija dentro de los criterios establecidos.

Para el efecto, el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 - *normatividad aplicable al caso*- define las agencias en derecho, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 2º. Criterios. Para la fijación de agencias en derecho el funcionario judicial tendrá en cuenta, dentro del rango de las tarifas mínimas y máximas establecidas por este acuerdo, la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad, que permitan valorar la labor jurídica desarrollada, sin que en ningún caso se puedan desconocer los referidos límites.”

En el caso de los procesos declarativos en general en primera instancia, según su artículo 6º, dispone:

“b. Por la naturaleza del asunto. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 10 S.M.M.L.V.”

3.3. Trasladado lo anterior al presente caso, se advierte de entrada que el Juez de primer grado, partió de unos límites y tasación de agencias en derecho no acordes con el pleito, esto es, *“entre el 3% y el 7.5% de lo pedido”*; luego entonces, el monto o cantidad señaladas –\$12.000.000,00, a cargo de la parte demandante, y a favor de ambos demandados en partes iguales (\$6.000.000,00 para cada uno)-, en verdad no se encuentra dentro de los estrictos límites máximos y mínimos establecidos en el Acuerdo No. PSAA16-10554 citado *“b. Por la naturaleza del asunto. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 10 S.M.M.L.V.”*.

Lo anterior, por cuanto, atendiendo la naturaleza del proceso verbal de mayor cuantía (pertenencia), nada tiene que ver el avalúo catastral de los inmuebles a usucapir, motivo por el cual, no es de recibo para esta Corporación la réplica planteada por el recurrente y menos lo señalado por el *A quo* en la providencia que modificó las agencias en derecho (auto de 8 de agosto de 2023²), teniendo en cuenta que ello no fue objeto de controversia, ni de pronunciamiento alguno por el Funcionario cognoscente; además, por tratarse de un proceso netamente declarativo, ese aspecto no se encuentra de manera expresa en el Código General

² Expediente digital, Archivo 011 (Pdf. 14 y s.s.)

del Proceso, ni en el Acuerdo referido y, por ello, no puede ser tenido en cuenta.

En cuanto, al recurso de apelación instaurado por el demandante contra la sentencia, ésta actuación no generó fijación de agencias en derecho, dado que se declaró desierto por auto de 27 de febrero de los corrientes³, razón por la que nada incide en la tasación de las mismas.

Por demás, se recuerda que las agencias en derecho, son los gastos efectuados por concepto de apoderamiento, las cuales se decretan en favor de la parte y no de su representante judicial, pues son una contraprestación por los gastos en que incurrió para ejercer la defensa judicial de sus intereses, sin que puedan entenderse que corresponden a los honorarios efectivamente pagados por la parte triunfante a su representante judicial.

3.5. Bajo los anteriores razonamientos, se modificará el auto apelado para señalar como agencias en derecho de primera instancia, la suma de seis (6) s.m.m.l.v., que corresponden para la fecha de proferida la sentencia (28 de noviembre de 2022) a un total de \$6.000.000,00 a cargo de la parte demandante, y en favor de los demandados en partes iguales, cifra que resulta ser más razonable y proporcionada, de cara a las labores de defensa que se desplegaron en este juicio, acorde a la duración del mismo (aproximadamente 3 años) y en armonía con los prenombrados parámetros legales.

3.6. No se condenará en costas a la parte apelante, por no aparece causadas (art. 365 del C.G.P).

En mérito de lo expuesto, la suscrita Magistrada Sustanciadora integrante de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá D.C.,

4. RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el auto del 26 de abril de 2023, proferido por el Juez 25 Civil del Circuito de Bogotá D.C., que tuvo una modificación por proveído de 8 de agosto siguiente, el cual quedará al siguiente tenor literal:

“APROBAR la liquidación de costas por un monto total de \$6.000.000,00, discriminadas así:

Seis (6) s.m.l.m.v., como agencias en derecho de primera instancia que para la fecha de proferida la sentencia (28 de noviembre de

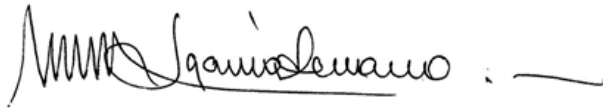
³ Expediente digital, carpeta 04CuadernoTribunal, Archivo 007.

2022) corresponden a un total de \$6.000.000,00, a cargo de la parte demandante, y en favor de la parte demandada en partes iguales.”

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas por no aparecer causadas.

TERCERO: DEVOLVER las diligencias a la autoridad de origen, una vez en firme este proveído.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO
Magistrada

Firmado Por:

Martha Isabel Garcia Serrano

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 009 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: 0888e55e91c1afe981056408c329fe4756ca23be0d346c5b39c7dcee37541e97

Documento generado en 26/10/2023 05:43:46 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 D.C.
Sala Civil de Decisión

Magistrada Sustanciadora
SANDRA CECILIA RODRÍGUEZ ESLAVA

Veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

027 2021 00347 01

Se admite, en el efecto suspensivo, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 31 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado 27 Civil del Circuito de esta ciudad.

Téngase en cuenta que el presente trámite se rige por la Ley 2213 de 2022¹, por lo que, ejecutoriada la presente providencia, comenzará a correr el término de cinco (5) días para que sea sustentado, so pena de declararlo desierto.

¹ Artículo 12: "El recurso de apelación contra sentencia en los procesos civiles y de familia, se tramitará así:

Sin perjuicio de la facultad oficiosa de decretar pruebas, dentro del término de ejecutoria del auto que admite la apelación, las partes podrán pedir la práctica de pruebas y el juez las decretará únicamente en los casos señalados en el artículo 327 del Código General del Proceso. El juez se pronunciará dentro de los cinco (5) días siguientes.

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. De la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días. Vencido el término de traslado se proferirá sentencia escrita que se notificará por estado. Si no se sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto. Si se decretan pruebas, el juez fijará fecha y hora para la realización de la audiencia en la que se practicarán, se escucharán alegatos y se dictará sentencia. La sentencia se dictará en los términos establecidos en el Código General del Proceso."



Vencido ese plazo y cumplida la carga anotada, se correrá traslado a la parte contraria por el mismo lapso, de conformidad con lo previsto en el artículo 12 de dicha normatividad.

NOTIFÍQUESE,

SANDRA CECILIA RODRÍGUEZ ESLAVA

Magistrada

Firmado Por:

Sandra Cecilia Rodriguez Eslava

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: **5de47d30d8422157e9b9d5f7af00c3f40cc8bee5bfb9ed0d9d461721fcd75ea**

Documento generado en 27/10/2023 05:26:23 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 CIVIL**

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Radicación 110013103028 2017 00143 02

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, una vez ejecutoriado el auto que admite la alzada, **SE ORDENA:**

Correr traslado al apelante por el término de cinco (5) días para sustentar el recurso, so pena de declararlo desierto.

Vencido dicho lapso, si se satisface la carga procesal, se otorgará el mismo plazo a la parte contraria, para que se pronuncie al respecto.

Infórmese a los señores abogados que los memoriales deben dirigirse al correo institucional del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co -artículo 109 del Código General del Proceso-; remitiendo un ejemplar a los demás intervinientes en el juicio, según los lineamientos del artículo 78 numeral 14 *ídem*, en concordancia con el artículo 3 de la Ley en cita.

NOTIFÍQUESE.

Firmado Por:
Clara Ines Marquez Bulla

Magistrada
Sala 003 Civil
Tribunal Superior De 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: **9709eb7710ea2eebf92939b0f1cb8a3e413c8901bdfb5049bfe1642b5a10466a**

Documento generado en 27/10/2023 10:34:59 AM

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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: **ANGELA MARÍA PELÁEZ ARENAS**
RADICACIÓN: **11001-31-03-029-2021-00013-01**
PROCESO: **VERBAL**
DEMANDANTE: **LUIS EDILBERTO RONDÓN**
HERNÁNDEZ
DEMANDADO: **HENRY BUITRAGO RUIZ Y OTROS**
ASUNTO: **DECLARA DESIERTO RECURSO DE**
APELACIÓN

En atención al informe secretarial del día de hoy, mediante el cual se hace constar que el extremo activo no sustentó la alzada interpuesta contra la sentencia emitida el 3 de agosto del año en curso, en los términos de que trata el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, se dispone:

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, frente a la sentencia dictada el día 3 de agosto del año que avanza, por el Juzgado Veintinueve Civil del Circuito de Bogotá, al interior del proceso de la referencia.

SEGUNDO: En firme la presente providencia, ofíciase a la oficina judicial de origen informándole sobre la decisión aquí adoptada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ANGELA MARÍA PELÁEZ ARENAS
Magistrada

Firmado Por:

Angela Maria Pelaez Arenas
Magistrada
Sala 009 Civil
Tribunal Superior De 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: **17256e6bff9aad76d21902ece5993586c1dffa6d5e59a020d2c0581e68a996ac**

Documento generado en 27/10/2023 04:46:49 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 DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL DE DECISIÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

11001-31-03-030-2012-00553-01

Por encontrarse legalmente procedente, el Despacho dispone:

Admitir en el efecto **SUSPENSIVO**, el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en contra de la sentencia proferida el día 16 de junio de 2023, por el Juzgado Treinta Civil del Circuito de Bogotá.

Una vez cobre ejecutoria la presente decisión, contrólense los términos con los que cuenta el aquí apelante para sustentar la alzada formulada, conforme lo consagra el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022. Transcurrido dicho lapso, de la sustentación presentada se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días, a fin de que, si a bien lo tiene, se pronuncie frente a las manifestaciones elevadas por el impugnante.

Por Secretaría, una vez vencidos los mencionados términos, ingrese el expediente al Despacho, con el propósito de emitir la decisión que en derecho corresponda.

Las partes allegarán el escrito sustentatorio y su réplica, a la dirección de correo electrónico secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.

NOTIFÍQUESE,

ANGELA MARÍA PELÁEZ ARENAS
Magistrada.

Firmado Por:
Angela Maria Pelaez Arenas
Magistrada
Sala 009 Civil
Tribunal Superior De 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: **582ec15a3c8b2ed2ef00d326034518180a1f8eae621d0ae98fad8afe16887f6**

Documento generado en 27/10/2023 12:58:27 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
SALA CIVIL

Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTES	:	OMAR DARÍO TORRES MORENO Y OTRA
DEMANDADO	:	LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS
CLASE DE PROCESO	:	VERBAL-responsabilidad civil
MOTIVO DE ALZADA	:	APELACIÓN SENTENCIA

Se ADMITE en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia que profirió el 15 de noviembre de 2022, el Juzgado 32 Civil del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia.

Una vez ejecutoriada esta providencia, la secretaría procederá a contabilizar el término de cinco (5) días que el apelante tiene para sustentar su recurso, pues en caso de no hacerlo, se le declarará desierto; del escrito de sustentación que el recurrente presente se correrá traslado a la parte contraria en la forma y términos previstos por el artículo 12, en concordancia con el 9, de la Ley 2213 de 2022.

La sustentación, como sus réplicas, se remitirán al correo electrónico secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co . Cada parte, si es del caso, acreditará el envío del escrito a su contraparte para los efectos del artículo 3 y el parágrafo del artículo 9 de la Ley mencionada, lo cual deberá ser tenido en cuenta por la Secretaría.

Notifíquese,


RICARDO AGOSTA BUITRAGO
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

*Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil
veintitrés (2023).*

*REF: VERBAL REIVINDICATORIO de CLARA
PATRICIA ACEVEDO DAZA y HEREDEROS DE BLANCA MARINA DAZA
OLAYA contra IVÁN GERARDO BELLO MEDINA. Exp. 035-2017-00272-02.*

*MAGISTRADO PONENTE: JORGE EDUARDO
FERREIRA VARGAS.*

*Discutido y aprobado en Salas de Decisión del 27 de
septiembre y 25 de octubre del 2023.*

*Decide la Corporación el recurso de apelación
interpuesto por la parte convocada a la litis contra la sentencia de fecha 26 de
julio del 2023, dictada en el Juzgado Treinta y Cinco Civil del Circuito de
Bogotá.*

I. ANTECEDENTES

1.- El 17 de mayo del 2017 (fl. 26, 001CuadernoPrincipal.pdf), la persona natural Clara Patricia Acevedo Daza, curadora de Blanca Marina Daza Olaya, actuando a través de apoderada judicial, entabló demanda declarativa reivindicatoria contra Iván Gerardo Bello Medina y los herederos indeterminados de Gerardo Bello González, con miras a que se declare que la última por ser propietario del inmueble con folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-339527 de esta ciudad, tiene derecho a su restitución como al pago de frutos naturales o civiles, “no solo los percibidos, sino también los que el dueño hubiere podido percibir con mediana inteligencia y cuidado (...), desde el mismo momento de iniciada la posesión, por tratarse el demandado de un poseedor de mala fe, hasta el momento de la entrega del inmueble, al igual que el reconocimiento del precio del costo de las reparaciones que hubiere sufrido el demandante por culpa del poseedor”, amén de la indemnización de las expensas necesarias contenidas en el artículo 965 del Código Civil, así como la cancelación de cualquier gravamen (pág. 19 y ss., 001CuadernoPrincipal.pdf).

2.- Las suplicas tienen su apoyo en la causa petendi que, en síntesis, se expone (págs. 19, ib.):

2.1.- Blanca Marina Daza adquirió el 50% del predio en cuestión mediante Escritura Pública No. 897 del 26 de abril de 2000 corrida en la Notaría 48 del Círculo de Bogotá, en la que figura como vendedor Gerardo Bello González.

2.2.- Más adelante, obtuvo el porcentaje restante, esto, en virtud de la Escritura Pública No. 2234 del 11 de julio de 2000, “de manos del señor CIRO IVÁN PALACIOS APONTE”.

2.3.- “Para la fecha de la compra la señora BLANCA MARINA DAZA OLAYA mantenía una relación sentimental con el señor GERARDO BELLO GONZÁLEZ”. El último fungía como administrador de la casa y arrendaba los locales, reconociendo a la demandante como “la real propietaria y entregando mes a mes el producto de los arrendamientos de la misma”.

2.4.- “Infortunadamente la Sra. DAZA OLAYA comenzó a presentar serios problemas de salud mental de carácter grave a punto de perder la razón, lo que obligó a sus hijas a dedicarse al cuidado personal de la misma”, es más, ante la gravedad de la situación debió iniciarse un proceso de interdicción ante el Juzgado Noveno de Familia de Bogotá.

2.5.- “El Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Bogotá valoró y confirmó que la señora BLANCA (...) presenta un cuadro clínico de demencia de inicio tardío”, por ello, fue declarada interdicta por discapacidad absoluta mediante sentencia de 13 de marzo de 2017, proferida por el citado juzgado, así pues, ese estrado designó como curadora a su hija Clara Patricia Acevedo Daza.

2.6.- “El señor GERARDO BELLO GONZÁLEZ venía ejerciendo, como se dijo, la administración del bien y arrendando los locales que constituyen el mismo, entregando la renta correspondiente para la manutención de la interdicta a la Sra. CLARA (...)”; sin embargo, aquél falleció el 8 de abril de 2017.

2.7.- Iván Gerardo Bello Medina, hijo del causante, “tomó posesión del bien a la muerte de su padre y ejerciendo vías de hecho ha negado el ingreso al mismo de la curadora y su familia”. Así mismo, “ha cesado en el pago de los arrendamientos propiedad de la interdicta, afectando con ello de manera grave el mínimo vital de la misma puesto que la grave enfermedad que la aqueja exige el pago de enfermera permanente, drogas y otras que eran cubiertas con las sumas que recibía de la administración de sus bienes”.

3.- El mencionado, Iván Gerardo Bello Medina, mediante apoderada judicial, se pronunció frente a los hechos propuestos y se opuso a las pretensiones (fls. 42 y ss., ib.).

4.- Más adelante, con ocasión del deceso de la demandante, sus herederos Jakeline Sánchez Daza, Luz Marleny Sánchez Daza, Blanca Ligia Acevedo Daza y Clara Patricia Acevedo Daza reformaron la

demanda, en la que adicionaron varios supuestos fácticos, mas con efectos fallidos (fl. 243, 006ContinuaciónCuadernoPrincipal.pdf); no obstante, se tuvieron como sucesoras procesales, así también, Néstor Alfonso Sánchez Daza (274, 008ContinuaciónCuadernoPrincipal.pdf).

5.- Por auto de 11 de marzo de 2021 se aceptó el desistimiento de las pretensiones invocadas frente a los herederos indeterminados de Gerardo Bello González (fl. 274, 008ContinuaciónCuadernoPrincipal.pdf).

6.- Surtidas las etapas de rigor, se dictó sentencia en la que se concedieron las pretensiones de la demanda, decisión que no compartió el extremo pasivo, por lo que interpuso la alzada que ahora se revisa (Derivados 62, 63 y 64 del cuaderno principal).

II. EL FALLO APELADO

7.- La juez a quo inició por señalar que se encontraban reunidos los presupuestos procesales, a continuación, descendió al análisis de legitimación en la causa por activa y pasiva, la acción reivindicatoria y estableció el alcance de la sucesión procesal a propósito del fallecimiento de la demandante Blanca Marina Daza Olaya y el juicio de sucesión que cursó ante el Juzgado Noveno de Familia de Bogotá.

Dilucidado lo anterior, encontró acreditada la mencionada legitimación, la identidad del bien y la posesión del predio en cabeza del demandado, esto último, con ocasión de su inasistencia a la audiencia que se llevó a cabo el 16 de noviembre de 2022, la demanda de pertenencia que adelantó ante el Juzgado 39 Civil del Circuito de Bogotá y la contestación del libelo introductorio; sin embargo, refirió, que ese apelativo sólo podía predicarse desde el fallecimiento de su padre, pues las pruebas aportadas dieron cuenta que los contratos de arrendamiento previamente habían sido autorizados por Gerardo Bello González (q.e.p.d.), amén de señalar -el demandado- que a propósito del carácter de su padre, no podía disponer del predio, por tanto, su posesión sólo tuvo cabida desde tal suceso, mas de mala fe desde el 22 de junio de 2017 cuando se notificó de la demanda reivindicatoria.

Finalmente, procedió a condenar al demandado a la restitución de los frutos civiles desde el 23 de junio de 2017 al 23 de julio de 2023, lo que tasó inicialmente en \$47'286138, y con ocasión de una solicitud de aclaración, en \$94'572.969,4 como aquellos que se causaran con posterioridad a la decisión, adicionalmente, sostuvo que no se acreditó mejora alguna. Por lo demás, condenó en costas a la pasiva.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

8.- Inconforme con lo resuelto, el demandado formuló recurso de alzada, en los siguientes términos:

- Las pruebas recaudadas en el expediente no fueron apreciadas en su conjunto, “y por ende no dieron cuenta de la oposición presentada frente a los hechos y pretensiones”.

-El fallo tiene estribo en afirmaciones discutidas y discutibles contenidas en una decisión proferida en proceso referente al mismo bien, sin tomar en cuenta lo ocurrido en éste. En efecto, no se tuvieron en cuenta los contratos de obra celebrados por el demandado como tampoco el contrato de arrendamiento solicitado al testigo Mauricio Rojas Casallas.

-Se evidenció la mala fe de las demandantes al haber utilizado la reforma de la demanda, “lo realizaron encontrándose en el término procesal permitido en el Código General del Proceso, sin embargo lo hicieron una vez se realizó la audiencia inicial del proceso de pertenencia 2017-372 (Juzgado 39 Civil del Circuito), la misma se llevó a cabo el 8 de octubre de 2019, posteriormente el 7 de noviembre, se realizó la inspección judicial al bien inmueble, y la reforma de la demanda fue presentada el 13 de diciembre de 2019”, en esa reforma, cambiaron los hechos y la parte demandada, “toda vez que en el curso de las diligencias en el Juzgado 39 Civil del Circuito, antes de dictar sentencia y de acuerdo a los testimonios rendidos, se puso en conocimiento del despacho que la posesión era ejercida por mi poderdante y su padre, y en audiencia del día 12 de febrero de 2020 en el minuto 10:41 el señor juez manifiesta que el señor GERARDO BELLO GONZÁLEZ (QEPD) y la señora BLANCA MARINA DAZA OLAYA ejercieron actos de señoría de manera conjunta”, “(e)n ninguna de las instancias de los procesos se ha accedido a reconocer el derecho de posesión que ejerció el señor GERARDO BELLO (QEPS)”.

-Sobre los hechos que modificaron en el supuesto 3º de la reforma de la demanda, no “acreditaron prueba del ‘préstamo’ con el que la señora Daza (QEPD), supuestamente pagó la totalidad del bien”, incluso, nunca probaron la figura de administrador ejercida por “Gerardo Bello González (QEPD), tampoco que recibieron dinero por concepto de cánones de arrendamiento de los locales comerciales o dinero alguno de aquél”.

- “No es loable que las demandadas indiquen diferentes versiones de los hechos, con esto se prueba que acomodan las declaraciones distando de la realidad de los hechos”. Es más, no “se tuvo en cuenta que los testigos, y quienes son arrendatarios de los locales comerciales del bien inmueble desde hace 12 años aproximadamente ni siquiera conozcan a ninguna de las demandantes”.

- “El Juez 39 Civil del Circuito afirma que el señor Gerardo Bello González ejerció actos de señor y dueño en el bien inmueble

hasta el día de su muerte, sin embargo desconoce que mi poderdantes el señor Iván (...), permaneció conjuntamente en el bien del inmueble y realizó actos constitutivos de señor y dueño, conocidos los mismos por habitantes del sector, no se tuvo en cuenta que se manifestó al despacho que el inmueble ubicado en la carrera 29C 79-80 ha sido el único domicilio de mi poderdante”.

- “(...) si bien es cierto que el padre del señor Iván (...) permaneció siempre en ese inmueble, fue reconocido como una persona conflictiva y grosera y se caracterizó por tener mala relación con todas las personas, y con el fin de no contradecirlo se le llevaba la idea poniéndolo en conocimiento de lo que se iba a realizar en el inmueble, así como lo indicaron los testigos estaba siempre presente, por su avanzada edad se le permitía opinar pero no quería decir que fuera quien mandara en el bien (...), el señor Iván siempre se hizo cargo de todos los gastos del inmueble”.

- “Ahora bien se puede evidenciar que las aquí demandadas (sic) hijas de Daza Olaya son mujeres académicamente preparadas, quienes pudieron orientar a su señora madre frente al manejo de su propiedad, no está claro” por qué permitieron el ingreso del señor Bello Medina, y “que viviera allí durante tantos años; toda vez que como lo indiqué a lo largo del litigio el señor Bello Medina nunca ha tenido un domicilio diferente”.

- “(...) Es por lo anterior y con el fin de conservar los actos de posesión tanto del padre de mi poderdante, como del mismo que en el presente recurso solicito (...) se tenga en cuenta lo establecido en los artículos 778 y 2521 del Código Civil (...)”.

“Lo anterior, teniendo en cuenta que así como se pudo probar en el proceso, el bien inmueble objeto del litigio así como consta en el certificado de libertad del mismo, inicialmente fue de propiedad de Ofelia Medina de Bello (fallecida el 25 de marzo de 1992), posteriormente pasó a ser parte de la sociedad conyugal que constituyó con Gerardo Bello González (fallecido el 8 de abril de 2017) y de dicha unión se procreó un solo hijo Iván Gerardo Bello Medina demandante del proceso (...), sin embargo y con ocasión del mal negocio ya puesto en conocimiento sin que se probara la existencia real de un pago, el bien (...) pasó a manos de Blanca Marina Daza Olaya quien durante muchos años sostuvo una relación clandestina con Gerardo Bello González, relación que nunca si quiera llegó a constituirse como unión marital de hecho, pues Daza Olaya y Bello González a pesar de su avanzada edad simplemente fueron novios, nunca siquiera compartieron lecho pues así como se indicó en el proceso ocasionalmente se quedaban juntos los fines de semana, sin embargo la parte demandante nunca probó que esa afirmación fuera cierta pues inclusive ninguno de los testigos quienes son vecinos del sector la conocen y eso que son personas que han vivido allí por un lapso de mucho tiempo; por lo que está claro que el bien inmueble a pesar de aparecer Daza Olaya como propietaria, la misma nunca lo fue porque siempre estuvo en manos de la familia Bello Medina, por lo mismo todos los interrogatorios de parte recibidos por el despacho confirman esta versión, sin embargo no se tuvieron en cuenta para llegar a la verdad”.

- “Desde el momento en que interpuse el recurso (...) manifesté que lo hacía también en contra de la decisión contenida en la sentencia de primer grado de condenar a mi representado al pago de una determinada suma de dinero pero entendido (sic) que tal determinación está fundada en la primera parte de la sentencia condenatoria al prosperar el recurso de apelación interpuesto debe también ser revocada esta condena en forma total subsidiariamente en caso no ser revocada la sentencia (...) esta suma de dinero de ser modificada para disminuirla sustancialmente por no haber quedado demostrado dentro del proceso que mi representado ha sido poseedor de mala fe”.

9.- Así mismo, por auto adiado 22 de septiembre de la presente anualidad se ordenó correr el traslado previsto en la Ley 2213 de 2022.

9.1.- A través de escrito enviado por correo electrónico a la Secretaría de este Tribunal el apelante -demandado- sustentó en debida forma sus reparos.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-procesal, como son demanda en forma, capacidad para comparecer, capacidad para ser parte y competencia, no merecen reparo alguno en el sub-lite, por estar reunidos, lo que obliga a emitir una decisión que desate la controversia.

2.- Con miras a resolver la apelación formulada por la parte demandada, debe decirse que este recurso se endereza a que el Superior revise la actuación de la juzgadora de 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.- El problema jurídico que debe solucionar esta Corporación se circunscribe a determinar, si hay lugar a revocar la sentencia y reconocer al demandado como “el titular del derecho de dominio a la vez que las demandantes nunca ejercieron su derecho de dominio”, y en ese camino, si resulta procedente el pago de los frutos civiles a los que fue condenado, incluso, de ser el caso, a su disminución por tratarse de un poseedor de buena fe.

De la acción reivindicatoria

4.- La acción incoada por la parte demandante es la reivindicatoria señalada en el artículo 946 del Código Civil que es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla, por tanto, es menester para su procedencia, según reiterada jurisprudencia, la demostración de los elementos que la configuran, que al tenor de las normas que la regulan, se contraen a los

siguientes: **a) Derecho de dominio en el demandante; b) posesión material en el demandado; c) cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; y, d) identidad entre la cosa que pretende el actor y la poseída por el opositor.**

Y, con ella se busca, en desarrollo del más característico atributo de los derechos reales como es el de persecución, obtener que el poseedor de un bien se lo restituya a su propietario que ha sido despojado de su señorío por parte de aquél, a quien el legislador, en principio, reputa y protege como dueño hasta el momento que otra persona demuestre tener sobre él mejor “derecho”, aspecto frente al cual la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil ha afirmado lo siguiente:

“El carácter de dueño, exigido por el artículo 946 del Código Civil, y la noción de propiedad prescrita por el artículo 950 de la misma obra, son figuras especialmente relativas. Aunque el dominio es un derecho sin respecto a determinada persona, suficiente para que su titular goce y disponga de la cosa mientras no atente contra la ley o contra derecho ajeno, la existencia del que compete al reivindicador, origen de la acción real de dominio, no se refiere sino al poseedor, y se prueba solo frente a éste. La declaración de propiedad, que en juicio reivindicatorio precede a la entrega, no da ni reconoce al reivindicador un dominio absoluto o erga omnes. Apenas respectivo o relativo, es decir, frente al poseedor. Y la sentencia de absolucón proferida en juicio de esta clase no constituye título de propiedad para el demandado absuelto”.¹

5.- Puntualizado lo anterior, de entrada, la Sala advierte que no existe debate en esta instancia frente a la acreditación de los requisitos relativos a derecho de dominio de la parte demandante, tampoco, de la naturaleza e identidad de la cosa a reivindicar, por tanto, descenderá al estudio de los argumentos que sustentan la alzada, y que tienen que ver, en general, con la acreditación de la posesión en cabeza del demandado, relativos a: **i).** La valoración probatoria de los elementos de convicción recaudados en el plenario; **ii).** El alcance de los contratos de obra y arrendamiento celebrados por el demandado; **iii).** La incidencia de la reforma de la demanda en la medida que se cambiaron los hechos y la parte convocada, amén que “(e)n ninguna de las instancias de los procesos se ha accedido a reconocer el derecho de posesión que ejerció el señor GERARDO BELLO (QEPS)”;**iv).** La prueba del préstamo al que se hizo alusión en el supuesto 3º de la reforma citada, es más, sobre la figura del administrador supuestamente ejercida por Gerardo Bello González (QEPD); **v).** La juez no “tuvo en cuenta que los testigos, y quienes son arrendatarios de los locales comerciales del bien inmueble desde hace 12 años aproximadamente ni siquiera conozcan a ninguna de las demandantes”; **vi).** “El Juez 39 Civil del Circuito afirma que el señor Gerardo Bello González ejerció actos de señor y dueño en el bien inmueble hasta el día de su muerte, sin embargo desconoce que mi poderdantes el señor Iván (...), permaneció conjuntamente en el bien del inmueble y realizó actos constitutivos de señor y dueño, conocidos los mismos por habitantes del sector (...)”; **vii).** Pese al

¹ Casación G.J. Tomo 43, pág. 339.

carácter del padre del demandado, el último “siempre se hizo cargo de todos los gastos del inmueble”; vii). No está clara la razón del ingreso al predio del señor Bello Medina, y “que viviera allí durante tantos años”; ix). “(...) con el fin de conservar los actos de posesión tanto del padre de mi poderdante, como del mismo que en el presente recurso solicito (...) se tenga en cuenta lo establecido en los artículos 778 y 2521 del Código Civil (...)”; x). “(...) el bien inmueble a pesar de aparecer Daza Olaya como propietaria, la misma nunca lo fue porque siempre estuvo en manos de la familia Bello Medina, por lo mismo todos los interrogatorios de parte recibidos por el despacho confirman esta versión, sin embargo no se tuvieron en cuenta para llegar a la verdad”; y, finalmente xi). Sobre el valor de los frutos, en caso de revocarse la sentencia, y de mantenerse, disminuya, al no poderse considerar que se trata de un poseedor de mala fe.

6.- Para entrar en materia, lo primero que debe puntualizarse es que es punto pacífico en el asunto que el convocado Iván Gerardo Bello Medina ostenta la calidad de poseedor del predio identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-399527, de suerte que, en síntesis, la alzada gravita en definir, de un lado, si esa calidad tiene la virtualidad para reconocerlo como titular del derecho de dominio de dicho predio; y de otra, de considerarse esa detentación, establecer si es posible calificarla de buena fe, pues memorase que la juez a quo la consideró de mala fe.

En ese contexto, recuérdese que cuando el demandado: “confiesa ser poseedor del inmueble en litigio, esa confesión tiene virtualidad suficiente para demostrar a la vez la posesión del demandado y la identidad del inmueble que es materia del pleito”, salvo claro está, siempre y cuando no se introduzca discusión alguna sobre el elemento de la identidad, o el juzgador motu proprio halle elementos de convicción que lo lleven a cuestionar dicho presupuesto. Conclusión que igualmente se predica en el caso de que el demandante afirme “tener a su favor la prescripción adquisitiva de dominio, alegada...como acción en una demanda de pertenencia y reiterada como excepción en la contestación a la contrademanda de reivindicación, que en el mismo proceso se formule”, porque esto “constituye una doble manifestación que implica confesión judicial del hecho de la posesión” (sentencia de 22 de julio de 1993, CCXXV-176).

De igual forma, es de tener en cuenta que en la demanda se indicó que el convocado a juicio tomó posesión del bien a la muerte de su padre.

6.1.- De cara a la primera cuestión -numeral 6.-, de entrada, debe decirse que aquél, mediante apoderada judicial, no propuso medio exceptivo alguno, entre aquéllos, la prescripción adquisitiva de dominio, y al tenor de lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 281 del Código General del Proceso “(l)a sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieran sido alegadas si así lo exige la ley (...)”, y el inciso 1º del artículo 282 ib., “(e)n cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que

constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda”, la juez a quo, aun en la hipótesis de encontrarla probada, no podía declararla, según se anotó.

Adicionalmente, es de puntualizar que no es viable en esta instancia estudiar la suma de posesiones aludida, esto, a propósito de la detentación material con ánimo de señor y dueño, que según se adujo, tenía Gerardo Bello González (causante) con la posesión que ostenta el convocado, comoquiera que se trata de aspecto novedoso que no fue puesto de presente en el trámite de la primera instancia. En otras palabras, descender a su análisis implicaría desconocer del derecho de la parte actora a defenderse y pronunciarse en ese sentido -debido proceso-, de tal modo, que no puede ser atendido en ésta, pues de admitirlo esta Sala de Decisión vulneraría el principio de congruencia.

Es de memorar que, “(l)a sentencia debe armonizar no solo con las pretensiones del demandante y las excepciones del demandado que hubieren sido probadas y alegadas, si así lo exige la ley, sino también con las circunstancias fácticas afirmadas por uno y otro como fundamento de su pretensión, o causa para pedir, y como sustento de sus defensas o excepciones de mérito”².

En efecto el principio de consonancia supone que “(l)as sentencias civiles han de pronunciarse respetando siempre los confines que el asunto controvertido representa para el legítimo ejercicio de la potestad institucional de la que los jueces están investidos, imperativo cuyo cabal observancia presupone el que se profiera fallo en relación con todas las acciones y excepciones que de acuerdo con la ley deba entenderse que se hicieron valor en juicio y no sean incompatibles con las aceptadas, pero solamente en relación con esas acciones o excepciones y no con otras distintas”³.

Sí así son las cosas, nada se dispondrá frente a la suma de posesiones a la que hizo alusión la apoderada judicial de Iván Gerardo Bello Medina como a la posibilidad de establecer que adquirió por prescripción adquisitiva de dominio el predio objeto de reivindicación, mucho menos, en lo que toca a la posesión o no que pudo detentar Gerardo Bello González (q.e.p.d.), y si está la fue de forma conjunta con su hijo.

En efecto, “(t)ratándose de un límite de la actividad decisoria del juez, la excepción debe entenderse en un sentido restringido, vale decir, como la contraposición a los hechos constitutivos aducidos por el actor, de otros de carácter modificativo, impeditivo o extintivo con la virtualidad de aniquilar sus pedimentos. Por consiguiente, el fallador solamente podrá acoger en la sentencia aquellos medios exceptivos de carácter sustancial aducidos por

² Cfr. C.S.J. Sal. Cas. Civ. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Sentencia de Marzo 28 de 2000. Exp. 5155.

³ Cfr. C.S.J. Sal Cas. Civ. M.P. Nicolás Bechara Simancas. Sentencia de Enero 21 de 2000. Exp. 5346.

el demandado o que oficiosamente pueda examinar, sin que, le sea dado proferir sentencia desestimatoria de las pretensiones del demandante atendiendo una excepción previa”⁴, esto, comoquiera que “(a)l interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial (...)”⁵.

En esa tarea, conviene señalar que en litigios como el que ahora ocupa la atención del Tribunal se ha admitido que la excepción de prescripción extintiva sea propuesta, sin embargo, para su triunfo esta debe ir aparejada con la consecuente consolidación de la prescripción adquisitiva de dominio del demandado poseedor.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado que: “como quiera que el elemento toral de la reivindicación consistente en el dominio alegado por el reivindicante puede verse afectado por la prescripción adquisitiva de propiedad, cuando el transcurso del tiempo y la presencia de los elementos constitutivos la consolidan, **si se presenta alegación de este fenómeno de la usucapión en debida forma**, ello puede impedir la prosperidad de la pretensión reivindicatoria del actor. En sentencia del pasado 6 de abril de 1999 , esta misma Corporación manifestó, reiterando la misma doctrina (sentencias de casación del 10 de octubre de 1994, 20 de noviembre de 1995 y 7 de octubre de 1997, entre otras), que: “Ahora, esa condición de poseedor que tiene el demandado en el proceso que se gesta con ocasión del ejercicio de la acción reivindicatoria, es la que de alguna manera lo habilita, bien para contrademandar (Art. 400 del C. de P. Civil), pretendiendo la declaración de pertenencia por “haber adquirido el bien por prescripción” (Art. 407 num. 1 ibídem) u oponer con apoyo en el hecho posesorio aunado al tiempo legal la excepción de “prescripción extintiva del derecho de dominio invocado por el actor como fundamento de su pretensión” (sent. de 7 de octubre de 1997), caso en el cual el fenómeno posesorio se enarbola como un enervativo de la reivindicación, así la excepción haya sido denominada como de prescripción adquisitiva, pues este modo con toda la atribución patrimonial que él importa, supone, como ya se anotó, su proposición como pretensión en la demanda de reconvención”,

“(...) Así las cosas, la usucapión es uno de los modos de adquirir el derecho de dominio, cuando el bien respecto del cual ella se ejerce, ha sido poseído por el tiempo exigido por la ley para el efecto, que en materia de inmuebles es de 10 años si se trata de prescripción adquisitiva ordinaria, a la cual ha de unirse justo título y buena fe del usucapiente, o de 20 años únicamente cuando ocurre la prescripción adquisitiva extraordinaria (Arts. 2527, 2528, 2529, 2531 y 2532 del Código Civil, este último con la modificación introducida a su texto original por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1936).

“Por consiguiente, dada la naturaleza y la íntima relación que ata en forma ineludible a la reivindicación con la usucapión, es claro que mientras el poseedor, por el hecho de serlo, avanza día tras día, con

⁴ (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 15 de enero de 2009”

⁵ Art. 11 del C.G. del P.

el paso del tiempo, hacia la adquisición del derecho de dominio por usucapión, en forma simultánea, cada día que transcurre, el propietario sufre un correlativo menoscabo en su derecho. Ello comporta entonces que, por ministerio de la ley y por su propia naturaleza, la sentencia que se ocupa de la usucapión sea puramente declarativa y no constitutiva, pues como lo ha sostenido esta Corporación, de vieja data, "no es la sentencia, sino la posesión exenta de violencia, clandestinidad o interrupción durante treinta años (hoy reducidos a 20, conforme al artículo 1o. de la Ley 50 de 1936), la fuente de la prescripción" (Sent. Cas. Civ., 22 de febrero de 1929, G.J. t. XXXVI, pág. 274).

“De allí que el demandado en reivindicación, quien estima haber ganado por prescripción el bien reivindicado, pueda alegar en su defensa la excepción extintiva de dominio del reivindicante, o bien formular la acción de pertenencia o declarativa de dominio mediante el trámite correspondiente.

“En ese orden de ideas, se tiene que, si conforme a lo dispuesto por el artículo 2512 del Código Civil, la prescripción extintiva de las acciones o derechos ajenos tiene ocurrencia cuando aquellas o éstos no se han ejercido ‘durante cierto lapso de tiempo’, y si, conforme a lo dispuesto por el artículo 2532 del Código Civil, con la modificación a él introducida por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1936, la prescripción adquisitiva extraordinaria opera por haberse poseído un bien por el término de 20 años, en forma simultánea corren tanto el término para que se produzcan la usucapión, de un lado y, del otro, la extinción del derecho de dominio sobre el mismo bien, en el entendido de que en forma consecucional, al propio tiempo, se extingue también la acción reivindicatoria de que era titular el antiguo propietario de aquel”⁶.

6.2.- Decantado lo anterior, en punto a los motivos de inconformidad que tienen que ver la reforma de la demanda que presentó la parte actora (Art. 93 del Código General del Proceso), es de señalar que, mediante auto de 23 de enero de 2020 (fls. 243 y 244, 006ContinuaciónCuadernoPrincipal.pdf), el juez a quo dispuso:

Para resolver sobre la reforma de la demanda presentada, el Juzgado CONSIDERA:

1. La reforma de la demanda pretendida se hace en nombre de herederos de la señora BLANCA MARINA DAZA OLAYA, hecho este que no existía a la fecha de presentación de la demanda, sino que sobrevino con posterioridad, esto es, con motivo de la defunción de la citada señora Blanca Marina Daza Olaya, ocurrida según el certificado de defunción aportado y visible a folio 78 del expediente, el 15 de febrero de 2019, circunstancia que no origina la reforma de la demanda sino el reconocimiento de sucesores procesales.

2. Las señoras Blanca Ligia Acevedo Daza, Clara Patricia Acevedo Daza, Luz Marieny Sánchez Daza, y Jakeline Sánchez Daza, otorgaron poder a abogada para que los represente en el presente trámite. Se echa de menos el poder del señor Néstor Alfonso Sánchez Daza. En virtud de tales poderes, se origina en el presente trámite es el reconocimiento de sucesores procesales de la demandante señora Blanca Marina Daza Olaya.

3. De lo anterior se concluye el rechazo de la reforma de la demanda, el reconocimiento de sucesores procesales, y reconocimiento de apoderado en nombre de quienes otorgaron poder.

Con apoyo en lo anotado, el Juzgado RESUELVE:

Primero.- Rechazar la reforma de la demanda.

Segundo.- Tener como sucesores procesales a los señores Blanca Ligia Acevedo Daza, Clara Patricia Acevedo Daza, Luz Marieny Sánchez Daza, Jakeline Sánchez Daza, y Néstor Alfonso Sánchez Daza.

Tercero.- Reconocer a la doctora Luz Myriam Carrasco Guataquirá, como apoderada de las señoras Blanca Ligia Acevedo Daza, Clara Patricia Acevedo Daza, Luz Marieny Sánchez Daza y Jakeline Sánchez Daza, en los términos consignados en los poderes allegados y visibles a folios 73 a 77 del cuaderno 1 del expediente.

Cuarto.- Para actuar en nombre del heredero Néstor Alfonso Sánchez Daza, debe aportarse el respectivo poder.

⁶ CSJ. Sala de Casación Civil. Sentencia del once de noviembre de 1999. Expediente No. 5281.

Luego es claro que mediante la providencia en cuestión no fue aceptada, razón por la que, la juez a quo no la tuvo en cuenta a la hora de finiquitar la primera instancia. Al respecto, nada se dispondrá sobre la posesión o no que pudo detentar Gerardo Bello González (q.e.p.d.), se itera, tampoco, sobre la prueba del “préstamo” al que se hizo alusión en el supuesto 3º de dicha reforma, todo, por sustracción de materia.

7.- Ahora bien, procede la Colegiatura a establecer, de acuerdo a los elementos que obran en el expediente, la data desde la que puede atribuirse que el demandado es poseedor del predio con folio de matrícula 50C-399527. Temática que en definitiva servirá para establecer si su posesión es de buena o mala fe, en ese orden, dilucidar la procedencia de los frutos civiles en favor de la parte actora.

Debe decirse que acorde con la contestación de la demanda, el accionado se atribuye la condición de poseedor desde el mes de agosto del año 2000, “fecha en la que llegó a habitar la vivienda en compañía de su padre (...); y desde entonces, viene ejerciendo actos de señor y dueño (...)”.

7.1.- En ese orden, entre los elementos de convicción traídos al expediente, tenemos:

a). Contrato de arrendamiento de local comercial suscrito entre Iván Gerardo Bello Medina como arrendador, Sergio Mineros y Rubén Camargo Quintero en calidad de arrendatarios (fl.34, 001CuadernoPrincipal.pdf), respecto del uso y goce del local comercial No. 2 ubicado en la Carrera 29 C No. 79-76 de esta ciudad, por el término de 12 meses, esto, a partir del 1º de septiembre de 2011.

b). Contrato de arrendamiento de local comercial suscrito entre Iván Gerardo Bello Medina en calidad de arrendador, Mauricio Rojas Casallas y James Suárez Camacho como arrendatarios (fl. 36, 001CuadernoPrincipal.pdf), respecto del uso y goce del local comercial No. 1 ubicado en la Carrera 29 C No. 79-76 de esta ciudad, por el término de 12 meses, contados a partir del 1º de septiembre de 2011.

c). Contrato de obra adiado 5 de febrero de 2001 suscrito entre Iván Gerardo Bello Medina y Noe Ruíz referente a la reparación y adecuación de un local comercial ubicado en la Kra. 36 No. 79-80 de Bogotá (fls. 38, ib.).

d). Contrato de adecuación local comercial entre Iván Gerardo Bello Medina y Víctor Julio Villalobos de fecha 23 de octubre de 2006, relativo a las reparaciones locativas del local comercial ubicado en la Kra 36 No. 79-80 (fl. 40, ib.).

e). En la providencia de 13 de marzo de 2019 proferida por el Juzgado Noveno de familia se advierte:

No así con la señora Jakeline Sanchez Daza, quien a pesar de postularse como curadora en su exposición refiere que está pendiente de su señora madre solo un fin de semana cada mes, dado que por acuerdo entre las hijas de Blanca Marina Daza Olaya se estableció que cada una de ellas a excepción de Clara Patricia Acevedo Daza se encarga del cuidado de la su progenitora un fin de semana, adicional a ello la señora Jakeline Sanchez Daza no puede informarle al despacho

circunstancias atinentes a los bienes de la señora Blanca Marina Daza Olaya, que quien de verdad este preocupado y atento por salvaguardar los interés de su progenitora debe conocer, como por ejemplo el valor de la pensión que esta recibe, dice que por el inmueble de propiedad de su progenitora ubicado en la Carrara 30 con calle 80 en donde vive quien se afirma que es el compañero sentimental de Blanca Marina Daza Olaya se recibe un arriendo en cuantía de \$800.000 cuando las demás testigos señalaron que este no cancela arriendo alguno y que el señor Gerardo Bello ayuda ocasionalmente con dinero y frecuentemente con frutas o verduras, la invita a almorzar, etc.; de otra parte requeridas las hijas de la señora Blanca Marina Daza Olaya para aportarán los documentos que acreditaran el manejo que se le ha dado a los dineros que se señala son propiedad de la señora Blanca Marina Daza Olaya, la señora Jakeline Sanchez Daza se limitó a aportar escrito en su calidad de contadora publica, informado que dichos dineros se encuentran prestados con interés algunas personas, sin allegar los soportes de dicho manejo, si señalar que personas son las acreedores en que cuantía, etc., lo que permite deducir que dicha persona en realidad no está al tanto de las necesidades propias de su progenitora, ni maneja de manera adecuada y responsable los dineros que señala tiene bajo su custodia y que son de propiedad de la señora de Blanca Marina Daza Olaya.

f). De otro lado, en el interrogatorio que rindió el demandado en el curso del expediente con radicado No. 2017-00372 (Mins. 5:17 y ss. 04FL2018CdAudiencia08Oct19 ExpedienteJuzgado39CCto2017-372), mencionó que está vinculado al inmueble ubicado en la Carrera 29 C 79-80 hace 49 años, pues era de su mamá, quien falleció en el año 1992. Más adelante, refirió que tuvo que apartarse del lugar por problemas con su padre -de mal genio, conflictivo-; sin embargo, regresó en el año 2000, pues su progenitor se encontraba enfermo, conducta que desplegó para estar pendiente y cuidarlo, así como para apersonarse de la casa, pagar las mejoras, servicios e impuestos. Inclusive, relacionó varios arreglos que realizó y afirmó que pagó los impuestos -desde 2010- y servicios públicos.

Igualmente, relató algunos pormenores de las negociaciones que se adelantaron con el inmueble con ocasión del fallecimiento de su progenitora; no obstante, adujo desconocer el detalle de aquella que involucró a Blanca Marina Daza Olaya, pues tiempo después su padre le contó. Con todo, fue enfático en señalar que nunca vio que su padre recibiera dinero. Igualmente, refirió algunas singularidades de la relación de Gerardo Bello González y la mencionada señora Daza Olaya.

Cuando se le increpó si cuando vivía su progenitor le hizo algún arreglo, mencionó que no, porque él no lo permitía, no dejaba que le hiciera nada, especificando, que tal situación correspondía al 2º piso del inmueble, puesto que sí arregló los locales en el año 2011 para arrendarlos, ya que con antelación los rentaba su padre.

El juez le preguntó la razón de que en la demanda se indicara que ejercía la posesión desde el año 2000, pues según su dicho la tenía

desde el año 2010, a lo que afirmó que desde la última anualidad estaba a cargo de “eso”.

Por último, indicó que: **i).** Blanca Marina ni sus hijos tenían pertenencias en esa casa; **ii).** Que el cambió las guardas por la presentación del proceso; y, **iii).** El valor de los cánones de arrendamiento y dio noticia de cierta información de los contratos de arrendamiento suscritos de cara a los locales comerciales.

g). La testigo Laura Camila Vargas Acevedo - Abogada, nieta de Blanca Marina Daza e hija de una de las demandantes- (Mins. 27'11 y ss. Derivado 058), reseñó que tuvo un vínculo familiar con el demandado, que se rompió en el año 2017. En ese camino, refirió que su abuela era la propietaria del inmueble, quien falleció en el año 2019, razón por la que se adelantó el trámite de sucesión. Resaltó que desde abril de 2017 se generó un conflicto entre las partes, “por codicia o avaricia o ambición de Iván”, pues pretendía apoderarse del inmueble, aprovechándose de la enfermedad de su abuela, al punto que con una serie de actos violentos y amenazas “con mis tías, nos desalojó”, es más, se apropió de los cánones de arrendamiento, pese a conocer la situación de la dueña, incluso, que cambió guardas e impidió el ingreso al predio. De otro lado, hizo alusión a que el proceso de pertenencia que adelantó Iván Gerardo Bello Medina no llegó a buen puerto.

Sobre los cánones de arrendamiento adujo que el demandado los ha recibido desde el 2017. Adicionalmente, relató la forma en que aquél ingresó al inmueble. Afirmó: “(...) solo hasta el 2017 es que digamos, destapa y él muestra sus intenciones, que yo creo que ni siquiera fue de él, sino llevado por su esposa y su hija a cometer lo que hizo y hacer lo que hizo con nosotros y con la familia, que si lo reconocíamos”.

De otro lado, precisó que en la inspección judicial que tramitó el Juzgado 39 Civil del Circuito de Bogotá se advirtió que el demandado no cambió la llave de seguridad, pues aquélla aun sirve. Finalmente, dio cuenta de la relación de su abuela con Gerardo Bello González, la enfermedad de la primera y que a raíz de sus padecimientos visitaba la casa los fines de semana, esto, hasta el 2017.

Finalmente, reseñó las particularidades de las rentas que recibe Iván Gerardo y enfatizó que los arrendatarios precisaron que se entendían con él.

h). Por su parte, Janet Marisa Pulido -Tecnóloga en Contabilidad y Finanzas, Blanca Marina Daza era su madrina- (Mins. 1'15 y ss. Derivado 058). Refirió que Iván Gerardo Bello Medina fue amigo de sus familiares, “y pues él vivió ahí en la cuadra con nosotros (...) cerca de nosotros”. Sobre el trámite de la referencia, resaltó que su madrina compró más o menos en el año 2000 la casa, quien se hacía cargo de los recibos, tema que conocía pues en las vacaciones se “quedaba en la casa de la 111 (...)”, es más, que aquélla los fines de semana estaba a cargo del predio objeto de las pretensiones.

Sobre la enfermedad indicó que la cuidó un tiempo, “siempre vi que Don Gerardo estuvo, pues al (...) tanto de ella, muy pendiente (...)”, incluso, narró que él estaba a cargo de la casa, por tanto, administraba el dinero de los locales. Manifestó que incluso enferma, su madrina visitaba el lugar, “(...) salían a pasear, salían todos a pasear, todos los casi todos los domingos (...) prácticamente (...) se reunían a almorzar (...)”. Resaltó que la demandante Clara se hizo cargo de su madrina, entendiéndose con Gerardo “para que le diera los dineros de la casa (...)”, es más, que, con permiso de la dueña, Clara dejó varias “cosas” allí. Pormenorizó sobre la relación entre Gerardo y su hijo Iván Gerardo, de modo que, detalló cómo ingresó el segundo al predio, esto, con el permiso Blanca Marina y sin que tuviera potestad sobre la casa. Adujo: “(...) mi madrina también me pagaba, a mí me pagaba de lo que ganaba de los arriendos de la Casa de la 30 de su casa (...)”.

Resaltó que cuando Gerardo Bello González falleció, Iván se comunicó con Clara para que sacará sus pertenencias del lugar, pues la casa era de él y “se apropió”, y en sus palabras, “tengo entendido que cambió las guardas (...)”.

A la pregunta: “¿Desde qué fecha Iván Gerardo aprovecha económicamente el inmueble?”, contestó: “(...) pues prácticamente fue cuando se murió Don Gerardo, que Iván pues hizo de la suyas, como le digo, digamos, fue un abuso de autoridad, porque él tomó, digamos, como si fuera su casa y esa casa no era él, era de mi madrina y por lo tanto, digamos que ellas eran las que tenían que cobrar los arriendos. Toda esa cuestión, pero en cambio él prácticamente fue el que se hizo cargo de todo, como si fuera el dueño”.

i). El tercero Elvis Maximino Caicedo –Técnico y Esposo de una de las sucesoras procesales- (Mins. 4:00 y ss. Derivado 059), mencionó que Blanca Marina Daza Olaya estaba en el bien -a reivindicar- los fines de semana con Gerardo y entre semana en su lugar de habitación. En ese orden, que aquéllos en ocasiones le pedían el favor de acompañarlos hasta la casa “porque yo los transportaba en el vehículo”. “Ya cuando mi suegra empezó a tener su enfermedad, pues yo ya iba más cada 8 días a llevarlas y a veces entre semana a llevarlas a allá, a la Casa de la 30, llevarlas y recogerlas”, hasta que falleció Gerardo en el año 2017, luego se presentaron los problemas de la demanda. Describió el predio y dio cuenta de las particularidades de la relación entre Blanca Marina y Gerardo.

De otro lado, indicó que, según relato de su esposa, su suegra adquirió la casa en el año 2000 y después de 3 años volvió Iván Gerardo a vivir allí. Afirmó que el último se aprovecha de la casa desde el año 2017, pues con antelación, Gerardo la administraba, entregándole los respectivos recursos a su propietaria. Entre otros detalles, refirió las incidencias a continuación de la muerte de Gerardo Bello González, esto, en lo que tiene que ver con que el demandado no dejó ingresar al predio a ninguna de sus cuñadas. Por último, dio cuenta de las modificaciones realizadas por Iván Gerardo, el conocimiento del proceso de pertenencia que cursó en el Juzgado 39 Civil del Circuito de Bogotá y la relación entre su cuñada Clara y Gerardo con ocasión del pago de los cánones de arrendamiento.

j). James Suárez Camacho (Técnico Mantenimiento de Vehículos – Arrendatario de Iván Gerardo Bello Medina) (1:04'00 y ss Derivado 059). Sobre el asunto resaltó que “*nosotros tenemos vínculo con Don Gerardo, que ha estado respondiendo por eso, pues, nosotros nos hemos entendido es con Don Iván*”; sin embargo, mencionó que después de cierto tiempo se dieron cuenta -con su socio- que “*eso entró en demanda*” porque aparecieron unos dueños nuevos.

A la cuestión ¿Quién es su arrendador?, contestó: “*(...) siempre nos hemos entendido, digamos, con (...) Don Gerardo y el que estaba a cargo de Gerardo era don Iván. Siempre. Realmente hemos tratado con Iván*”, y al increpar la juez, “*(e)s decir, que su arrendador era el Sr. Gerardo por intermedio del Sr. Iván*”, sostuvo: “*Sí, señora*”. Más adelante, al indagársele sobre la data desde la que se encuentra en arriendo del local, señaló que “*fue como en septiembre*”, en esa línea dio cuenta del valor de los cánones de arrendamiento en el tiempo, incluso, enfatizó que quien recibe el dinero es “*Don Iván*”, quien siempre ha vivido allí, “*él siempre ha vivido con Don Gerardo y el que estaba pendiente de él*”, y precisó, “*Don Gerardo fue que nos digamos (...) el que nos arrendó, sí, pero el que se encargaba de este tema era Don Iván*”. Y a la cuestión: “*Con quién negoció las condiciones del contrato de arrendamiento?*”, refirió: “*Con Don Iván*”, sujeto que condicionó la relación a la presentación de un fiador.

De otro lado, describió el predio, reseñó las mejoras implantadas por Iván Gerardo. Por último, a la cuestión: “*¿(...) requirió usted autorización de Don Gerardo Bello González (...) para ingresa al local (...)*”, contestó: “*sí, si señora*”. Es de anotar que manifestó que no conoció a Blanca Marina Daza ni a sus hijas.

k). La juez a quo en audiencia de 25 de julio de 2023, dispuso: “*El testimonio de Rodrigo Antonio Sánchez Aguilar, Noé Ruiz y Víctor Julio Villalobos, cuyos contratos, al no ser ratificado, no podrán valorarse*” (Mis. 28'00 y ss. Derivado 059); determinación que no ofreció reparo por la pasiva.

l). Mauricio Rojas -Técnico en gas vehicular, arrendatario de uno de los locales- (Mins. 34:00 y ss. Derivado 059) precisó que en el año 2011 comenzaron a buscar un local -con su socio-, así, en una primera ocasión hablaron con el demandado y con Don Gerardo, ahí “*iniciaron un periodo de prueba*”, luego, en el mes de septiembre de 2011 se efectuó el contrato de arrendamiento con Iván Gerardo Bello Medina, continuó: “*(...) pues eso fue como por protocolo, porque eso sí, nos exigió (...) Don Gerardo, los fiadores (...) y ahí pues iniciamos el tema (...) del negocio nuestro hasta la fecha (...)*”. A la pregunta, ¿quién es su arrendador?, contestó: Don Gerardo e Iván, “*los dos siempre, pues pero obviamente nos entendíamos era con Iván, y por orden (...) de Don Gerardo, no, él era el que siempre le cancelamos servicios, le cancelamos la parte del arriendo (...) hasta la fecha*”. Resaltó que se encuentra como arrendatario desde enero/febrero de 2011 e indicó que para comenzar el valor del canon de arrendamiento ascendió a

\$550.000 porque Gerardo e Iván los acogieron; sin embargo, insistió que siempre le pagó al segundo. Adicionalmente, describió el predio.

Agregó, “(p)ues en el momento lo que le digo yo llegué ahí ese día, inclusive, estaba Iván haciendo algo ahí y fue cuando hablamos con él. Hablamos con luego, con Don Gerardo, no me acuerdo si fue el mismo día o al otro día, y ya fue cuando él nos exigió, pues el tema del fiador, pero normal y ya empezamos, pues a iniciar lo que es el tema del arrendamiento”. Por otra parte, relacionó las mejoras realizadas al local.

Reseñó que vio a Blanca Marina Daza en algunas ocasiones en la casa de visita como a una de sus hijas de la que pensó que era enfermera. Que se enteró de los problemas frente a la titularidad del bien cuando fue citado por el primer juzgado. De otro lado, indicó que en el inmueble habitada Don Gerardo e Iván. Precisó que Don Gerardo fue quien le solicitó contar con el fiador, “nos explicaron, pues las normas, todo con Iván (...)”. Amén que el contrato se realizó “más por pedir (...) poder pedir un préstamo bancario para comprar unos equipos (...)” y pese a que se pidió tal garantía, no quedó en el contrato.

Indicó de cara al provecho de Iván Gerardo sobre el bien que “desde que empezamos a pagarle el arriendo, siempre nos entendimos con él”.

m). A su turno, Rubén Darío Camargo (Mecánico automotriz y arrendatario de uno de los locales) (1’55:00, ib.), indicó que su arrendador es Iván Gerardo Bello. Mencionó la razón de su negocio, encontrando el local en el que aún se desarrolla su labor, añadió, “(...) en ese momento estaba Don Gerardo Bello, hablamos con él y pues ya él nos dio como, nos dio el (...) local en arriendo y fue cuando nos dijo, pues que ya nos (...) entendiéramos con Iván Bello”, por tanto, luego se hizo el respectivo contrato, concretamente, en septiembre de 2011. En ese orden, aludió a las singularidades de la relación comercial, entendiéndose únicamente con el demandado, incluso, que aquél modificó el piso del local y realizó varios arreglos. A la pregunta, “¿tuvo usted otro arrendador?, contestó: “(...) al principio hablamos con Gerardo (...) y él fue cuando nos dijo que hablen con Iván, con el hijo y ya ahí para acá, pues todo ha sido con él”. A continuación, procedió a describir el inmueble. (2:02:26).

Más adelante, a la solicitud de precisar: “¿Gerardo Bello González (...) fue su inicial arrendador?, refirió: “Sí, señora”, es más, lo autorizó para ingresar al local. Sobre las condiciones del contrato de arrendamiento, estableció: “(...) primero hablé con Gerardo, pero eso fue como muy (...) muy rápido porque pues él no (...) era de las personas que él le que se hablara mucho sino ya tocó, fue entendernos con Iván”.

Por último, indicó no conocer a Blanca Marina Daza ni a sus hijas, precisando que relaciona el inmueble a Don Gerardo e Iván Gerardo, entre otras.

n). La testigo Ruth Nelly Cubillos Castro -Ex esposa de Iván Gerardo Bello Medina- (Mins. 5:00 y ss. 05Fl256CdAudiencia17Nov19 ExpedienteJuzgado39CCto 2017-372) manifestó, en apretada síntesis, que Iván Gerardo se hizo cargo de la casa desde que regresó en 1999-2000, último que reformó los locales, dispone de los arrendamientos y realiza las mejoras, sin que le rindiera cuentas a su padre. A su juicio, Iván Gerardo Bello Medina es el dueño del inmueble. Incluso, habló de una escritura de confianza en favor de Blanca Marina Daza Olaya, entre otras afirmaciones.

o). El declarante Víctor Julio Villalobos -Dedicado a la construcción- (l'09:00 y ss., ib.). Destacó que conoce a Iván Gerardo Bello Medina hace 45 años, ya que son vecinos, relacionando que lo reconoce como dueños como también a Gerardo Bello González (q.e.p.d.). -mientras vivió-, quienes allí habitaban. Sobre los locales, afirmó que se imagina que mientras vivió Don Gerardo, fue él el que los arrendó.

Apuntó que ha realizado la mayoría de las construcciones en el predio, y que como Don Gerardo sabía de construcción, lo dirigía. Cuando se le preguntó: ¿Quién le pagaba?, aseveró que Don Gerardo le daba la orden a Don Iván, último que le cancelaba por sus servicios.

Para finiquitar, contó que no conoció a Blanca Marina Daza Olaya.

8.- Pues bien, valorados esos elementos de convicción, amén de los demás que obran en el expediente, considera la Sala de Decisión que únicamente podría tenerse por cierto que la posesión que puede atribuírsele a Iván Gerardo Bello Medina inició con posterioridad al fallecimiento de su padre, esto es, el señor Gerardo Bello González; suceso que tuvo lugar, el 8 de abril de 2017. Conclusión a la que se arriba, por las razones que a continuación se exponen:

8.1.- Ante el Juzgado 39 Civil del Circuito de Bogotá Expediente 2017-00372-, el demandado confesó que cuando su padre vivía no se hizo arreglo alguno en el segundo piso, puesto que éste no lo permitía. Agregó, en lo que toca a los locales, que los adecuó para lograr arrendarlos; sin embargo, no puede pasarse por alto que pese al contenido de tales convenios, lo cierto es, que varios de los arrendatarios declararon que también concebían a Gerardo Bello González como su arrendador, incluso, que fue por disposición de aquél que se hicieron los respectivos contratos con su hijo.

En esa tónica, es de anotar que el demandado reseñó que con antelación al año 2010 era su progenitor quien arrendaba los locales, luego, se considera que no se trataba de una tarea que pudiera ser desconocida para Gerardo Bello González (q.e.p.d.).

A lo dicho hay que añadir que el pago de impuestos como de servicios públicos no suponen que quien los sufrague tenga la calidad de poseedor, en tanto que, son actuaciones que también puede desplegar un mero tenedor. A igual conclusión se arriba, si se tiene en cuenta el lugar de

domicilio de Iván Gerardo Bello Medina, puesto que quedó acreditado que fue él quien arribó al lugar en el que vivía su padre, es más, no porque figure en las convenciones como arrendador y reciba el pago de los arriendos o realice arreglos, per se, ostenta la detentación material del predio con ánimo de señor y dueño, pues, en definitiva, las pruebas traídas a juicio no dan razón de esa realidad.

8.2.- Ahora bien, no es posible soslayar que la juez a quo desestimó el valor de dos contratos de obra que fueron adosados al expediente, puesto que no fueron ratificados (Art. 262 del Código General del Proceso); sin embargo, en el curso de la acción de pertenencia que cursó en el Juzgado 39 Civil del Circuito a la que se ha hecho mención, Víctor Julio Villalobos quien suscribiera uno de esos convenios, rindió su testimonio, indicando que consideraba que Gerardo Bello González e Iván Gerardo Bello Medina son dueños del inmueble. Incluso, mencionó que mientras vivió Gerardo Bello González fue él quien arrendó. Finalmente, que frente a las reparaciones que realizó, era el último quien daba la orden al demandado para que le cancelara por sus servicios.

Con todo, no puede obviarse que el convocado en el interrogatorio que rindió en dicho estrado judicial, indicó que se hizo cargo del inmueble desde el año 2010, de suerte que, con antelación ni siquiera él se consideraba poseedor, razón por la que, además, no puede atenderse al sustento de la contestación de la demanda, escrito en el que se indicó que es poseedor desde el año 2000 (Arts. 191 y ss. del Código General del Proceso).

8.3.- Así, en el sub examine no es suficiente con que se indique que dado el carácter del causante -Gerardo Bello González-, debía quien se consideraba poseedor abstenerse de realizar actos de señor y dueño, esta Corporación no comparte dicho análisis, máxime si, la posesión es ese poder de hecho que tiene una persona sobre un bien, realizando actos materiales que manifiestan tal poderío.

Recordemos que, el principio de la necesidad de la prueba le indica al juzgador el deber de tomar toda decisión judicial con apoyo en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso (artículo 164 ejúsdem), esto es, que los medios probatorios para poder ser valorados deben aportarse en los términos señalados de manera taxativa por el legislador, contrario sensu, su apreciación cercenaría el derecho de defensa y de contradicción de la contraparte.

Entretanto, el principio de la carga de la prueba (artículo 167 ibídem) le impone a las partes la obligación de probar los supuestos de hecho en que edifica sus pretensiones, para este caso concreto, o sea, que consiste en lo que a cada parte le asiste interés en probar, de modo que si el interesado en suministrarla no lo hace, o la allega imperfecta, se descuida o equivoca su papel de probador, necesariamente, ha de esperar un resultado adverso a sus pretensiones; claro está que como las pruebas una vez allegadas son consideradas o vistas del proceso y no de las partes, las

recaudadas por la actora sirven para demostrar los hechos en que se apoyan las excepciones de la contraparte y viceversa.

De tal modo, que a nadie le es dado el privilegio de que su mero dicho sea prueba suficiente de lo que afirme, 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” (Sent. de 12 de febrero de 1980 Cas. civ. de 9 de noviembre de 1993. G.J. CCXXV, pag. 405).

9.- Esos elementos bastan para señalar que, si alguna posesión se encuentra probada, es aquélla que surgió con posterioridad al 8 de abril de 2017, mas de **mala fe**, habida cuenta las circunstancias que rodean la mutación a tal calidad, sin duda, Iván Gerardo Bello Medina tenía conocimiento que su padre había efectuado un negocio con Blanca Marina Daza Olaya respecto a la titularidad del predio, de suerte que, no puede afirmarse que siempre estuvo en poder de la familia Bello Medina, es más, conocía de la relación sentimental entre éstos, la que debe decirse, se extendió en el tiempo. Incluso, no le eran ajenos quienes hoy por hoy fungen como demandantes. Y es que de tales vínculos, no solo las partes dieron cuenta sino también testigos como Laura Camila Vargas Acevedo, Janet Marisa Pulido y Elvis Maximino Caicedo, quienes además, advirtieron la fractura en el vínculo de confianza entre los extremos procesales en el mes de abril de la anualidad referida.

En ese camino, un elemento interesante quedó probado en el curso de la inspección judicial, esto es, que una de las llaves que adujo tener la parte demandante correspondía a una de las cerraduras del inmueble con folio de matrícula No. 50C-339527, pues aún funciona, acreditándose entonces, que en algún momento su madre o incluso sus sucesores podían acceder al predio.

Finalmente, es de precisar que el caso sub examine y dadas las particularidades de la acción invocada, la parte demandante no tenía que probar que los terceros llamados a declarar conocían a sus integrantes y/o

a su progenitora, básicamente porque su derecho no surge de tal reconocimiento.

Memórese que en este tipo de asuntos ha sostenido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que la prueba de la posesión debe ser categórica “(...) y no dejar la más mínima duda, pues si ella se asoma no puede triunfar la respectiva pretensión. De allí la importancia capital que ella reviste en este tipo de causas judiciales, más aún cuando militan razones o circunstancias que tornen equívoca o ambigua la posesión, la que debe ser inmaculada, diáfana y exclusiva, rectamente entendida, de lo que se desprende que no debe arrojar la más mínima hesitación. En caso contrario, no podrá erigirse en percutor de derechos. Esta Corte, sobre el particular bien ha señalado que ‘del detenido análisis del art. 2531 del C.C. se llega a la categórica conclusión de que para adquirir por prescripción extraordinaria es (...) suficiente la posesión exclusiva y no interrumpida por el lapso exigido sin efectivo reconocimiento de derecho ajeno y sin violencia o clandestinidad’ (LXVII, 466), posesión que debe ser demostrada sin hesitación de ninguna especie, y por ello desde este punto de vista la exclusividad que a toda posesión caracteriza sube de punto (...); así, debe comportar, sin ningún género de duda, signos evidentes de tal trascendencia que no quede resquicio alguno por donde pueda colarse la ambigüedad o la equivocidad” (cas. civ. 2 de mayo de 1990 sin publicar, reiterada en cas. civ. 29 de octubre de 2001, Exp. 5800)».

También que:

“(...) tanto las leyes, como la jurisprudencia y la doctrina, en forma unánime han reiterado que, en relación con las cosas, las personas pueden encontrarse en una de tres posiciones, cada una de las cuales tiene diversas consecuencias jurídicas e igualmente le confiere a su titular distintos derechos subjetivos. Estas posiciones son: 1) Como mero tenedor, cuando simplemente ejerce un poder externo y material sobre el bien reconociendo dominio ajeno (art. 775 C.C.). 2) Como poseedor, cuando, además de detentar materialmente la cosa, tiene el ánimo de señor y dueño y quien, de conformidad con el artículo 762 del código citado, es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo. 3) Como propietario, cuando efectivamente tiene un derecho real en la cosa, con exclusión de todas las demás personas y que lo autoriza para usar, gozar y disfrutar del bien dentro de la ley y de la función social que a este derecho corresponde (art. 669 C.C.).

De lo expresado anteriormente se concluye que el elemento que diferencia la tenencia de la posesión es el animus, pues en aquella, quien detenta la cosa no tiene ánimo de señor y dueño, y por el contrario, reconoce dominio ajeno, mientras que la posesión, como ya se dijo, requiere de los dos elementos, tanto la aprehensión física del bien como la intención de tenerla como dueño.

A pesar de la diferencia existente entre la tenencia y la posesión y la clara disposición del artículo 777 del C.C. en el que se dice que “el simple lapso del tiempo no muda la mera tenencia en posesión”, puede ocurrir que cambie la intención del tenedor de la cosa, transmutando dicha

calidad en la de poseedor, por la interversión del título, colocándose en la posibilidad jurídica de adquirir el bien por el modo de la prescripción, mutación que debe manifestarse de manera pública, con verdaderos actos posesorios a nombre propio, con absoluto rechazo del propietario, y que debe acreditarse plenamente por quien se dice poseedor, tanto en lo relativo al momento en que operó la transformación, como en los actos categóricos e inequívocos que contradigan el derecho del propietario, pues para efectos de la prescripción adquisitiva de dominio, no puede computarse el tiempo en que se detentó el bien a título de mera tenencia, que no conduce nunca a la usucapión y sólo a partir de la posesión podría llegarse a ella, si se reúnen los dos elementos a que se ha hecho referencia, durante el tiempo establecido en la ley”⁷.

10.- En el caso sub- examine, se discute igualmente la condena en frutos impuesta en primera instancia, argumentándose que la posesión ha sido de buena fe; sin embargo, como se anticipó la que aquí se opone no lo es.

Al respecto, ha de recordarse que la imposición y tasación de los citados emolumentos debe hacerse en forma obligatoria contra el vencido poseedor, habida cuenta que: “[e]l triunfo de la reivindicación impone resolver, aún de oficio, sobre las prestaciones mutuas, reguladas en los artículos 961 y s.s. del Código Civil, según los cuales **el demandado vencido está obligado a restituir (...) los frutos (...) percibidos durante el tiempo que la tuvo en su poder si ha sido poseedor de mala fe, o únicamente los recibidos después de la contestación de la demanda en caso contrario -poseedor de buena fe-, y no sólo éstos sino, en ambos casos, los que el dueño hubiera podido obtener con mediana inteligencia y actividad (...)**”⁸.

Y tal mandato, ha sostenido la jurisprudencia, que: “[...] tiene su fundamento en evidentes razones de equidad, porque siendo posible que el demandado mientras conserva la cosa en su poder se haya aprovechado de sus frutos, o la haya mejorado o deteriorado; en el caso de que fuera condenado a restituirla debe, naturalmente, proveerse lo conveniente sobre esos puntos, porque de otro modo, se consagraría bien un enriquecimiento indebido de parte del reo, cuando se aprovecha de los frutos de una cosa que no es suya, o del actor, al recibir mejorado a costa ajena un bien que le pertenece [...]” (G.J, t. LXIII, pág. 659)⁹.

En consonancia con lo expuesto, es sabido que las restituciones mutuas habrán de tasarse a la luz de la buena o mala fe del poseedor, aspecto frente al cual se debe atender lo dispuesto en el artículo 768 del Código Civil, que define la buena fe como “la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraudes o de todo otro vicio”, al paso que la mala fe “es el conocimiento que una persona

⁷ Cfr. CSJ. Sal. Cas. Civ. Sentencia de 29 de agosto de 2000. Exp. No. 6254.

⁸ CSJ. Civil. Sentencias de 19 de diciembre de 2011, expediente 2002-00329-01; sentencia de 16 de septiembre de 2011, expediente 2005-00058-01; sentencia de 1º de junio de 2009, expediente 2004-00179-01.

⁹ CSJ. Civil. Sentencia de 28 agosto de 1996, expediente 4410, en *Jurisprudencia y Doctrina*, número 299, noviembre de 1996, pág. 1293.

tiene de la falta de fundamento de su pretensión, del carácter delictuoso o cuasidelictuoso de su acto, o de los vicios de su título”⁸.

Es más, véase que conforme el artículo 769 de la codificación civil “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”.

11.- Conforme las anteriores precisiones legales y jurisprudenciales, es claro que hizo bien la primera instancia en imponer la condena en frutos solicitada al tratarse de un poseedor de mala fe, como se anticipó, ya que el demandado se encuentra ocupando el segundo piso y arrienda los locales que componen el primero del bien objeto de reivindicación, por lo que, sin duda, se ha beneficiado de su tenencia.

Sin embargo, no hay lugar a modificar lo decidido por la juez de primer grado, pues revisada la sentencia se advierte que la condena ascendió a \$94'572.969.4, valor causado desde el 23 de junio de 2017 al 23 de julio de 2023, y no desde la data que se acreditó Iván Gerardo Bello Medina detenta la posesión del predio. Lo dicho, en atención a la garantía de no reformatio in pejus.

Lo anterior, comoquiera que “el postulado del rechazo a la reformatio in pejus, esto es, la prohibición de reformar en peor la providencia cuando se trate de apelante único. Es preciso entonces determinar la naturaleza, protección y el espíritu de dicho postulado, no sin antes advertir que éste supone la realización del principio tantum devolutum quantum appellatum, como que la competencia del superior frente a una apelación solitaria se halla limitada para revisar lo desfavorable. Pues bien, la prohibición de la reformatio in pejus se torna en un principio constitucional con carácter de derecho fundamental para el apelante único, por haberlo incansablemente profesado esta Corporación. En sana lógica, es evidente que quien recurre una decisión, solo lo hace en los aspectos que le resultan perjudiciales. La situación del apelante puede mejorarse pero nunca hacerse más gravosa. Cobra, por supuesto, mayor vigor esta garantía cuando quiera que se trate de actuaciones penales, pues si el apelante es único frente a una sentencia de condena, es claro que su objetivo es lograr que se mejore su situación disminuyendo la pena, pero jamás, que se empeore. Por lo demás, este principio, se encuentra íntimamente ligado con las reglas generales del recurso, pues aquel supone que se recurra únicamente lo perjudicial, y es precisamente, ese agravio, el que determina el interés para recurrir”³.

12.- Así las cosas, es claro que la sentencia de primera instancia deberá confirmarse y de conformidad con el inciso segundo del artículo 283 del Código General del Proceso, se actualizará la condena hasta la fecha de esta sentencia, aspecto en el que debe resaltarse que la parte perjudicada con la imposición de los frutos no reprochó la forma en la que estos fueron tasados, por lo que la cuantificación seguirá en los mismos términos. En tal sentido, a los \$94'572.969.4 deberá añadirse lo cánones de arrendamiento

causados hasta el 27 de octubre de 2023, data en la que se expide esta sentencia.

Local Nos. 1 y 2.

Periodo	Valor canon mensual	No. de meses o días	Valor total
23/07/2023 23/10/2023	\$705.959.2	3 meses	\$2'117.877,6
24/10/2023 27/10/2023	\$705.959.2	4 días	\$94.127,9
Total Frutos por local			\$2'212.005,5
Total Frutos locales Nos. 1 y 2			4'424.011

13.- Por último, conforme lo dispone el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso se condenará en costas a la parte apelante.

V. DECISION

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.- **MODIFICAR** el numeral **CUARTO** de la sentencia del 26 de julio de dos mil veintitrés (2023), proferida en el Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá. El cual quedará como sigue, “**CONDENAR** al demandado al pago de frutos civiles devengados en favor de los demandantes, en suma, de \$98’996.980,4 al 27 de octubre de 2023; y, aquellos que se devenguen con posterioridad y hasta que se efectúe la entrega del predio, cuya tasación ha de efectuarse mediante incidente; dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la presente decisión, y conforme se sigan causando.”. En lo demás, se confirma la sentencia objeto de censura.

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

2.1.- 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 dos salarios mínimos legales mensuales. Para la elaboración de la misma síganse las reglas previstas en dicha norma.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
MAGISTRADA

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA
MAGISTRADA

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: 30bcd20565139d681ad60bb213d4fe242667f7c437f57fad192f9fe1c4f77270

Documento generado en 27/10/2023 10:27:03 AM

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 DE DECISIÓN CIVIL

Bogotá D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Radicación	110013103035-2019-00137-01
Proceso	Verbal
Asunto	Apelación sentencia
Demandante	Kevin Andrey León Ávila y o.
Demandado	Clínica Chía S.A. y otros.
Decisión	Señala agencias en derecho

El suscrito magistrado señala la suma de \$1.200.000 a título de agencias en derecho, con fines de la liquidación de costas a que se contrae la sentencia dictada en esta misma fecha.

Notifíquese.

JAIME CHAVARRO MAHECHA

Magistrado

Firmado Por:

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: 03b055cf484ba0fc84c48eb7f0286993a1ca4f667395127b95da29edb5328a1a

Documento generado en 26/10/2023 05:03:32 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 DE DECISIÓN CIVIL

Bogotá D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil veintitrés
(2023)

Radicación	110013103035-2019-00137-01
Proceso	Verbal
Asunto	Apelación sentencia
Demandante	Kevin Andrey León Ávila y o.
Demandado	Clínica Chía S.A. y otros.
Decisión	Modifica

Magistrado Ponente
JAIME CHAVARRO MAHECHA

Discutido en Salas de Decisión del 17 de abril, 29 de mayo, 20 de junio
y 18 de septiembre de 2023

Se decide el recurso de apelación formulado por las demandadas Clínica Chía S.A. y Hospital Ortopédico S.A.S., y de la llamada en garantía Aseguradoras de Fianza Confianza S.A. contra la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2022 por el Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá, en el proceso verbal de KEVIN ANDREY LEÓN ÁVILA, MARGARITA ÁVILA, ELIECER LEÓN Y EMERSON ELIECER LEÓN ÁVILA, contra CLÍNICA CHÍA, HOSPITAL ORTOPÉDICOS S.A.S. y MÉDICOS ASOCIADOS CLÍNICA FUNDADORES.

I. ANTECEDENTES

1. Síntesis de la demanda

Se solicitó¹ declarar civilmente responsables a Clínica Chía S.A., Hospital Ortopédicos S.A.S. y Médicos Asociados Clínica Fundadores, por fallas en el servicio de salud que dio lugar a los daños ocasionados a los demandantes. En consecuencia, se les condene a pagar a favor de Kevin Andrey León Ávila por concepto de perjuicios patrimoniales \$78.577.342, \$78.124.200 por daño moral, \$78.124.200 por daño a la vida de relación y \$78.124.200 por daño a la salud; \$39.062.100 para cada uno de los demás actores a título de daño moral.

2. Fundamentos fácticos

En la demanda se afirmaron los hechos que a continuación se sintetizan.

2.1. El 28 de diciembre de 2017, Kevin Andrey León Ávila se accidentó en el Municipio de Cajicá al perder el control de la motocicleta que conducía, por lo que ingresó a la Clínica Chía S.A. a las 12:45 p.m. con dolor intenso, limitación de movimiento y parestesias en toda la pierna izquierda; tras el examen físico y toma de radiografía se estableció que sufrió subluxación de rodilla izquierda con inestabilidad ligamentaria, situación que generó la suspensión de flujo sanguíneo en la pierna, ante lo cual el Dr. Rojas, especialista en ortopedia, recomendó insistentemente la remisión a un centro de tercer nivel de complejidad, y el personal de referencia la gestionó con el Hospital Ortopédicos S.A.S., lugar al que ingresó a las 7:18 p.m. para ser atendido por la Dra. Carla Andrea Rodríguez Martínez, con especialidad en medicina general.

2.2. El 29 de diciembre de 2017, a las 8.00 a.m. “*apareció el especialista*” y el paciente fue llevado a sala de cirugía, donde estuvo

¹ Ver folio 479 a 498 del archivo “001folio1a406” de la carpeta “C01Principal” de “01PrimeraInstancia” de “PrimeraInstancia” del expediente digital.

hasta la 1:00 p.m., pero le informaron que ya no lo operarían, sino que lo remitirían. El 27 de diciembre anterior, la Secretaría de Salud advirtió en ese hospital irregularidades que imposibilitaban la prestación del servicio de ortopedia, conforme con acta de dicha calenda.

2.3. El 30 de diciembre de 2017, a la 1:00 p.m. (40 horas después de haber ingresado) se hizo efectiva la remisión del paciente a la Clínica Fundadores, sitio al que llegó con gran edema, dolor y los médicos ya no le detectaron pulsos distales en la extremidad afectada.

2.4. A las 8:00 p.m., el Dr. Héctor Manuel Orjuela Pérez, especialista en ortopedia y traumatología, anotó que León Ávila requería reducción de luxación y estabilización con tutor transarticular de rodilla izquierda, previa valoración urgente por cirugía vascular y Doppler arterial de miembro inferior izquierdo por el alto riesgo de lesión vascular. El galeno solicitó TAC de la rodilla simple y reconstrucción 3D, a través del primero se evidenció fractura por depresión del platillo tibial y fractura por avulsión extra articular del aspecto lateral de la tibia.

2.5. El 31 de diciembre de 2017, se le realizó al paciente el procedimiento de aplicación con fijador externo transarticular en rodilla izquierda más reducción cerrada de luxación, pero quedó pendiente la valoración por cirugía vascular.

2.6. El 1° de enero de 2018, a las 12:38 p.m. se registró en la historia clínica que se presentaba dolor a nivel de los gemelos durante la palpación profunda y se advirtió pie caído con hipostesia plantar, frialdad distal, retardo del llenado capilar, isquemia aguda del miembro inferior izquierdo, y la insistencia del profesional en la valoración urgente por cirugía vascular o ante la no disponibilidad

de la misma se remitiera como urgencia vital de inmediato a otra institución, pero la interconsulta requerida se efectuó hasta las 1:38 p.m. por el Dr. Juan Manuel Aguilar, especialista en cirugía vascular, quien reportó cambios vasculares de congestión dado por cianosis con completa anestesia y no movilidad de la extremidad con hiperestesia a nivel de gemelos con pie caído que sugiere lesión nerviosa irreversible, sin beneficio alguno de evento del trauma “*y a 12 horas de evento quirúrgico, se considera isquemia y necrosis en curso*”, no se logra el salvamento de la extremidad.

2.7. El 2 de enero de 2018, en junta médica de cirugía vascular se ratificó que Kevin ya no se beneficiaba con una reparación vascular, puesto que el examen de Doppler dúplex identificó señal a nivel de arteria poplítea y tibiales posteriores con flujo trifásico, por lo que el manejo era solamente de ortopedia y se cerró interconsulta, a la espera de delimitar el nivel de la amputación.

2.8. El 4 de enero de 2018, el examen Doppler reveló hallazgos sugerentes de lesión vascular periférica del tercio medio de las arterias tibial anterior y posterior.

2.9. El 10 de enero siguiente, se llevó a cabo la amputación transtibial izquierda en la que se corroboró que el paquete neurovascular tibial anterior, posterior y peroneo, se encontraban totalmente trombosados.

2.10. Antes del accidente León Ávila devengaba un salario mínimo legal mensual vigente.

2.11. El 3 de enero de 2019, la Dra. Eliana Sánchez^z, calificó la pérdida de capacidad laboral del actor en 52.66%.

2.12. Kevin Andrey León Ávila ha sufrido graves desestabilizaciones psíquicas por la pérdida de parte de su extremidad, y sus familiares también han sido afectados emocionalmente.

3. Posición de la convocada

3.1. Clínica Chía S.A. contestó la demanda y presentó las defensas de *“inexistencia de culpa o mala praxis médica a cargo de la Clínica Chía”, “ausencia de nexo causal entre la conducta desplegada por la Clínica Chía S.A. y los daños que aduce sufrir la parte demandante”, “improcedencia de la solidaridad legal por pasiva prevista en el artículo 2344 del Código Civil”, “inexistencia y/o sobreestimación de los perjuicios cuya indemnización reclama la parte actora”, y la “genérica”*². También llamó en garantía a la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – Confianza S.A.³

3.2. El Hospital Ortopédicos S.A.S. se opuso a las pretensiones con las defensas que denominó: *“inexistencia del nexo causal” y “falta de valoración y existencia de plena prueba”*⁴.

3.3. Médicos Asociados S.A. excepcionó: *“obligaciones de medio y no de resultado en el ejercicio médico”, “inexistencia de la obligación de indemnizar”, “inexistencia de responsabilidad civil. Inexistencia del daño y ruptura del nexo causal” y la “genérica”*⁵. Llamó en garantía a Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza S.A.⁶

² Ver archivo “009ContestaciónReformaDemanda” ídem.

³ Ver folios 16 a 20 del archivo “001LlamamientoGarantiaClinicaChiaContraConfianza” de la carpeta “C03LlamamientoGarantiaClinicaChiaContraConfianza” ídem.

⁴ Ver archivo “010ContestaciónReformaDemandaHospitalOrtopédicos SAS” de la carpeta de la carpeta “C01Principal” ídem.

⁵ Ver folios 427 a 434 del archivo “001folio1a406” de la carpeta “C01Principal” ídem y archivo “008SolicitudTenerContestadaDemanda” ídem.

⁶ Ver folios 22 a 23 del archivo “01Folio1a20” de la carpeta “C02LlamamientoGarantíaAseguradoradeFianzas” ídem.

3.4. La referida aseguradora contestó ese llamamiento apartándose de las respectivas pretensiones con apoyo en el medio enervante de *“sublímites asegurados/sublímites para el anexo de ‘daño moral y lucro cesante’”*⁷. Respecto al que le hizo Clínica Chía S.A. se pronunció así como frente a la demanda, de la que atacó lo pretendido con las excepciones de: *“ausencia de responsabilidad imputable a Clínica Chía S.A./Cumplimiento de las obligaciones a cargo de Clínica Chía S.A.”*, *“las obligaciones del personal médico tratante fueron de medios y no de resultado”*, *“cuantificación excesiva de los perjuicios extrapatrimoniales que se pretenden cobrar”*, *“improcedencia de reconocimiento y pago de perjuicios por lucro cesante por ausencia de prueba”*; en torno a aquel, impetró las de *“límite de valor asegurado/sublímites pactados para los anexos de ‘daño moral’ y ‘lucro cesante’”*, *“deducibles pactados para los amparos de daño moral y lucro cesante”* y *“los perjuicios por daño emergente se encuentran inmersos en el deducible pactado en la póliza”*⁸.

4. Sentencia de primer grado

La *iudex a quo* declaró probada la excepción de *“inexistencia de responsabilidad civil, inexistencia del daño y ruptura del nexo causal”* que propuso Médicos Asociados Clínica Fundadores; encontró parcialmente prósperas las defensas invocadas por la Clínica Chía, Hospital Ortopédicos S.A.S. y Confianza S.A., motivo por el cual negó el reconocimiento del daño emergente, redujo el extrapatrimonial y declaró civilmente responsables a las dos demandadas mencionadas por los daños y perjuicios irrogados a los demandantes, debido a la falla médica. En consecuencia, las condenó a pagar a Kevin Andrey León Ávila: \$15.000.000 por daño moral subjetivo; \$35.000.000 por daño a la vida de relación y

⁷ Ver folios 472 a 476 del archivo *“001folio1a406”* de la carpeta *“C01Principal”* ídem.

⁸ Ver folios 73 a 82 *“001LlamamientoGarantiaClinicaChiaContraConfianza”* de la carpeta *“C03LlamamientoGarantiaClinicaChiaContraConfianza”* ídem.

\$35.000.000 por daño a la salud; \$68.577.342 por lucro cesante pasado y futuro; para los demás actores, \$7.500.000 para cada uno por daño moral subjetivo.

Para decidir de ese modo, expuso:

La Ley 100 de 1993 “[p]or la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, regula, entre otras cosas, que “[p]ara la prestación de los servicios del Plan Obligatorio de Salud, todas las Entidades Promotoras de Salud establecerán un sistema de referencia y contrarreferencia para que el acceso a los servicios de alta complejidad se realizase por el primer nivel de atención, excepto en los servicios de urgencias. (...)” (par. 5, art. 162). Además, el sistema de salud está regido por la Ley 715 de 2001, el Decreto 4747 de 2007 que, en su literal e. del artículo 3. define la referencia y la contrarreferencia. El artículo 17 ídem, establece, en lo pertinente, que “[l]a responsabilidad del manejo y cuidado del paciente es del prestador remitente hasta que ingrese en la institución receptora”. De allí, que la I.P.S. de urgencias es la encargada de elegir y aplicar los protocolos de referencia y contrarreferencia, en el sentido de elegir y direccionar al paciente a la I.P.S. receptora.

Es pacífico que Kevin León se accidentó el 28 de diciembre de 2017 y fue llevado a la Clínica Chía S.A., donde, según el historial médico llegó con subluxación de rodilla izquierda con inestabilidad ligamentaria y parestesias en pie izquierdo, razón por la que el Dr. Rojas, ortopedista, recomendó remitir al paciente a otra entidad con servicio de ortopedia de tercer nivel, debido a que requería fijación de ligamentos y manejo por ortopedia. El perito, Dr. Saldarriaga, indicó que se trató de una pérdida progresiva de la movilidad y sensación en la extremidad que sirve como elemento de valoración para una complejidad vascular. En el documento de “comité de

conciliación-acta No. 0001 de 2018” de la referida clínica se resumió la atención brindada y lo sugerido por el Dr. Rojas, esto es, que se remitiera a un centro de mayor complejidad con manejo por ortopedia de tercer nivel que contara con intensificador de imágenes, lo que el equipo de referencia y contra referencia efectuó sobre las 15:12, y a las 15:29 fue aceptado por el Hospital Ortopédico S.A.S. Es claro, que León Ávila debió ser trasladado a un centro de atención de tercer nivel en servicios de ortopedia por prescripción del galeno adscrito a la Clínica Chía; sin embargo, consultada la base de datos pública de los prestadores de servicios de salud (Registro Especial de Prestadores de Salud), se estableció que el Hospital Ortopédicos S.A.S. correspondía a nivel II de complejidad; por tanto, la orden de remisión no fue cumplida por la Clínica Chía.

El 28 de diciembre de 2017, el hospital receptor afrontaba una medida preventiva de suspensión parcial, entre otros, de los servicios de ortopedia impuesta por la Secretaría de Salud que, en visita del 27 del mismo mes y año, encontró que los servicios quirúrgicos se prestaban sin el lleno de requisitos legales. En virtud de ello, a pesar de la especificidad de la remisión del paciente, fue atendido a las 7:18 p.m. por la médico general, Dra. Carla Rodríguez, que decidió hospitalizar, sin que la consulta por la que se remitió y fue aceptado el paciente en el Hospital Ortopédicos se lograra. A las 6:35 a.m. del 29 de diciembre de 2017, se decidió remitirlo a otra entidad, pero sólo hasta la 1:04 p.m. de 30 de diciembre de 2017 se cumplió esa orden.

El dictamen pericial del Dr. Saldarriaga indicó que León Ávila presentó una subluxación posterior de rodilla izquierda con fractura por depresión de platillo tibial lateral y fractura por avulsión del aspecto lateral de la tibia, asociado a lesión vascular, este último, fue el motivo por el cual el servicio de ortopedia consideró necesaria

una valoración por cirugía vascular, y destacó el experto que, en las lesiones neurovasculares de rodilla, tiene lugar la interrupción del flujo sanguíneo, desde la parte proximal más cercana al cuerpo hasta la parte distal más lejana, porque la arteria que realizaba dicha función se lesiona y genera que el tejido por debajo del nivel de la lesión presente alteraciones consecuentes a la falta de sangre que aportan nutrientes de oxígeno y lleve a la necrosis, muerte del tejido, en un plazo definido para cada tejido; además, que el músculo no tolera la falta de flujo sanguíneo arterial durante más de 6 horas, antes de que comience la necrosis. El tiempo oportuno para realizar la intervención médico quirúrgica en este tipo de lesión varía dependiendo del grado del daño, pero cuando se interrumpe el flujo sanguíneo por una lesión vascular, el músculo tolera 6 horas, cuando mucho 8 horas de isquemia. El paciente presentaba lesiones del daño nervioso que inicialmente no tenía, esto, dado que los nervios periféricos son muy sensibles a la falta de flujo sanguíneo y tienen un tiempo menor de tolerancia a la isquemia con respecto al músculo. El perito dijo que, de haberse intervenido de manera oportuna la lesión sufrida por Kevin Andrey León Ávila las posibilidades de salvar la extremidad en riesgo hubiesen mejorado. Dados los síntomas del paciente y los signos descritos en las historias clínicas, éste tenía el tiempo para haber recibido atención definitiva y oportuna debido a que, entre institución e institución, fue valorado por un cirujano vascular 96 horas después de su lesión, o sea, el 1 de enero de 2018 a la 1:38 p.m. Además, por la complejidad de la lesión descrita el primer ortopedista de la Clínica Chía, Doctor Rojas, consideró remitirlo urgente a una institución con el recurso técnico y profesional especializado, es decir, un tercer nivel. Igualmente, el daño vascular fue advertido en su valoración de ingreso por el ortopedista, Dr. Héctor Manuel Orjuela Pérez, en la Clínica Fundadores, quien insistió en la valoración urgente por cirugía vascular.

El dictamen no es parcializado o subjetivo, sino que describió técnicamente la complejidad de una lesión como la padecida por el paciente; aunque el perito no es ortopedista, es especialista en la valoración de daño corporal.

En ese orden, si la Clínica Chía hubiese hecho un debido proceso de referencia con la remisión del paciente a una I.P.S. con nivel de complejidad alto, es decir, tres o cuatro, hubiese sido posible la valoración ortopédica que no se prodigó en el Hospital Ortopédicos S.A.S.; a su turno, la causa eficiente del daño padecido por el paciente, en lo que refiere a la amputación de miembro inferior izquierdo, es que esta última entidad omitió la atención de urgencia médica por ortopedia entre los plazos de evitación de la consecuencia nociva y tardó días en remitir por referencia al paciente sin considerar la lesión y más aún que se trató todo el tiempo de atención sanitaria de una urgencia.

La atención brindada en la Clínica Fundadores fue ajustada al historial clínico con el cual se contrastó el dictamen rendido por el perito Saldarriaga, quien expuso que, al ingresar allí, León Ávila presentaba gran edema más dolor y los médicos no le detectaban pulsos distales en dicha extremidad. A las 8 de la noche del 30 de diciembre de 2017, fue valorado por el doctor Orjuela Pérez, especialista en ortopedia y traumatología, que anotó, entre otras cosas: *“paciente requiere de reducción de la luxación y estabilización por tutor transarticular de rodilla izquierda, previa valoración urgente por cirugía vascular y Doppler arterial de miembro inferior izquierdo, (...) este tipo de trauma tiene alto riesgo de lesión vascular, paciente lleva 48 horas de evolución”*; El 31 de diciembre 2017, se llevó a cirugía y se realizó procedimiento de aplicación con fijadores o fijador externo más reducción cerrada, luxación de rodilla izquierda, pero aún se encontraba pendiente la valoración por cirugía vascular. El 1 de enero 2018, en la evolución médica del ortopedista

Orjuela Pérez, a las 12:38 p.m., consignó los síntomas presentados e insistió en la valoración urgente por cirugía vascular o que ante la indisponibilidad de la misma se remitiera como urgencia vital de inmediato a otra institución. El 1 de enero de 2018, a la 1:38 p.m. el especialista en cirugía vascular anotó: *“(...) con cambios vasculares irreversibles y no se encuentra beneficio alguno de evento del trauma, y a 12 horas de evento quirúrgico que se considera isquemia y necrosis en curso no se logra el salvamento de la extremidad (...)”*, es decir, que la lesión era irreversible y ponía en riesgo la vida, por lo que solo quedaba esperar el nivel de la amputación del miembro inferior izquierdo. El 2 de enero 2018, la junta médica de cirugía vascular ratificó que el paciente no se beneficiaba de una reparación vascular. El 10 de enero de 2018, se realizó la amputación transtibial izquierda.

Conforme al historial clínico y el dictamen pericial rendido, puede decirse que en la Clínica Fundadores se brindó atención médica pertinente al paciente, pero tardía, debido al lapso transcurrido desde el momento de la lesión, en tanto, en este punto, la amputación de la pierna izquierda del paciente era inevitable.

Prosperan las excepciones denominadas *“inexistencia de responsabilidad civil”, “inexistencia del daño y ruptura del nexo causal”* propuestas por la Clínica Fundadores.

La Clínica Chía, si bien falló en el proceso de referencia, prestó un servicio médico oportuno de urgencias y no podría endilgársele el pleno de las consecuencias, dado que el Hospital Ortopédico concentró la demora y omisión más grave en el cuadro clínico, por lo que la falla de la primera equivale al 30% del total de las secuelas y la del segundo, un 70%. El daño moral subjetivo y el daño a la vida de relación se tasó como en casos análogos resueltos por la Corte Suprema de Justicia (SC de 15 de octubre de 2004), en

\$15.000.000 por el daño moral a favor de la víctima directa a causa de la amputación de su miembro inferior izquierdo por el error en el diagnóstico; a su turno los padres de la víctima directa han de percibir por esa misma tipología la mitad del valor reconocido, es decir, \$7.500.000 para cada uno, y otra suma igual para el hermano. Frente al daño a la vida de relación, en SC562-2020 se concedió a la víctima directa de secuelas permanentes por la pérdida de un ojo la suma de \$70.000.000, y aun cuando ver y caminar son diferentes, lo cierto es que ambas impiden el disfrute de la vida y relacionarse con el entorno, por lo que se tomó ese valor.

En lo que respecta a los daños materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, es necesario indicar que el perito, Dr. Pantoja, no acudió a la audiencia de instrucción y juzgamiento, por lo que su dictamen no pudo ser valorado, no hay prueba del daño emergente, lo que impone su negación. Con relación al lucro cesante se destaca que no se demostró la pérdida de capacidad laboral del demandante, víctima directa, porque el dictamen que elaboró la Dra. Eliana Rojas Sánchez muestra serias deficiencias. En este caso, el Juzgado acudió por analogía al Decreto 1507 de 2014 y su anexo técnico, numeral 2.5.10 conforme con la secuela probada en el demandante, esto es, la amputación de pierna izquierda, se encontró que según la tabla representa un porcentaje de 50% de pérdida de capacidad laboral, por lo cual se tomará para el efecto una pérdida de capacidad laboral equivalente al 50%, entonces, para estimarlo se utiliza el ingreso neto que es de \$718.842 mensuales a la época del accidente, conforme a los desprendibles de nómina emitidos por Enlaces Estratégicos S.A.S., y se aplica la fórmula de indexación. El lucro cesante consolidado se tasa desde el momento del siniestro hasta el 24 de noviembre 2022. El lucro cesante futuro se calcula desde allí hasta la fecha final de su vida, en la liquidación inmediatamente anterior que, usualmente corresponde a la sentencia, y termina con la expectativa

de vida de la víctima (Resolución número 1555 del 30 de julio 2010 de la Superintendencia Financiera es de 57.1 años).

Respecto al llamamiento en garantía que efectuó la Clínica Chía a Confianza S.A., se tiene que esta asumió un límite del valor asegurado acorde a los postulados del artículo 1056 del Código de Comercio, esto es, la suma de \$1.000.000.000 y un deducible del 10% sobre el valor de la condena. Las excepciones que propuso la aseguradora son prósperas y, por ende, deberá indemnizar hasta el límite del valor asegurado en atención al deducible del 10% sobre el valor de la condena, que no será inferior a \$7.000.000.

5. Los recursos de apelación

5.1. La demandada Clínica Chía S.A. planteó y sustentó los siguientes reparos:

5.1.1. *“Inexistencia de culpa o falla a cargo de la Clínica Chía S.A.”*, pues empleó todos los medios disponibles e inmediatos que estaban a su alcance para salvaguardar la vida e integridad del paciente, de acuerdo con el cuadro clínico, la sintomatología y el diagnóstico. Cuando fue atendido, la extremidad inferior izquierda tenía perfusión distal de 2 segundos sin dificultad para mover los dedos, lo que significa que el flujo sanguíneo era adecuado y no se había suspendido. Tras los exámenes pertinentes el ortopedista recomendó la remisión a centro de mayor complejidad, dada la necesidad de fijación ligamentaria, que no de cirugía vascular, pues como se consignó en acta de conciliación No. 001 de 8 de noviembre de 2018, la remisión obedeció a *“necesidades de orden técnico”*, como equipos biomédicos especializados - intensificador de imagen - de las que carecía Clínica Chía, y pese a que el documento fue mencionado por la *iudex a quo*, no le dio el alcance e interpretación pertinentes. La remisión se efectuó a la mayor brevedad a un centro

especializado en el tipo de lesión a tratar, pero el 29 de diciembre de 2017, por una circunstancia extraordinaria, derivada de la suspensión temporal y preventiva de los servicios quirúrgicos de ortopedia, impidió la prestación del servicio. El Hospital Ortopédicos S.A.S. era el adecuado para el procedimiento, y con esto se satisfizo lo reglado por el parágrafo 3 del artículo 2.6.1.4.2.1. del Decreto 780 de 2016, en la medida que la remitente no contaba con medios técnicos para la atención.

5.1.2. *“Ausencia de nexo causal entre la conducta desplegada por la Clínica Chía S.A. y los daños que aduce sufrir la parte demandante”*. La juez de primera instancia consideró que todos los antecedentes del servicio prestado a Kevin Andrey tenían ontológicamente el efecto de producir el resultado dañoso, en aplicación de un criterio naturalístico como la teoría de la equivalencia de las condiciones, la cual ha sido abandonada, debido a que actualmente la jurisprudencia determina como causa, la *“más idónea para producir el resultado”*, con exclusión de precedentes que coadyuvaban esas consecuencias, pero que en sí mismos no son aptos para generarlas. El daño alegado por la activa no tuvo origen en la conducta de la Clínica Chía, como quiera que al ingreso y egreso del paciente se le diagnosticó subluxación de articulación de rodilla; la agravación del cuadro clínico y los eventos adversos se presentaron en las atenciones posteriores a su salida de la clínica, lo cual no es imputable a esta; el tiempo que permaneció Kevin Andrey en la Clínica Chía no requirió servicio quirúrgico vascular, puesto que tenía perfusión distal, mientras que la cianosis se presentó después de haber egresado de dicho ente de salud, tanto que, inclusive, los días 29 y 30 de diciembre de 2017, cuando ya estaba bajo los cuidados del Hospital Ortopédicos S.A.S., mantenía la buena perfusión distal y adecuado llenado capilar; la causa efectiva del daño, entendido como la amputación de la extremidad, fue la lesión vascular, que no existió durante la atención ofrecida por la

recurrente, más si se tiene en cuenta que el perito manifestó en audiencia que el reconocimiento tardío de ese tipo de lesión, pasadas 8 horas, es probable que termine con la amputación; de allí, que el término aludido no empezó a correr mientras el paciente estuvo en la clínica, ni a partir de su egreso, pues en ese momento aún no se había empezado a manifestar la lesión. “(...) [H]aber endilgado responsabilidad a mi representada so pretexto de haber remitido al paciente a un hospital que tuviera la especialidad de cirugía vascular, que se reitera no requería para el momento de la atención por parte de la Clínica Chía, es llegar al absurdo de considerar que mi representada debía prever circunstancias futuras e hipotéticas (...)”. El análisis y la aplicación de las normas no corresponden al caso concreto.

5.1.3. “*Improcedencia de la solidaridad*”, ya que para que opere es indispensable que el delito o culpa “*sea cometido por dos o más personas*”, pero en este asunto, Clínica Chía no falló en la prestación del servicio.

5.1.4. “*Los perjuicios reconocidos son inexistentes o fueron ampliamente sobreestimados*”. Perjuicios morales: respecto a los padres y hermano de Kevin Andrey León Ávila no fueron “*objeto de evaluación*”, ya que no se acreditó su afectación psicológica, máxime que los mismos señalaron en audiencia que no requirieron atención de esa naturaleza. Tampoco se demostró el vínculo entre los actores, dado que la víctima tenía su propio hogar.

“Daño a la vida de relación o daño a la salud”: No se allegó ningún elemento de juicio para establecer la indemnización que reconoció la *iudex a quo*, a la par que se tomó en consideración un caso que no resulta aplicable por analogía, en tanto, no son asimilables la pérdida de la visión y la de una extremidad. El

perjuicio está sobreestimado, como quiera que no se analizaron dictámenes médicos, historias clínicas, conceptos psico-físicos.

Lucro cesante: Los ingresos dejados de percibir durante la incapacidad son asumidos por el Sistema de Seguridad Social, lo que implica que el patrimonio de Kevin Andrey León Ávila no sufrió mengua alguna, y así se probó con los interrogatorios de parte de los demandantes, quienes coincidieron en que la víctima “*se encontraba con contrato laboral vigente*” y la E.P.S. pagó las incapacidades.

Respecto al lucro cesante futuro es esencial la existencia de una incapacidad y la eventual declaratoria de invalidez que, para el caso patrio, tiene “*prueba tarifada conforme un manual único de calificación de invalidez y que solo pueden calificar los entes especializados para estos efectos, con base en criterios específicos dentro de los cuales se destaca la calificación por parte de un equipo multidisciplinario, y plural*”; de allí que, en el particular, no se probó la pérdida de capacidad laboral con el dictamen pericial, y no es posible aplicar por analogía el Decreto 1507 de 2014 y su anexo técnico para establecer aquella, en la medida que ello demanda el estudio de elementos que deben ser valorados por especialistas en distintas disciplinas, con criterios científicos y técnicos que no tiene el Despacho para tasar la P.C.L. en 50%.

En consecuencia, pidió revocar parcialmente el fallo apelado y, en su lugar, se le exonere de responsabilidad.

5.2. El Hospital Ortopédicos S.A.S. impetró como reparos los siguientes:

El Despacho no tuvo en cuenta que, conforme con las pruebas aportadas, la remisión del paciente al hospital se hizo para el

servicio de ortopedia y traumatología, puesto que no se probó una lesión vascular al ingreso ni durante su estancia allí, según revela la historia clínica, en la que se observa que el 28 de diciembre de 2017, a las 7:28 p.m., tenía adecuado llenado capilar, al igual que el 30 de ese mes y año a las 9:05 a.m. cuando salió León Ávila.

En la sentencia se pasó por alto que en las instalaciones de la inconforme se valoró al paciente por especialistas, quienes ordenaron su remisión a sala de cirugía para la fijación ligamentaria (HC 29/12/2017, 8:00 a.m.) y que no se presentó ningún signo de lesión vascular. El perito, Dr. Saldarriaga, no determinó dónde se produjo la aludida lesión, ya que en audiencia expuso que es difícil establecerlo porque el músculo tiene 8 horas de vida aproximadamente para que se presente la isquemia y, de haber sido así, al momento de su ingreso al hospital, se hubiese evidenciado el pie caído izquierdo, hipoestesia plantar, frialdad distal del referido pie, retardo en el llenado capilar, pero ello ocurrió hasta después de realizada la cirugía de fijador externo transarticular de rodilla izquierda como se registró en la historia clínica del ente que la practicó (01/01/2018, 12:38 p.m.).

Lo aludido en la providencia fustigada acerca de que *“el daño vascular fue advertido en su valoración de ingreso por el ortopedista Dr. Héctor Manuel Orjuela Pérez de la última clínica donde éste llegó, Clínica Fundadores, el cual insistió en la valoración urgente por cirugía vascular”*, no es cierto, porque arribó a tal ente el 30 de diciembre de 2017 a las 13:03 y lo atendió el médico general, Dr. Fernando Iván Fernández Corredor, y solamente hasta las 20:04:25 de ese día lo valoró el ortopedista Orjuela Pérez, quien consignó que el *“paciente requiere reducción de la luxación y estabilización con tutor transarticular de rodilla izquierda, previa valoración urgente por cirugía vascular”*, y para ese instante, tenía perfusión distal, pero apenas a las 14:04:12 del 1 de enero de 2018 se le brindó la atención

que calificó como de urgencia el ortopedista, y aun así la juzgadora concluyó que la Clínica fundadores obró ajustada al historial clínico, con soporte en que el perito, Dr. Saldarriaga, expuso que *“al ingresar a la Clínica Fundadores, el señor Kevin Andrey León Ávila presentaba gran edema y más dolor y los médicos ya no detectaban pulsos distales en dicha extremidad”*, lo que no se demostró, si se tienen en cuenta las anotaciones de la historia clínica de esa entidad. En el de marras no se acreditó dónde se originó el daño que causó la pérdida de la extremidad del actor.

La juez tuvo como soporte de su decisión el dictamen rendido por el Dr. Jonathan Saldarriaga, especialista en daño corporal, quien no es experto en ortopedia, traumatología o cirugía vascular, a lo que se agrega que no fue claro, preciso y detallado, debido a que no hizo exámenes, experimentos e investigaciones, por lo que sus disertaciones no dieron certeza acerca de la responsabilidad del hospital y, por el contrario, generaron dudas que deben resolverse a favor de este.

La dispensadora de justicia incurrió en errores de hecho y de derecho al condenar a la disidente sin pruebas de su responsabilidad y al no hacer un pronunciamiento en torno a la ausencia de culpa y nexo causal, así como frente a la falta de acreditación de los perjuicios reclamados en la demanda. No es comprensible porqué se emitió el fallo que declara responsabilidad por mala práctica médica sin un dictamen pericial.

No *“aprueba”* la encausada que se tuviese en cuenta el acta de 29 de diciembre de 2017, con la que se impuso una medida preventiva de suspensión temporal de algunos servicios, en tanto, para el 28 de ese mes y año, cuando ingresó el paciente estaba habilitada la entidad para proveer el servicio requerido y, a la postre, no se impuso sanción definitiva.

En el expediente no obra prueba de la pérdida de capacidad laboral de Kevin Andrey León Ávila; sin embargo, la *iudex a quo* le otorgó una equivalente al 50%, por aplicación analógica del Decreto 1507 de 2014, sin reparar en que la ley 100 de 1993 establece el procedimiento para obtener dicha calificación.

Para la tasación de perjuicios inmateriales no se tuvo en cuenta que las pruebas que aportó la activa para ese empeño fueron negadas y, nuevamente, por analogía se determinó su cuantía, en desacato de que para su reconocimiento debe estar probada su existencia y extensión. El daño moral no debió reconocerse, pues la Corte Suprema de Justicia refiere que se presumen para padres y hermanos cuando hay convivencia, circunstancia que no se investigó, ni se recaudaron testimonios en tal sentido, ni “*documental médico que acreditara dichas afectaciones*”.

De cara a los perjuicios materiales, el desacuerdo se fincó en que León Ávila estaba vinculado laboralmente y afiliado al régimen contributivo de salud, por lo que si existió incapacidad médica debió haber sido cancelada por su empleador y/o el fondo de pensiones.

Apoyada en tales argumentos pidió la revocatoria parcial de la sentencia y se absuelva de la responsabilidad por la que fue condenada.

5.3. La llamada en garantía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza S.A. impetró como reparos:

5.3.1. “*Ausencia de responsabilidad imputable a Clínica Chía S.A./Cumplimiento de las obligaciones a cargo de la Clínica Chía S.A.*”. La atención brindada por dicho ente de salud fue acertada, oportuna y adecuada, a la vez que en torno a la remisión no podía prever la sanción administrativa impuesta a la receptora.

5.3.2. *“Improcedencia de reconocimiento y pago de perjuicios por lucro cesante por ausencia de prueba”*. Erró la juez en la *“interpretación y causación de perjuicios”* en esa modalidad, debido a que no se probó la pérdida de capacidad laboral y, por ello, era absolutamente imposible definir un monto. El patrimonio de León Ávila no sufrió una merma.

II. CONSIDERACIONES

1. Concurren en este asunto los presupuestos procesales traducidos en competencia del juez, demanda en forma, capacidad procesal y para ser parte, sin que se advierta causal de nulidad que pueda comprometer la validez de lo actuado; por manera que, se procede a resolver el asunto en referencia, en orden a lo cual se precisa que, por mandato del artículo 328 del Código General del Proceso, la actividad del Tribunal se concretará a los precisos reparos debidamente sustentados por los impugnantes.

2. La responsabilidad médica

La controversia jurídica planteada se inscribe en el campo de la responsabilidad civil por la prestación de servicios médicos, en la que deben concurrir los presupuestos materiales para el éxito de la pretensión, como son: la prueba de la relación jurídica que vinculó a la persona jurídica demandada con el paciente; el daño padecido por los demandantes; la culpa predicable del profesional de la medicina que actuó por cuenta de aquella y la relación de causalidad adecuada entre el comportamiento activo o pasivo del profesional y el daño.

Sobre esta particular modalidad de responsabilidad, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia⁹ ha puntualizado:

En la forma en que lo tiene establecido la doctrina y la jurisprudencia, en el campo de la responsabilidad civil el acto médico puede generar para el profesional que lo ejercita obligaciones de carácter indemnizatorio por perjuicios causados al paciente, como resultado de incurrir en yerros de diagnóstico y de tratamiento, ya porque actúe con negligencia o impericia en el establecimiento de las causas de la enfermedad o en la naturaleza misma de ésta, ora porque a consecuencia de aquello ordene medicamentos o procedimientos de diversa índole inadecuados que agravan su estado de enfermedad, o bien porque ese estado de agravación se presenta simplemente por exponer al paciente a un riesgo injustificado o que no corresponda a sus condiciones clínico – patológicas. A este respecto la jurisprudencia de la Corte, a partir de su sentencia de 5 de marzo de 1940 (G.J. Tomo XLIX, pág. 116) ha sostenido, con no pocas vacilaciones, que la responsabilidad civil de los médicos (contractual o extracontractual) está regida en la legislación patria por el criterio de la culpa probada, salvo cuando se asume una expresa obligación de sanación y ésta se incumple, cual sucede, por ejemplo, con las obligaciones llamadas de resultado; criterio reiterado en términos generales por la Sala en su fallo de 30 de enero de 2001 (Exp. N° 5507) [...]. (Subraya del Tribunal)

En lo concerniente a la denominada culpa galénica y su relación con la observancia de la *lex artis* que exige cada caso, en SC4425 de 2021, la misma Corporación, precisó,

(...) conviene insistir en que el fundamento de la responsabilidad civil del médico es la culpa, conforme la regla general que impera en el sistema jurídico de derecho privado colombiano. Por consiguiente, salvo supuestos excepcionales –como la existencia de pacto expreso en contrario¹⁰–, la procedencia de un reclamo judicial indemnizatorio relacionado con un tratamiento o intervención médica no puede establecerse a partir de la simple obtención de un resultado indeseado –v.gr. el agravamiento o la falta de curación del paciente–, sino de la comprobación de que tal contingencia vino precedida causalmente de un actuar contrario al estándar de diligencia exigible a los profesionales de la salud.

⁹ CSJ SC 13 sep. 2002. Ref.: Exp. No. 6199

¹⁰ Sobre el particular, enseña el precedente de la Corte: «Suficientemente es conocido, en el campo contractual, [que] la responsabilidad médica descansa en el principio general de culpa probada, salvo cuando en virtud de “estipulaciones especiales de las partes” (artículo 1604, in fine, Código Civil), se asumen, por ejemplo, obligaciones de resultado» (CSJ SC7110-2017, 24 may.).

*Ese estándar, cabe precisarlo, no puede asimilarse completamente a ninguno de los que consagra el precepto 63 del Código Civil para los distintos tipos de culpa (como el parámetro del «buen padre de familia»), ni tampoco al criterio genérico de «persona razonable», pues debe tener en cuenta las especiales características de la labor del personal médico. Lo anterior explica la necesidad de acudir a una pauta diferenciada, denominada *lex artis ad hoc*, esto es, (...).*

*Lo anotado equivale a decir que la imputación subjetiva de los galenos debe construirse comparando su proceder con el que habría desplegado un colega de su especialidad, con un nivel promedio de diligencia, conocimientos, habilidades, experiencia, etc., en caso de haberse enfrentado, hipotéticamente, al cuadro clínico del paciente afectado. Esto explica la referencia a una *lex artis ad hoc*, que no es otra cosa que evaluar la adecuación de las actividades del personal de salud de cara a la problemática específica de cada persona sometida a tratamiento, observando variables como su edad, comorbilidades, diagnóstico, entre otras que puedan identificarse para cada evento concreto.*

En los juicios de responsabilidad médica, entonces, se torna necesario determinar la conducta (abstracta) que habría adoptado el consabido profesional medio de la especialidad, enfrentado al cuadro del paciente, y atendiendo las normas de la ciencia médica, para luego compararlo con el proceder del galeno enjuiciado, parangón que ha de permitir establecer si este último actuó, o no, de acuerdo con el estándar de conducta que le era exigible¹¹. Si lo primero, no podrá concretarse la responsabilidad civil; si lo segundo, será necesario entroncar su “culpa”, en el sentido explicado, con el resultado dañoso alegado en la demanda”¹².

3. Análisis del caso concreto

El reproche a la actividad de los galenos que prestaron los servicios se circunscribió puntualmente a la atención brindada a Kevin Andrey León Ávila, que terminó con la amputación de su extremidad inferior izquierda, lo que fue acogido por la *iudex a quo* frente a la Clínica Chía S.A. y Hospital Ortopédicos S.A.S., quienes en oportunidad presentaron su disidencia con tal determinación. Es

¹¹ En cualquier caso, no pueden obviarse algunos criterios de flexibilización de la prueba de la culpa, como las presunciones judiciales que surgen de la aplicación de la doctrina de la culpa virtual, o *res ipsa loquitur*, operante en supuestos como el oblitio quirúrgico (Cfr. CSJ SC7110-2017, 24 may.).

¹² C. S. J. S.C., sent. 5 de octubre de 2021, rad. 2017-00267.

evidente que las recurrentes atacaron la responsabilidad declarada con soporte en el dictamen pericial que, en su entender, no es útil para ese empeño, por lo que se analizarán en principio las respectivas historias clínicas y se cotejarán con lo dicho por el experto frente al origen del daño padecido, para luego estudiar, si es del caso, las condenas impuestas.

3.1. Conducta de la Clínica Chía S.A., según la historia clínica

Se registró¹³, en esencia, lo siguiente: Ingresó el paciente el 28 de diciembre de 2017, a las 12:45 p.m.

*(...) [d]atos de la consulta - datos de la consulta/Motivo de la consulta-‘Me estrellé’./ Enfermedad actual- paciente masculino de 23 años quien presenta accidente de tránsito en calidad de conductor de motocicleta quien pierde el control de la misma al tratar de evadir un carro, refiere traumatismo en rodilla izquierda con dolor de gran intensidad, limitación para los arcos de movimiento y **parestesias**, niega pérdida de la conciencia niega otra sintomatología. (...) Página 1 de 11”. “(...) Examen físico (...) Miembros inferiores y superiores-se evidencia **deformidad en rodilla izquierda, sensibilidad disminuida en pie izquierdo** (...) 3. Piel y faneras – **Excoriación de 4x5 cm irregular posterior en pierna izquierda** (...) Plan de manejo-plan de manejo (...) se considera **posible luxación de articulación de la rodilla izquierda** se da orden para administración de analgesia y se solicita radiografía. (...) Página 3 de 11”.*

*(...) Diagnóstico CIE (...) nombre: luxación de rodilla/Tipo: impresión diagnóstica / Categoría: Diagnóstico principal (...) Prof: **Forero Berrio Adriana Carolina / Especialidad: medicina General** (...) fecha 28/12/2017 01:35:00 p.m.¹⁴*

*“(...) Análisis- paciente en buenas condiciones generales en el momento clínicamente estable quien presenta subluxación de rodilla izquierda con inestabilidad ligamentaria y **parestesias en pie izquierdo** comentado con el **Dr. Rojas Ortopedista de turno quien recomienda remisión a centro de mayor complejidad dada la necesidad de fijación ligamentaria y manejo por ortopedia Tercer nivel**, se le explica al paciente y*

¹³ Ver folio 8 a 20 del archivo “001folio1a406” de la carpeta “C01Principal” ídem.

¹⁴ Ver folio 10 ídem.

familiar quienes refieren entender y aceptar. (...) 28/12/2017 02:04:00 p.m.”¹⁵.

(...) Formato de remisión – formato de remisión / Hora de solicitud – **14:17 / Especialidad o servicio al que se remite – Ortopedia** / Fecha de ingreso a la institución- 28/12/2017 (...) Resumen historia clínica – (...) presenta traumatismo a nivel de rodilla izquierda con posterior (sic) dolor de severa intensidad **y parestesias en pie**, sin antecedentes de importancia, al examen físico se evidencia **deformidad en rodilla izquierda y disminución de la sensibilidad en pie izquierdo** (...) **Motivo de la remisión-necesidad de manejo por ortopedia en tercer nivel de atención** (...) tipo de ambulancia- básica / prioridad-alta (...)”¹⁶.

“(.) [F]echa: 28/12/2017 02:17:00 p.m. (...) Referencia y contrareferencia-seguimiento telefónico / entidad a la que **se comenta el paciente-Hospital Ortopédico el Campín / Hora de la llamada-15:29 (...) respuesta - Se acepta paciente Dr Alejandro Rieger**, confirmar envío de paciente, gracias (...)”¹⁷.

En la página 8 de 11, se hizo constar:

(...) Extremidades. Simétricas, no se evidencian edemas, pulsos presentes y simétricas, sin cambios de coloración en la piel, movilidad activa y pasiva conservada, **presencia de deformidad a nivel de articulación de la rodilla izquierda** con dolor intenso a la movilización perfusión distal de 2 segundos sin dificultad para la movilización de dedos excoiación superficial a nivel de tercio medio de aproximadamente 10 cm de diámetro.

(...) Observaciones plan de cuidados enfermería – Móvil 1 empresa médica ambulancia Hospital ortopédico el Campín **paciente quien sale en trámite de remisión (...) vivo se entregan paquetes de remisión a personal de ambulancia** / Prof: Romero Noguera Diana Alejandra / Especialidad: Enfermería / (...) Fecha. 28/12/2017 **05:37:00 p.m.**”¹⁸ (Énfasis agregado)

El recuento histórico de la atención permite colegir lo siguiente:

Kevin Andrey León Ávila ingresó a las 12:45 p.m. del 28 de diciembre de 2017 a la institución médica con deformidad en la rodilla izquierda, parestesias y sensibilidad disminuida en pie izquierdo. Se

¹⁵ Ídem.

¹⁶ Ver folio 11 ídem.

¹⁷ Ver folio 13 ídem.

¹⁸ Ver folio 15 ídem.

le diagnosticó subluxación, en principio, y luego, luxación de rodilla izquierda con inestabilidad ligamentaria. Una vez comentado con el ortopedista, Dr. Hugo Rojas, recomendó remitirlo a centro de mayor complejidad y manejo por ortopedia de tercer nivel. Efectuado el proceso de referencia y contrarreferencia, se trasladó al paciente al Hospital Ortopédicos S.A.S. a las 5:37 p.m. del mismo día, es decir, que permaneció cerca de 5 horas en la Clínica Chía.

Es importante destacar que, según el literal e. del artículo 3. del Decreto 4747 de 2007, **la referencia** es “(...) el **envío de pacientes** o elementos de ayuda diagnóstica por parte de un prestador de servicios de salud, a otro prestador **para atención o complementación** diagnóstica que, **de acuerdo con el nivel de resolución, de respuesta a las necesidades de salud**” (negrilla no es del original); entonces, dicha actividad estaba a cargo de la clínica en condiciones específicamente determinadas por quien conoció el caso de León Ávila, o sea, el ortopedista, Dr. Hugo Rojas, quien con base en su experiencia y conocimiento, impartió su concepto de forma clara y contundente, esto es, la remisión del paciente a un centro de III nivel para manejo por ortopedia; sin embargo, sin justificación técnica, científica o médica alguna, se desconoció tal prescripción del galeno y se hizo el traslado al Hospital Ortopédicos S.A.S. que contaba con el servicio requerido, pero no pertenecía al nivel de atención aludido, sino al II, con lo que se incurrió en un yerro mayúsculo que no se desvanece por la velocidad con que se efectuó la remisión ni con la mera aceptación del Hospital de recibir al paciente.

Así las cosas, no coincidió lo ordenado por el ortopedista (remisión a nivel III) con lo ejecutado (remisión a nivel II), lo que evidencia el incumplimiento de los deberes de la clínica, conducta que, sin lugar a dudas, retrasó la posibilidad para Kevin Andrey de recibir atención adecuada, es decir, que ese comportamiento

renuente de la Clínica Chía S.A. aportó que se presentara el resultado lesivo final, consistente en la amputación de la extremidad inferior izquierda, dado que, tratándose del servicio de urgencias y por la gravedad de las lesiones, como la deformidad de la pierna, las parestesias en la rodilla izquierda y la disminución de la sensibilidad en el pie izquierdo que indicaban, probablemente, el desarrollo la eventual lesión vascular, el factor temporal era determinante para minimizar el efecto dañoso del accidente, tal como lo explicó el perito Jonathan Saldarriaga, como se analizará más adelante.

Entonces, al no haberse remitido al lugar que, según las propias directrices del personal sanitario, ameritaba el estado de salud del paciente, se extendió temporalmente la ausencia de atención adecuada y disminuyó la posibilidad de salvar la extremidad.

Respecto al “*acta No. 0001 de 2018*”¹⁹, levantada el 8 de noviembre de 2018 por el Comité de Conciliación de la Clínica Chía S.A. por los médicos cirujanos, Dr. Juan Carlos García M. y Dra. Carolina Pinzón, el médico cirujano ortopedista, Dr. Fernando Sánchez, se inscribió en la “*verificación de la historia clínica*” que “[a] las 13:30 p.m. es valorado por el médico de urgencias quien durante el examen físico evidencia que el paciente presenta **deformidad en rodilla izquierda, sensibilidad disminuida en pie izquierdo y limitación funcional moderada**, por lo que considera como impresión diagnóstica una luxación de rodilla izquierda”. Luego, “[a] las 14:17 p.m. se verifica (...) que el paciente presenta una subluxación de la articulación, se comenta con el ortopedista de turno, Dr. Hugo Rojas, quien recomendó que se procediera a realizar la **remisión a un centro de mayor complejidad**, dada la necesidad de realizar fijación ligamentaria por la inestabilidad y manejo por ortopedia de tercer nivel donde se contara con intensificador de imágenes”. (Negrilla no es del original)

¹⁹ Ver folio 327 a 329 ídem.

La *iudex a quo* estimó que contiene una síntesis de los servicios dispensados al paciente y lo dispuesto por el ortopedista a cargo en punto del manejo por ortopedia en centro de tercer nivel que contara con intensificador de imágenes, pero no mencionó en el fallo que ya existía la lesión vascular. De allí que ningún yerro en tal laborío puede achacársele a la dispensadora de justicia, puesto que analizó el medio de prueba, le asignó el mérito correspondiente y no distorsionó la información que brinda. Ahora bien, no puede pasarse por alto que en el recuento que hizo el comité en el acta bajo examen se vislumbran dos cosas. Primera, que la remisión era para un centro de tercer nivel. Segunda, que desde que ingresó el paciente presentaba deformidad en rodilla izquierda, sensibilidad disminuida en pie izquierdo y limitación funcional moderada, signos que, según el perito Saldarriaga, representaban riesgo de una eventual lesión vascular.

Quedan así abatidos los argumentos del reparo denominado *“inexistencia de culpa o falla a cargo de la Clínica Chía S.A.”* y el de la llamada en garantía de *“Ausencia de responsabilidad imputable a Clínica Chía S.A./Cumplimiento de las obligaciones a cargo de la Clínica Chía S.A.”*.

Se estudian ahora los argumentos del reproche de *“ausencia de nexo causal entre la conducta desplegada por la Clínica Chía S.A. y los daños que aduce sufrir la parte demandante”*, que son:

i) El paciente ingresó y egresó con diagnóstico de subluxación de articulación de rodilla y la agravación de su cuadro clínico y los eventos adversos se presentaron tras su salida, especialmente por la suspensión de servicios en el Hospital Ortopédicos S.A.S., que debe asumir la responsabilidad exclusiva. ii) Mientras permaneció en las instalaciones de la recurrente no existió la lesión vascular que fue la causa efectiva del daño, por lo que no hay relación causal entre el resultado nocivo y la conducta de la demandada, más si se tiene en

cuenta que el perito manifestó que el reconocimiento tardío de esa lesión, pasadas 8 horas, es probable que termine en amputación y tal lapso no empezó a contarse mientras estuvo en la clínica ni desde su egreso. *iii)* Declarar responsable a Clínica Chía por no remitir a un paciente al hospital con la especialidad de cirugía vascular, que no requería en ese momento, es llegar al absurdo de considerar que debía prever circunstancias futuras e hipotéticas.

Las inconformidades se despachan negativamente en conjunto:

En la sentencia fustigada se indicó que la responsabilidad de la recurrente derivó de realizar un indebido proceso de referencia al desobedecer lo ordenado por el ortopedista, Dr. Hugo Rojas, quien dispuso la remisión a un centro de atención de III nivel y se trasladó a uno del mismo nivel. Seguido, la dispensadora de justicia estableció la influencia en términos porcentuales que, a su juicio, tuvo la conducta de la pasiva para llevar al resultado lesivo. Es claro, entonces, que la responsabilidad endilgada a Clínica Chía S.A. no tuvo como pilar el no envío del paciente a un centro con especialidad de cirugía vascular, sino a uno de nivel distinto al ordenado por el galeno (III). Tampoco se le reprochó que no previera la lesión vascular, se itera, sino la errónea remisión. Adolece de sustento fáctico el alegato en tal sentido.

Siendo así, no es dable aducir que la inexistencia de diagnóstico o de síntomas reveladores de la lesión vascular durante la permanencia de Kevin Andrey León Ávila en la Clínica Chía S.A. la eximan de responsabilidad, en la medida que lo que motivó su condena no fue ello, sino la errada referencia, frente a la que no logró acreditar que no tuvo ningún efecto en la agravación de aquel, puesto que al remitirlo a un centro de atención distinto al ordenado por el ortopedista, tratándose de una urgencia en la que estaba comprometida la pierna, dada su deformidad y afectación en la

sensibilidad del pie, impidió la oportuna atención para restablecer, mejorar o controlar el estado de salud y provocó un injustificado retraso en la revisión por personal idóneo, constituyéndose esto en un aporte indiscutible al deterioro de la situación personal de León Ávila; por ende, esa omisión de la I.P.S. tiene relación directa con la afectación final que padeció la víctima.

La “improcedencia de la solidaridad” fincada en que tal figura solo tiene lugar cuando el delito o culpa son cometidos por dos o más personas y, en este asunto, la disidente no falló en la prestación del servicio, decae al tener en cuenta que, como se ha insistido, su responsabilidad devino del errado proceso de referencia que no logró desvirtuar, a la par que el resultado final, conforme se anunció en la sentencia de primer grado, tuvo la participación del Hospital Ortopédicos S.A.S., lo que de suyo hace que exista una pluralidad de responsables llamados a resarcir los perjuicios.

3.2. Conducta del Hospital Ortopédicos S.A.S., según la historia clínica

Obró conforme a la siguiente descripción:

*(...) Historia Clínica de ingreso a hospitalización (...) **fecha de atención 2017-12-28 07:28 p.m.** (...) Motivo de la consulta: (...) paciente remitido de Clínica Chía / enfermedad actual: paciente masculino de 23 años quien es traído por ambulancia, remitido de Clínica de Chía posterior a accidente de tránsito en calidad de conductor de motocicleta quien al intentar esquivar un vehículo pierde el control de la misma y cae. Fue llevado a la clínica mencionada donde realizan RX, evidenciando subluxación de la articulación de la rodilla, motivo por el cual inmovilizan con férula y **remiten a este centro para valoración por ortopedia.***

*Examen físico: (...) Extremidades: MII inmovilizado con férula posterior de yeso, inguinopédica, **adecuado llenado capilar.***

*(...) Diagnóstico: 1. Subluxación de articulación de la rodilla?
Análisis: Descripción: Paciente masculino de la tercera década de la vida quien posterior a hecho vial es remitido por presentar aparente subluxación de articulación de la rodilla izquierda por*

el cual se decide hospitalizar para realización de RX para descartar o confirmar patología, valoración por parte de especialista en traumatología y ortopedia además de manejo eficaz del dolor.

(...) Firma. (...) Personal asistencial Carla Andreina Rodríguez Martínez Medicina general (...) ²⁰.

(...) Notas de enfermería (...) fecha de atención/ **2017-12-28 07:30 p.m.**

(...) Descripción (...) el médico de turno realiza valoración el cual ordena RX de miembro inferior izquierdo, se ubica en camilla con barandas de seguridad elevadas, se canaliza en miembro superior izquierdo con yelco No. 16 pasando SSN a 100 cc/h, se toman laboratorios según orden médica, **pendiente valoración por ortopedia.** / (...) **personal asistencial Mario Martínez Ávila Enfermería** (...) ²¹.

(...) Fecha de atención **2017-12-29 06:35 a.m.** ²²

Se realizó una descripción de lo ocurrido desde las 19:49 de 28-12-2017 a 07:00 de 29-12-2017. Y se firmó:

“(...) Personal asistencial Mayra Alejandra Castañeda Herrán Enfermería. (...)”.

Fecha de atención 2017-12-29 01:16 p.m. ²³

(...) Descripción (...) 8:00 horas. Paciente es valorado por médico tratante y especialistas quienes ordenaron subir a salas de cirugía de acuerdo a disponibilidad de camas. Pendiente ejecutar órdenes médicas por lo que se retira dieta vía oral. 9:00 horas. Paciente es trasladado a salas de cirugía se traslada en camilla con barandas elevadas con medidas de protección (...). 13:00 horas. Paciente regresa de salas de cirugía, **informan que no se realiza procedimiento quirúrgico**, se traslada en camilla con barandas de seguridad. (...).

Firma: Personal asistencial Mauricio Ochoa Bustos Enfermería.

(...) Fecha de atención 2017-12-30 09:05 a.m. ²⁴

(...) Al examen físico:

RODILLA IZQUIERDA CON GRAN EDEMA, EQUIMOSIS EN REGIÓN POPLITEA, DOLOR INTENSO, EXCORIACIÓN EN REGIÓN POPLITEA, ADECUADO RELLENO CAPILAR, PULSOS DISTALES PRESENTES, RESTO DEL EXAMEN FISICO DENTRO DE LIMITES NORMALES. (...)

²⁰ Ver folios 22 y 23 ídem.

²¹ Ver folio 24 ídem.

²² Ver folio 25 ídem.

²³ Ver folio 26 ídem.

²⁴ Ver folio 24 ídem.

(...) Fecha de atención **2017-12-30 01:04 p.m.**²⁵

(...) Descripción 12:30 **sale paciente de la institución remitido para Eusalud Mandalay** despierto, consciente, orientado en compañía de personal de ambulancia y familiares, con líquidos endovenosos permeables, vendajes de algodón, férula de yeso y vendajes elásticos en miembro inferior izquierdo, se entrega documentación completa.

Firma: personal asistencial Gabriela Pineda Enfermería.²⁶
(negrilla fuera de texto)

De la documental examinada se advierte que el paso de Kevin Andrey León Ávila por el Hospital Ortopédicos S.A.S. incidió de manera sensible en el deterioro de su salud. Esto, por cuanto llegó con remisión por ortopedia, pero no quedó expresamente consignado en qué momento le fue dispensada, en tanto para el 29 de diciembre de 2017 a las 8:00 a.m. se anotó que fue valorado por médico tratante y especialista, pero sin dejar constancia de qué especialidad. Después, fue llevado a salas de cirugía, pero no se le realizó ningún procedimiento en virtud de los problemas administrativos que afrontaba la entidad en la prestación del servicio de cirugía por ortopedia. El 30 siguiente, continuó deteriorándose la condición de León Ávila, toda vez que presentó gran edema, equimosis y excoriación en la región poplíteas, síntomas con los que no había ingresado a ese centro.

En resumen, tras haber ingresado el 28 de diciembre de 2017 a las 7:28 de la noche, Kevin Andrey egresó el 30 siguiente a las 12:30 p.m., cerca de 39 horas después, al ser redirigido a una institución que pudiese atender sus necesidades, pero con el correlativo empeoramiento de su situación al no recibir ningún tratamiento o atención que le llevara a mejorar, mientras que la pérdida injustificada de tiempo para tal empeño quedó en evidencia, lo que incrementó las posibilidades de perder su extremidad, al evitar que se le pudiese valorar y atender adecuadamente, por lo que es

²⁵ Ver folio 30 ídem.

²⁶ Ver folio 31 ídem.

irrebatible la incidencia que en el resultado final tuvo la negligencia de esta entidad de salud.

Al igual que se destacó respecto a la Clínica Chía S.A., durante la estadía de Kevin Andrey en el Hospital Ortopédicos S.A.S. no se le diagnosticó la lesión vascular y la *iudex a quo* tampoco afirmó eso, sino que encontró probada la responsabilidad por retardar el acceso a los cuidados que demandaba la situación, aumentando el peligro de amputación.

A modo de síntesis, se puede señalar que Kevin Andrey León Ávila llegó a la Clínica Chía S.A. el 28 de diciembre de 2017 a las 12:45 p.m. para ser atendido por urgencias y, dadas las limitaciones técnicas o científicas para salvaguardar su integridad fue remitido el mismo día, por lo que el receptor estaba llamado a obrar con rapidez y eficiencia en su cuidado, en la medida en que cada momento transcurrido reducía las posibilidades de restablecer o mejorar su condición de salud, pero lo mantuvo 39 horas sin ejecutar actos urgentes ni de otra naturaleza, haciendo improcedente que la entidad pretenda relevarse de su responsabilidad amparada exclusivamente en que no había sintomatología de la lesión vascular, pues como viene de verse, el detrimento de la pierna fue en aumento, con lo cual se demostró que la omisión del hospital influyó de manera determinante para que no fuese posible evitar la mutilación de la pierna. Fracasa así el reparo impetrado en tal sentido.

Tampoco se libera de salir a indemnizar los daños irrogados bajo el alegato de que después de que egresara el paciente no se le impuso ninguna sanción de tipo administrativo por la Secretaría Distrital de Salud, como quiera que la inexcusable y perjudicial inactividad del hospital se materializó e impactó negativamente la recuperación plena de León Ávila, quien no estaba obligado a soportar tal situación. Decae la disidencia soportada en dicho argumento.

En torno al alegato referente a la injerencia de la Clínica Fundadores en el resultado final, es importante mencionar que carece de interés para proponerlo, debido a que el fallo de primer grado excluyó a la mentada entidad del deber de salir a satisfacer las reclamaciones de la activa, única legitimada para levantarse contra esa determinación y exigir que se extendiera la declaración de responsabilidad y solución de los perjuicios a esa otra encausada, pero no lo hizo, motivo por el que no es posible modificar tal disposición en esta sede. Además, al no haberse apelado la sentencia por ambas partes, no le es dable al superior resolver “sin limitaciones” (inc. 2 art. 328 CGP), por lo que deberá preservar lo que cobró firmeza.

3.4. Del “informe pericial Médico especialista en valoración del daño corporal” efectuado por el Dr. Saldarriaga²⁷

El artículo 226 del Código General del Proceso establece que “[l]a prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos”. La ciencia médica encaja, por su especificidad y complejidad, en aquellos casos que previó el legislador, pues la solución de los litigios judiciales demanda la intervención de personal letrado en dicha disciplina para ayudar a comprender lo que se escapa del entendimiento del juez y las partes.

En el particular, se arrimó el que realizó el Dr. Jonathan Saldarriaga Hernández, Médico General, especialista en valoración del daño corporal y – para entonces (15/05/2020) - residente de medicina aplicada a la actividad física y al deporte, quien sostuvo que:

(...) 2. OBJETIVO DE LA DILIGENCIA

Se solicita de informe pericial para que, con base en las Historias Clínicas, se aclare las lesiones vasculares sufridas del señor

²⁷ Ver folio 509 a 514 ídem.

KEVIN ANDREY LEÓN ÁVILA el 28 de diciembre de 2017 y la manera y tiempo en que estas lesiones debieron ser corregidas.

CONTEXTO

(...) el día 28 de diciembre de 2017 presento (sic) un accidente de tránsito en el municipio de Cajicá, traslado a la clínica de Chía, presentando intenso dolor a nivel de rodilla izquierda con limitación de movimiento y parestesias, presentando una subluxación de rodilla izquierda con inestabilidad ligamentaria. El especialista en ortopedia Dr. Rojas de esta institución solicitó ser trasladado a un centro de mayor complejidad y manejarlo en tercer nivel de atención.

Fue remitido al HOSPITAL ORTOPÉDICOS S.A.S. el día 28 de diciembre hacia las siete y media p.m., atendido por la Dra. Carla Andrea Rodríguez Martínez de medicina general. El día 29 de diciembre (12 horas después) hacia las 8:00 de la mañana el ortopedista de turno, solicito (sic) pasarlo a salas de cirugía de manera urgente, pero por problemas administrativos se le informo (sic) que ya no lo operaban y que tenían que volver a remitir.

Dicha remisión se hizo efectiva hasta el día 30 de diciembre hacia la una de la tarde a la Clínica Fundadores (40 horas después)

Al ingresar a la CLÍNICA FUNDADORES el señor KEVIN ANDREY LEÓN ÁVILA presentaba un gran edema, más dolor y los médicos ya no le detectaban pulsos distales en dicha extremidad. Siendo las 8 de la noche de este día (30 de diciembre) fue valorado por el Dr. HÉCTOR MANUEL ORJUELA PÉREZ especialista en ortopedia y traumatología quien explico (sic) y anoto (sic) “paciente requiere de reducción de la luxación y estabilización con tutor transarticular de rodilla izquierda, previa valoración urgente por cirugía vascular y Doppler arterial de miembro inferior izquierdo, advierte que este tipo de trauma tiene alto riesgo de lesión vascular, “paciente lleva 48 horas de evolución”

El día 31 de diciembre de 2017 se llevó a cirugía y **se realizó el procedimiento de aplicación con fijador externo transarticular en rodilla izquierda (fémur y tibia) más reducción cerrada luxación de rodilla izquierda, pero aun se encontraba pendiente la valoración por cirugía vascular.**

El día 01 de enero de 2018 en evolución médica del ortopedista HÉCTOR MANUEL ORJUELA PÉREZ, hacia las 12 y 38 documento presencia de pie caído izquierdo con hipostesia plantar frialdad distal y retardo del llenado capilar, documentó isquemia aguda de miembro inferior izquierdo, el Dr. HÉCTOR MANUEL ORJUELA PÉREZ insistió en la valoración urgente por cirugía vascular como lo solicito (sic) reiteradamente y anoto (sic) a que ante la no disponibilidad de cirugía vascular se debía remitir como urgencia vital de inmediato a otra institución.

Hasta el día 01/01/2018, 1:38 p.m. el Dr. JUAN MANUEL AGUILAR especialista en cirugía vascular anoto (sic): actualmente con cambios vasculares de congestión dado por cianosis con completa anestesia y no movilidad de la extremidad, con hiperestesia a nivel de gemelos, con pie caído que sugiere lesión nerviosa irreversible”. (...) No se logra salvamento de la extremidad.

(...) 3. DESCRIPCIÓN CLARA Y PRECISA DE LOS ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y EVIDENCIA FISICA EXAMINADOS

Se examinó las historias clínicas de las diferentes instituciones del señor KEVIN ANDREY LEÓN ÁVILA, en relación a su accidente desde el día 28 de diciembre de 2018 (sic), hasta el día 10/01/2019 (sic).

4. PREGUNTAS

1. Explique y/o ilustre cuál fue el tipo de lesión que presentaba Kevin Andrey León Ávila, por lo que los ortopedistas solicitaron ser valorado por cirugía vascular?

El señor Kevin presentó una **subluxación posterior de rodilla izquierda**, con fractura por depresión de platillo tibial lateral y fractura por avulsión del aspecto lateral de la tibia, **asociado a lesión vascular, este último fue el motivo por el cual el servicio de ortopedia consideró necesario una valoración por cirugía vascular.**

En las lesiones neurovasculares de rodilla lo que sucede es la interrupción del flujo sanguíneo desde la parte proximal (más cercana al cuerpo) hasta la parte distal (más lejana al cuerpo) porque la arteria que realizaba dicha función se lesiona. Esto genera que el tejido por debajo del nivel de la lesión presente alteraciones consecuentes a la falta de sangre (que aporta nutrientes y oxígeno) y lleve a la necrosis (muerte del tejido) en un plazo de tiempo definido para cada tejido.

Debe sospecharse una lesión vascular en presencia de insuficiencia vascular asociada con antecedentes de lesiones por contusión, aplastamiento, torsión o penetrantes en una extremidad (...).

Una extremidad con isquemia debe reconocerse de inmediato y tratarse de forma urgente. El músculo no tolera la falta de flujo sanguíneo arterial durante más de 6 horas antes de que comience la necrosis. Los nervios también son muy sensibles a un ambiente anóxico, estudios han demostrado que el reconocimiento tardío de una lesión oclusiva vascular más allá de las 8 h es probable que resulte en una amputación (2, 3). Por lo tanto, se requiere una revascularización quirúrgica temprana para restablecer el flujo arterial a la extremidad distal alterada. Si hay una deformidad por fractura o luxación asociada, debe corregirse rápidamente realineando e inmovilizando suavemente la extremidad lesionada.

(...)

2. ¿Cuál (sic) es el riesgo de no tratarlo oportunamente?

R/ Los resultados de la luxación de rodilla asociada con lesión vascular son variables, dentro de las secuelas posteriores cabe mencionar la disminución de la movilidad, dolor crónico, perturbación de la función y en casos mas (sic) severos la amputación. (...)

3. ¿Cuál es el manejo indicado en este tipo de lesiones?

R/ El tratamiento efectivo de una **luxación de rodilla con una lesión vascular asociada** requiere un sistema de atención que incluye rescate prehospitalario, **transporte rápido a un centro apropiado, evaluación oportuna y un plan coordinado cuyo objetivo principal es restablecer el flujo sanguíneo a la extremidad** (...).

4. ¿Cuál es el nivel de atención hospitalario requerido en este tipo de lesiones y por qué?

R/ (...) por lo que un centro de tercer o cuarto nivel de atención con la presencia de estos dos especialistas, sería el nivel de atención requerido.

5. ¿Según la evidencia científica cuál es el tiempo oportuno para realizar la intervención medico (sic) o quirúrgica en este tipo de lesión y por qué?

R/ Varía dependiendo del grado del daño, pero como se menciona (sic) anteriormente, cuando se interrumpe el flujo sanguíneo por una lesión vascular, el músculo tolera 6 horas cuando mucho 8 horas de isquemia caliente. **El paciente además presentaba lesiones de daño nervioso que inicialmente no tenía**, esto dado que los nervios periféricos son muy sensibles a la falta de flujo sanguíneo y tienen un tiempo menor de tolerancia a la isquemia con respecto al músculo. Estudios han demostrado que el desenlace de amputación se da con tiempos de isquemia posteriores a las 6 horas y cuando compararon con aquellos que no se les amputo (sic) el miembro, su tiempo de isquemia era menor a 6 horas, en promedio 4,3 horas (3,5).

(...) 7. ¿De haberse intervenido quirúrgicamente de manera oportuna la lesión sufrida por KEVIN ANDREY LEÓN AVILA las posibilidades de salvaguardar la extremidad en riesgo hubiesen mejorado y por qué?

R/ Las probabilidades de salvaguardar la extremidad habrían sido mejores si al paciente lo hubiesen intervenido oportunamente, como se describió antes el tiempo de isquemia es uno de los factores claves en determinar la viabilidad de una extremidad, entre menos tiempo sea, más alta es la probabilidad.

*Dado los síntomas del paciente y los signos descritos en las historias clínicas, **este tenía el tiempo para haber recibido atención definitiva y oportuna.** Teniendo en cuenta que finalmente, entre institución a institución fue valorado por un cirujano vascular 96 horas después de su lesión. Desde la valoración ortopédica del 28/12/2017 a las 12:45 hasta el día 01/01/2018 a la 1:38 pm donde se concreto (sic) la tan solicitada atención como consta en los registros de las Historias Clínicas aportadas, como se menciona (sic) en los puntos anteriores, el músculo no tolera la falta de flujo sanguíneo arterial durante más de 6 horas antes de que comience la necrosis. (Énfasis agregado)*

La descripción efectuada en el trabajo pericial del contenido de las historias clínicas coincide, en lo principal, con aquellas. Sin embargo, respecto a lo alegado por el Hospital Ortopédicos S.A.S., en relación con que presuntamente se manifestó que en la Clínica Fundadores se advirtió el daño vascular desde que ingresó el paciente, es dable anotar que efectivamente en el último párrafo de la respuesta a la pregunta 7. se refirió que “*el daño vascular fue advertido en su valoración de ingreso por el ortopedista Dr. Héctor Manuel Orjuela Pérez de la última clínica donde este llegó (sic) (Clínica Fundadores) el cual insistió en la valoración urgente por cirugía vascular*”, lo que no es del todo cierto, en la medida en que el galeno mencionado determinó lo aludido, pero horas más tarde de haber llegado el paciente; ahora, en el acápite de “contexto” se mencionó que “*presentaba gran edema, más dolor y los médicos ya no le detectaban pulsos distales en dicha extremidad*” y “*siendo las 8 de la noche de este día (30 de diciembre) fue valorado por el Dr. HÉCTOR MANUEL ORJUELA PÉREZ especialista en ortopedia y traumatología (...) advierte que este tipo de lesión tiene alto riesgo de lesión vascular (...)*”. De allí que la imprecisión al resolver el interrogante número 7., sobre el momento en que se conoció el daño vascular, no es óbice para otorgarle mérito demostrativo al dictamen, puesto que desde los albores relató cronológicamente la actuación y en audiencia también se pronunció con claridad, como más adelante se analizará.

El experto destacó que la atención rápida y adecuada al paciente reducía las probabilidades de llegar a la amputación y señaló un término aproximado de entre 6 a 8 horas de presentarse la lesión vascular, pero sometidos a variables. No indicó desde qué momento se empezó a contar el lapso para que la intervención vascular fuese útil para salvar la extremidad; no obstante, puso de presente que la atención en conjunto brindada no fue la que requería, por tardía y equivocada, toda vez que la Clínica Fundadores practicó la intervención quirúrgica sin haber llevado a cabo la valoración por cirugía vascular ordenada por el especialista en ortopedia y traumatología.

El perito conoció lo acaecido en cada institución con Kevin Andrey, explicó el tipo de lesión que sufrió, el manejo idóneo, el tiempo en que debería darse y el efecto de no tratarla oportunamente, sin que tales disertaciones fuesen desvirtuadas en el trasegar procesal.

Se adhiere a lo precedente que el medio suasorio se sometió a contradicción, pues las partes pudieron interrogar a su autor²⁸, quien en audiencia respondió las preguntas que le fueron formuladas, y destacó, entre otras cosas, que:

(Tiempo 22:35) (...) “El abordaje que se hizo desde medicina fue muy claro para los ortopedistas en su momento, desde la primera valoración que el paciente necesitaba la atención de cirugía vascular, esta atención no se llevó a cabo al parecer fue más situaciones de tipo administrativo, pero en ese sentido el paciente debía tener la valoración por cirugía vascular de forma pronta, dado lo que tenía y, por lo tanto, sí hubo una irregularidad con la parte de la lex artis”.

(Tiempo 26:00) “(...) una valoración pronta por medicina o por cirugía vascular en esas en ese primer lapso, de las primeras 6 horas, las probabilidades de salvaguardar la extremidad hubiera sido bastante alta, superior al 86% en la mayoría de las ilustraciones y estudios médicos que hay o que han detallado sobre la valoración de este tipo de accidentes”. (Tiempo 28:53) “(...) Normalmente cuando se presentan traumas, accidentes,

²⁸ Ver “036VideoAudienciaArt373CGPParte1” ídem.

obviamente, lo primero que se ve, se sospecha o se mira, tiene que ver con todo lo que es el trauma músculo esquelético, es lo que es más evidente, más obvio, es una fractura por la deformidad que se genera más las laceraciones o traumas que hay en los músculos y en la piel, es como lo más llamativo, pero hay unas situaciones que al médico le indican (...) no se le da como especie de idea, de que no solamente el hueso, el músculo, de la piel, está comprometido, sino que puede haber un compromiso de los vasos sanguíneos, arterias o venas, en este caso, la literatura nos dice que hay una serie de signos y síntomas y situaciones que deben hacer sospechar que el individuo pueda presentar un trauma vascular, sobre todo de tipo arterial, que la mayoría de las veces no es tan evidente como, por ejemplo, puede ser la fractura, estos signos se dividen en dos, los signos se dividen en dos, los signos duros o de certeza y los signos blandos o de probabilidad (...) dentro de lo que tenía el señor Kevin, **él de entrada ya tenía un signo o uno de los indicadores de probabilidad y es una luxación de rodilla, cualquier individuo que tenga una luxación de rodilla, ya de por sí me da a mí, eso solito, ese solo detalle ya es criterio de una probabilidad de lesión vascular, a eso le sumamos dentro de las primeras anotaciones del primer ortopedista, Rojas, él indicaba que presentaba uno de los que se puede considerar los signos de certeza que son las parestesias.**

(...) 31:40 dentro de la primera anotación que hizo el doctor Rojas del primer ortopedista, ya describió este primero que es uno de certeza, sumado a que tiene una luxación de rodilla, ya tiene un signo de probabilidad, solamente con uno de certeza ya se hace necesario la valoración por un especialista para, inclusive ni siquiera para definir si requiere examen sino para manejo quirúrgico con que haya un signo de certeza ya el individuo debería tener un ingreso a quirófano para que el cirujano vascular lo opere, con los de probabilidad simplemente necesita la valoración del especialista para que él determine si se beneficia de un examen que se llama angiografía, que lo utilizamos para mirar los vasos. ya con estos Solo dos que son Claro que les presentan la historia tenía la indicación completa para valoración prioritaria por cirugía vascular porque al tener uno de los que se considera como certeza ya es muy necesario que el cirujano vascular defina si lo va a meter a quirófano o no y eso tiene que ser de forma urgente, entonces dentro de lo que se escribe en la historia clínica y todos los ortopedistas fueron muy claros en anotar que ese paciente necesitaba un vascular, por lo anteriormente mencionado (...).

Frente a la primera remisión:

(Tiempo 42:00) "(...) digamos que la remisión como tal, en cuánto tiempo no, no hay ningún problema o no hay digamos situaciones que generen controversia digamos que fue efectiva en cuanto a velocidad, llama la atención es el lugar donde se hizo".

(...) [T]ener un pulso distal no me excluye la presencia del daño vascular, porque yo puedo tener algo de percepción de pulso distal y efectivamente tener otros signos como los que mencionaba ahorita, que son indicativos de lesión vascular, solo que al yo no tener a usted, yo no tener un pulso distal, estoy 100% seguro que a esa extremidad (...) porque ya estamos en un proceso en donde rápidamente va a llegar la isquemia, yo puedo tener un pulso débil y a la vez tener un daño vascular que con el tiempo se va a convertir en algo peor; normalmente existen situaciones donde el trauma es tan grave que de inmediato hay una ausencia pulso distal, aplastamientos, cortadas, heridas de proyectil de arma de fuego de alto calibre o puedo tener lesiones vasculares que no me interrumpen de inmediato el flujo distal (...).

(...) El primer ortopedista que hizo la anotación en la Clínica Chía, el ya consideró que habían unos signos que son de cuidado como son, por ejemplo, las parestesias en ese caso, sumado a que un accidente de alta energía, que había una luxación de rótula, el ya simplemente lo que hizo fue empezar a concatenar todos los eventos y decir que el individuo se beneficiaría o requería, por protocolos y guías, una valoración por cirugía vascular; el único signo que le podría a uno sugerir que hubiera un trauma en curso, ojo, no es lo mismo trauma vascular, que sea no tan grave, que haga que la isquemia se produzca en un periodo muy largo de tiempo, en este caso, con lo que el ortopedista o la historia clínica que se anotó, inicialmente, ya se sabía o tenía una alta sospecha, muy probable, y en este caso, lo fue de que el paciente tenía una lesión vascular, esa lesión vascular a medida que fuera o que no fuera reparada produciría la isquemia (...).

(Tiempo 1:16:48) (...) El cuerpo humano todavía tiene unas especies de arterias colaterales, un flujo colateral que todavía le da alquilo de sangre, pero no la suficiente, y eso hace que el proceso de isquemia o muerte se retrase un poco más, ya es cuando hay completo daño que es que uno habla de 6 a 8 horas inicialmente.

(...) [S]i bien no estoy cualificado para hacer un abordaje quirúrgico ni determinar si un evento quirúrgico fue adecuado o no, mi especialidad si me da la cualificación para evaluar un trauma osteomuscular sobre todo en las primeras fases y, sobre todo, decir qué es lo que necesita, o sea, ese primer momento, si tengo la cualificación ya así me preguntan si el ortopedista hizo bien la fijación a nivel del tutor vascular quirúrgicamente, pudo haber hecho algo en ese momento, no hace parte de mi especialidad.

Lo ilustrado por el perito brindó certeza respecto a que:

El origen de la afectación a la salud de Kevin Andrey, es decir, el accidente de tránsito de alta energía, sugería la probabilidad de lesión vascular en curso. A lo que se suman la luxación de rodilla, la deformidad en la misma y las parestesias anotadas desde entonces, por lo cual era indiscutible que necesitaba valoración por cirugía vascular, sin necesidad de que aparecieran más síntomas indicadores.

La atención oportuna, entendida como la valoración pronta por el cirujano vascular, bien para determinar si requería intervención quirúrgica o bien para realizársela, aumentaba considerablemente las probabilidades de salvar la extremidad, pero en este caso, por razones administrativas no se logró.

Destacó las deficiencias ocurridas en cada uno de los centros en que estuvo León Ávila, pues refirió la errada referencia que hizo la Clínica Chía. También aludió la ausencia de atención útil en el Hospital Ortopédicos S.A.S. y la tardía revisión por ortopedia. Adicionalmente, manifestó que no fue oportuna la valoración por cirugía vascular en la Clínica Fundadores, y todo esto, en su criterio, llevó a que no fuese posible actuar en tiempo para evitar la amputación.

La totalidad de errores de conducta de las demandadas quedaron soportados en las historias clínicas, sin que fuesen desvirtuados de forma alguna.

El dictamen, contrario a lo esgrimido por el hospital inconforme, fue claro, preciso y detallado en torno a cada concepto emitido, esto es, el historial médico del paciente, las conductas observadas por las demandadas, la patología, afección o lesión que tuvo aquel y las posibles consecuencias de no darle manejo tempestivo. Tampoco encuentra esta Colegiatura que la ilustración del galeno requiriera,

dado el objetivo de la peritación, acompañarse de exámenes, experimentos e investigaciones, como alegó la censorsa, por lo que su valor probatorio permanece inhiesto.

Fracasan los reparos orientados a poner de presente una presunta valoración inadecuada del dictamen pericial respecto de la conducta de Hospital ortopédicos S.A.S.

3.5. De la liquidación de perjuicios

Se examinarán en principio los extrapatrimoniales, y seguido los patrimoniales.

Daño Moral: Según la demandada Clínica Chía S.A., los reconocidos a favor de los padres y el hermano de la víctima no fueron objeto de evaluación, dado que no se acreditó su afectación psicológica y los mismos indicaron en audiencia que no requirieron atención de tal naturaleza, a la par que no se demostró el vínculo entre los actores, puesto que Kevin tenía su propio hogar. El Hospital Ortopédicos S.A.S. señaló que no debió reconocerse, como quiera que la Corte Suprema de Justicia lo presume para la parentela cercana cuando hay convivencia, y esta circunstancia no se investigó, no se recaudaron testimonios ni documentos médicos que demostraran las afectaciones.

Es abundante la jurisprudencia patria que fija los raseros para establecer la cuantía de los perjuicios morales, por ejemplo, en SC13925 de 2016, se explicó:

*Entre las decisiones que obligaban al juez de primer grado a respetar el precedente, está la **SC13925-2016**, Radicación n° 05001-31-03-003-2005-00174-01, emitida el 30 de septiembre de 2016, que el juez en su fallo citó, pero desconoció en lo atinente a la estimación del perjuicio moral, pues en la providencia la Corte expuso:*

‘Teniendo en cuenta la gravedad del perjuicio ocasionado, que se produjo por la muerte de un ser querido, especialmente en las condiciones en que tuvo ocurrencia el fallecimiento de Luz Deisy Román Marín, **se presume que generó en sus padres, esposo e hijos un gran dolor, angustia, aflicción y desasosiego en grado sumo, pues ello es lo que muestra la experiencia en condiciones normales. Esta presunción judicial** se refuerza con los siguientes testimonios:

(...).

Y en la sentencia SC15996-2016, destacó:

10.4. En cuanto concierne al «daño moral», al ser de la órbita subjetiva, íntima o interna de la persona, pero exteriorizado por el dolor, la aflicción, el decaimiento anímico, el pesar, la congoja, la angustia, la desolación, la sensación de impotencia u otros signos expresivos, su reconocimiento económico tiene una función, en esencia, satisfactoria y no reparatoria en toda su magnitud, pues si bien los medios de persuasión pueden demostrar su existencia, no lograrán comprender una dimensión patrimonial y menos exacta, frente a la lesión de quien la sufre.

Sin embargo, para su valoración se ha considerado apropiado dejarlo a cargo del fallador, conforme al arbitrio judicial ponderado, teniendo en cuenta las condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, la situación o posición, tanto de la víctima, como de los perjudicados, el grado de cercanía entre la víctima y quienes buscan la reparación de esa lesión, la intensidad de ésta y los demás aspectos subjetivos antes señalados.

(...) Bajo esos presupuestos, por cuanto sólo quien padece ese dolor subjetivo conoce la intensidad con que se produjo, tal sufrimiento no puede ser comunicado en su verdadera dimensión a nadie más; no obstante, como tal perjuicio no puede quedar sin resarcimiento, es el propio juez quien debe regularlos.

En ese orden de ideas, en **el ejercicio del arbitrium judicis orientado a fijar el quantum en dinero del resarcimiento del perjuicio moral, se tendrán en cuenta, además de las orientaciones jurisprudenciales** que han sido citadas, las circunstancias personales de la víctima; su grado de parentesco con los demandantes; la cercanía que había entre ellos; y la forma siniestra en que tuvo lugar el deceso.

Y, en cuanto al monto de dicha reparación, recientemente, la Corte, en sentencia CSJ SC13925-2016, rad. 2005-00174-01, lo fijó en \$60.000.000. Al efecto, expuso: (...)

(...)

Así las cosas, con observancia de las pautas jurisprudenciales de esta Corporación, se calculará esa variedad de perjuicio sufrido por los demandantes, en la suma de \$60.000.000, para cada uno”. (Negrilla y subraya fuera de texto)

En SC4703-2021 se realizó un recuento de la tasación que en eventos de muerte o lesiones ha efectuado la alta Corporación, en la que se reconoce este tipo de perjuicios para la víctima y sus familiares.

Se deduce entonces que el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil ha fijado unos raseros orientadores para los jueces, para que de acuerdo a las particularidades de cada caso puedan cuantificar los perjuicios morales. Igualmente, que los daños morales por la lesión de una persona se presumen en favor de sus cónyuges o compañeros permanentes, hijos, padres y hermanos, cuando conviven bajo el mismo techo (SC3062-2018).

En este caso, la convivencia de Kevin Andrey León Ávila con sus padres y hermano, para el momento del accidente, no quedó acreditada; sin embargo, los lazos afectivos entre todos sí, puesto que tal como relató el mismo afectado²⁹, su hermano Emerson Eliecer León Ávila estuvo acompañándolo en los distintos centros de salud, así como sus padres, lo que coincide con lo expuesto por el hermano en su interrogatorio de parte³⁰, esto es, que no convivía con aquellos, pero mantenía un vínculo cercano, en tanto antes del insuceso hacía actividades deportivas con su hermano y sus hijos, pero luego de ello, con los cambios emocionales, psicológicos y físicos de Kevin Andrey se hizo poco frecuente, por lo que resultó afectado el declarante en su parte emocional. Reconoció que no ha buscado o requerido ayuda emocional. Por su parte la señora

²⁹ Ver desde 1:22:00 del archivo “025AudienciaArt.372” ídem.

³⁰ Ver desde 1:55:36 ídem.

Margarita Ávila³¹ también indicó que su hijo Emerson estuvo y continúa pendiente de la víctima, así como la forma en que ella misma se ha visto afectada y al rendir su versión exteriorizó en llanto lo sufrido por la actual condición de su hijo.

En ese orden, es evidente que la familia no compartía el techo, pero los daños irrogados a Kevin Andrey lograron afectar a sus padres y hermano, quienes antes y después del accidente le prodigan amor y cariño, de donde es indubitable que padecieron el dolor de ver a su ser querido deteriorado en su salud física y psicológica. Ahora bien, que no acudieran a consultas con profesional para el manejo emocional no desvirtúa el daño moral padecido por los familiares, que como vine de verse quedó demostrado con otras pruebas.

Es relevante memorar que el arbitrio judicial se emplea para la estimación económica del daño estudiado, y pese a que la dispensadora de justicia ponderó los diversos elementos de juicio y la situación personal de los perjudicados, la cuantía que fijó, de cara, precisamente, a la ausencia de convivencia con la víctima de la lesión, excede los raseros aludidos, por lo que habrá de ser reducida para que se pague a cada uno de los familiares la suma de \$5.000.000.

Es parcialmente prospero el reparo.

Daño a la vida de relación - Daño a la salud: Consideró la recurrente Clínica Chía que no se allegó ningún elemento de juicio para establecer la indemnización y se aplicó por analogía un caso disímil, pues la pérdida de la visión no se equipara a la de una extremidad. Agregó que fue sobreestimado el perjuicio porque no se analizaron dictámenes médicos, historias clínicas y conceptos psico-físicos.

³¹ Ver desde 2:04:50 ídem.

Precisamente para establecer la cuantía, la juez de primer grado se apoyó en la SC562-2020 que, en lo pertinente, expuso:

b) Daño a la salud, a las condiciones de existencia o a la vida en relación.

Este rubro se concede únicamente a la víctima directa del menoscabo a la integridad psicofísica como medida simbólica o de compensación por la pérdida del bien superior a la salud, que le impedirá tener una vida en condiciones normales.

Por cuanto las secuelas permanentes e irreversibles que sufrió la menor alteraron sus condiciones de existencia y su integridad psicofísica, de manera que no podrá disfrutar de la felicidad propia de los primeros años de infancia, ni mucho menos podrá realizar las actividades lúdicas y formativas que acostumbra hacer un niño que goza de buena salud, este rubro se tasaré en la suma de setenta millones de pesos (\$70'000.000).

Nótese, que se aplicó estrictamente el arbitrio judicial para su estimación, previa comprobación del daño, como aquí ocurrió, por lo que no es exigible pruebas específicas al respecto. No obstante, las alteraciones en la cotidianidad de Kevin Andrey quedaron debidamente explicadas y relatadas por él, su mamá y su hermano, a la par que es innegable que la pérdida de la pierna sugiere mayores complicaciones que solamente la locomoción, sino actividades deportivas, lúdicas, recreativas y de diversa índole, que antes de la amputación le eran completamente sencillas y comunes. En aplicación de los lineamientos jurisprudenciales la juzgadora reconoció la cifra de \$35.000.000 por concepto de daño a la vida de relación y \$35.000.000 a título de reparación del daño a la salud, sin que se desvirtuara la afectación real de la víctima o se comprobara una cuantificación excesiva.

Lo anterior, como quiera que si bien no son equiparables la pérdida del sentido de la vista y la amputación de una pierna, por tratarse de funciones corporales diferentes, también es cierto que no existe una ponderación de qué caso reviste mayor gravedad o detrimento en la vida diaria de una persona, en tanto se trata de

algo subjetivo, por lo cual no puede tenerse como de poca afectación lo acaecido con León Ávila, en tanto se trata de una persona con una juventud evidente, privada injustificadamente de vivir a plenitud con la totalidad de sus extremidades, con ocasión de las deficiencias en la prestación del servicio de salud, por lo que no se encuentra ningún yerro en lo dispuesto en primera instancia a este tenor, más cuando el precedente jurisprudencial data de 3 años y medio atrás (20 de febrero de 2020). Por estas razones es infértil el reparo.

Daños materiales:

Lucro Cesante consolidado y futuro:

Rápidamente se advierte que les asiste razón parcialmente a las inconformes en este punto, bajo el entendido que, al descartar la prueba allegada para certificar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de Kevin Andrey León Ávila, esto es, el dictamen pericial efectuado por la Dra. Eliana Rojas Sánchez, no le estaba dado a la *iudex a quo* suplir la deficiencia demostrativa y tasarlo, como quiera que la jurisprudencia ha tenido a bien presumir el valor de los ingresos de la persona afectada en por lo menos el salario mínimo legal mensual vigente, pero no supone la pérdida de capacidad laboral, ni su porcentaje. Además, el soportar su decisión en un rasero no contenido en los medios suasorios resulta sorpresivo y violatorio del derecho al debido proceso de las partes, en tanto la sentencia debe apoyarse en los elementos de juicio legal y oportunamente recaudados (art. 164 C.G.P.) y sometidos a contradicción, lo que aquí no acaeció, por lo que tal porcentaje y cuantía surgieron de análisis y operaciones no establecidas en el acervo demostrativo, la ley o la jurisprudencia.

No obstante, en esta instancia se recaudó y sometió a contradicción el “*dictamen de determinación de origen y/o pérdida de capacidad laboral y ocupacional*” No. 1075673913-10382, emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, a través del que se logró establecer que Kevin Andrey León Ávila, cuyo diagnóstico específico fue “*amputación transtibial izquierda*”, sufrió una pérdida de capacidad laboral y ocupacional del 29.40%, con fecha de estructuración el 18 de noviembre de 2022. El 24 de octubre de 2023³², la médico ponente del trabajo pericial fue interrogada acerca de su idoneidad profesional y académica, así como respecto a los insumos, pruebas y motivos de sus conclusiones, frente a lo que brindó respuestas claras, precisas y sustentadas, lo que permite asignarle pleno mérito probatorio al contenido de tal medio suasorio, amén que dicha experticia no fue reprochada por los intervinientes procesales.

Se acreditó, entonces, el perjuicio causado y deberá cuantificarse, tal como lo ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en SC4803-2019, en la que adujo:

Así lo dejó sentado esta Corporación, al señalar:

Demostrado, entonces, que se causaron perjuicios no se puede dictar fallo exonerando de la condena bajo el argumento de que no obra demostración de la cuantía del mismo ni tampoco se puede morigerar o amainar su monto predicando de manera simple y rutinaria que no hay forma de acreditar una superior, razón por la cual tiene que acudirse a deducir como retribución por los servicios prestados la correspondiente al ‘salario mínimo legal’ (SC de 21 oct. 2013, rad. n.º 2009-00392-01).

La utilización de la remuneración mínima en la jurisprudencia es de vieja data, soportada en pautas de equidad y sentido común, con el fin de evitar que la indemnización se pierda en

³² Ver archivo “36AudienciaParte1” y “39Acta audiencia20231024” de la carpeta “CuadernoTribunal” del expediente digital.

*divagaciones probatorias, al paso que garantiza la protección de la víctima*³³.

En el de marras, en la pretensión tercera de la demanda reformada, se indicó que los daños patrimoniales ascendieron a \$78.577.342, los cuales discriminó en el juramento estimatorio de la siguiente manera: \$1.000.000 por daño emergente; \$2.057.010 por lucro cesante pasado y \$66.520.332 por lucro cesante futuro; \$6.000.000 “costas de abogado” más \$3.000.000 de “costas de perito médico”. Como quiera que el daño emergente, los gastos de honorarios de profesional del derecho y de la medicina fueron negados en primer grado y al respecto no hubo reproche, se mantendrán así; por ende, se examinará lo atinente al lucro cesante.

Para tal fin, es necesario memorar los raseros que a este tenor ha aplicado la Sala de Casación civil de la alta Corporación en la sentencia antes citada:

Así las cosas, quedó probada la merma de la capacidad de locomoción permanente de la demandante Cecilia Hernández Vanegas, producto del accidente de tránsito de que fue víctima, de un lado, con los conceptos técnicos expedidos por el Instituto Nacional de Medicina Legal y acogidos por el Tribunal Superior de Ibagué; de otro, con la calificación médica practicada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Tolima, que dictaminó una pérdida de la capacidad laboral del 44.90%, cuya estructuración correspondió al 8 de enero de 2008, fecha del suceso automovilístico anotado, probanza que fue allegada tras decreto oficioso de la Corte y ninguno de los intervinientes censuró (folios 124 a 131, precedentes).

(...)

Sin embargo, para calcular el lucro cesante que habrá de reconocerse a la víctima mencionada debe partirse, únicamente, del ingreso que ella obtenía para la época del accidente (8 de enero de 2008) en cuantía de \$600.000 mensuales, en tanto que no acreditó retribución superior.

³³ Cfr. SC, 25 oct. 1994, rad. n.º 3000; SC, 30 jun. 2005, rad. n.º 1998-00650-01; SC, 6 sep. 2004, rad. n.º 7576; SC, 19 dic. 2006, rad. n.º 2002-00109-01; SC, 24 nov. 2008, rad. n.º 1998-00529-01; SC, 20 nov. 2012, rad. n.º 2002-01011-01; SC22036, 19 dic. 2017, rad. n.º 2009-00114-01; entre muchas otras.

Así las cosas, a la casacionista le correspondería la cantidad de \$600.000, que debe ser actualizada previamente con el fin de calcular su lucro cesante, para lo cual se aplicará la siguiente fórmula de indexación:

$$VP = \frac{VA \times IPC \text{ final (octubre 2019)}}{IPC \text{ inicial (enero 2008)}}$$

Donde:

VP = valor presente

VA = valor actualizado

Aplicada al caso, tenemos:

$$VP = \frac{\$600.000 \times 103,43}{65,51}$$

$$VP = \$947.306$$

En aplicación de los descritos factores, se procederá a establecer el quantum de la indemnización, teniéndose en cuenta, además, que Cecilia Hernández Vanegas ostentaba la edad de cuarenta años y dos meses para la fecha del accidente de tránsito, según se infiere de su registro civil de nacimiento (folio 54, cuaderno de la Corte) y las copias auténticas de la historia clínica (folios 96 a 109 ibídem), a cuyo tenor nació el 2 de noviembre de 1967.

3.1. Relativo al **lucro cesante consolidado**, tasado desde el momento en que ocurrió el siniestro -8 de enero de 2008- hasta el 8 de noviembre de 2019, con base en el IPC del mes de octubre inmediatamente anterior, por ser la última fecha de variación porcentual del IPC certificada por el DANE, equivale a un período indemnizable de ciento cuarenta y dos (142) meses.

Así mismo, para el cálculo promedio del ingreso de la víctima, al salario que para el año 2019 ascendería a novecientos cuarenta y cinco mil setecientos cuarenta y nueve pesos (\$947.306), aplicando la indexación del lucro cesante pasado según se anotó, se le aplicará el porcentaje del 44.90% por pérdida de la capacidad laboral atribuido a ella, cifra que arroja un total de cuatrocientos veinticinco mil trescientos cuarenta pesos (\$425.340).

Para tal efecto, se empleará la siguiente fórmula:

$$VA = LCM \times S_n$$

VA es el valor actual del lucro cesante pasado total, incluidos los intereses del 6% anual.

LCM es el lucro cesante mensual actualizado.

Sn es el valor acumulado de la renta periódica de un peso que se paga **n** veces a una tasa de interés **i** por período.

De otro lado, la fórmula matemática para **Sn** es:

$$Sn = \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

Siendo:

i = la tasa interés por período.

n = el número de meses a liquidar.

Reemplazando la fórmula:

$$LCM = \$425.340$$

$$Sn = \frac{(1 + 0.005)^{142} - 1}{0.005}$$

$$Sn = 206,08$$

$$VA = \$425.340 \times 206,08$$

$$VA = \$87'654.067$$

La suma a pagar por lucro cesante consolidado, entonces, será de ochenta y siete millones seiscientos cincuenta y cuatro mil sesenta y siete pesos (\$87'654.067).

B) En relación con el **lucro cesante futuro**, su cálculo inicia desde la fecha final incluida en la liquidación inmediatamente anterior, que usualmente corresponde a la sentencia, y termina con la expectativa de vida de la víctima, que según la resolución n° 1112 de 29 de junio de 2007 de la Superintendencia Financiera era de 79 años de edad para el momento del accidente en que se vio involucrada, lo cual arroja trescientos veinticuatro meses (324), cantidad a la que se aplica la fórmula siguiente:

$$VA = LCM \times Ra$$

VA es el valor del lucro cesante futuro.

LCM es el lucro cesante mensual.

Ra es el descuento por pago anticipado.

De otro lado, la fórmula matemática para **Ra** es:

$$\frac{(1 + i)^n - 1}{i \times (1 + i)^n}$$

Siendo:

i = tasa de interés por período.

n = número de meses a liquidar.

Reemplazando la fórmula:

$$\mathbf{LCM} = \$425.340$$

$$\mathbf{Ra} = \frac{(1 + 0.005)^{324} - 1}{0.005 \times (1 + 0.005)^{324}}$$

$$\mathbf{Ra} = 160,26$$

$$\mathbf{VA} = \$425.340 \times 160,26$$

$$\mathbf{VA} = \$68'165.061$$

La suma correspondiente al lucro cesante futuro será de sesenta y ocho millones ciento sesenta y cinco mil sesenta y un pesos (\$68'165.061).

En total, el lucro cesante, consolidado y futuro, asciende a ciento cincuenta y cinco millones ochocientos diecinueve mil ciento veintiocho pesos (\$155'819.128).

En el caso de León Ávila, es importante tener presente que nació³⁴ el 7 de septiembre de 1994, es decir, que, para el 10 de enero de 2018, cuando le fue amputada la pierna y se consumó el hecho lesivo, contaba con 23 años, 4 meses y 3 días de edad. En el hecho décimo tercero de la reforma de la demanda se señaló que Kevin Andrey devengaba el salario mínimo legal mensual vigente, por lo que se tendrá el mismo para efectos de la estimación, que para 2018 ascendía a \$781.242. Ahora bien, al indexarlo se obtiene:

$$\mathbf{VP} = \frac{\mathbf{VA} \times \mathbf{IPC} \text{ final (septiembre 2023)}}{\mathbf{IPC} \text{ inicial (enero 2018)}}$$

$$\mathbf{VP} = \frac{\$781.242 \times 136,11}{97,53}$$

En números representa:

$$\mathbf{VP} = \frac{\$781.242 \times 136,11}{97,53}$$

$$\mathbf{VP} = \$1.085.926$$

³⁴ Ver folio 4 del archivo "001Folio1a406" de la carpeta

Lucro cesante consolidado: se tasa desde el evento dañoso de la amputación de la pierna izquierda de la víctima el 10 de enero de 2018 hasta el 11 de octubre de 2023, con base en el IPC del mes de septiembre de 2023, por ser el último certificado por el DANE, lo que se traduce en que el periodo liquidable es de 5 años y 9 meses o, mejor, 69 meses. Recuérdese que la pérdida de capacidad laboral fue del 29.40%, lo que equivale a \$319.262.

Se utiliza la fórmula:

$VA=LCM \times S_n$

Al reemplazarla:

$LCM=\$319.262$

$$S_n = \frac{(1 + 0.005)^{69} - 1}{0.005}$$

$S_n = 82.155$

$VA = \$319.262 \times 82.155$

$VA = \$26.228.969$

La suma por lucro cesante consolidado es de: \$26.228.969

Lucro cesante futuro: empieza desde la fecha final empleada en la liquidación que precede y culmina con la expectativa de vida de la víctima, que según la Resolución 1112 de 29 de junio de 2007 de la Superintendencia Financiera³⁵ era de 74 años de edad, o sea,

TABLA DE MORTALIDAD ASEGURADOS HOMBRES
Experiencia 1998-2003

x	l(x)	d(x)	q(x)	e ⁰ (x)
20	100,000	356	0.003560	54.31
21	99,644	358	0.003593	53.50
22	99,286	361	0.003636	52.69
23	98,925	364	0.003680	51.88
24	98,561	366	0.003713	51.07
35 25	98,195	366	0.003727	50.26 (...)

que debe aplicarse a la fórmula un total de 44 años y 11 meses (539 meses), debido a que a la fecha León Ávila cuenta con 29 años y un mes de edad.

$$VA=LCM \times Ra$$

La fórmula matemática para **Ra** es:

$$\frac{(1+i)^n - 1}{i \times (1+i)^n}$$

Siendo:

i = tasa de interés por período.

n = número de meses a liquidar.

Reemplazando la fórmula:

$$\mathbf{LCM} = \$319.262$$

$$\mathbf{Ra} = \frac{(1 + 0.005)^{539} - 1}{0.005 \times (1+0.005)^{539}}$$

$$\mathbf{Ra} = 186.40$$

$$\mathbf{VA} = \$319.262 \times 186.40$$

$$\mathbf{VA} = \$59.510.436$$

La suma correspondiente al lucro cesante futuro es de \$59.510.436.

En total, el lucro cesante, consolidado y futuro, asciende a \$85.739.405.

Ahora bien, la jurisprudencia (SC4966-2018) ha determinado que:

La consistente línea de pensamiento de la Corte revela que –en determinados eventos- el análisis de la entidad económica de las pretensiones no puede limitarse a la comprobación de los guarismos consignados en el respectivo acápite de la demanda (o de los escritos que la sustituyan o reformen), sino que ha de consultar la integridad de su construcción gramatical, con miras a determinar cabalmente la intención de los convocantes al elevar su reclamo. (Ver entre otras CSJ SC 15 abr. 2009, rad. 1995-10351-01, y SC12841-2014).

En este caso, como se vio, en la demanda reformada se pidió de forma concreta o cerrada cada concepto, esto es, \$2.057.010 por lucro cesante consolidado y \$66.520.332 por lucro cesante futuro, sin que haya lugar a interpretar gramaticalmente las aspiraciones, por lo cual se accederá únicamente a lo reclamado, para no incurrir en incongruencia (art. 281 CGP). De allí, que las demandadas deberán pagar a favor del actor por concepto de lucro cesante pasado la suma de \$2.057.010 y por el futuro \$59.510.436.

Los valores que debe asumir cada una de las demandadas son:

Demandada	Daño moral Kevin Andrey	Daño moral padres y hermano de Kevin Andrey	Daño a la vida de relación (\$35.000.000) / Daño a la salud (\$35.000.000)	Lucro cesante (consolidado y futuro=\$61.567.446)
Clínica Chía S.A. (30% del total)	\$4.500.000	\$4.500.000	\$21.000.000	\$18.470.233
Hospital Ortopédicos S.A.S. (70%)	\$10.500.000	\$10.500.000	\$49.000.000	\$43.097.212
Total condenas impuestas	\$15.000.000	\$15.000.000	\$70.000.000	\$61.567.446

3.6. Llamamiento en garantía de Clínica Chía S.A. a Aseguradora de Fianzas Confianza S.A.

La aseguradora se defendió a través de los mecanismos que denominó *“límite de valor asegurado / sublímites pactados para los anexos de ‘Daño moral’ y ‘lucro cesante’”, “deducibles pactados para los amparos de daño moral y lucro cesante” y “los perjuicios por daño emergente se encuentran inmersos en el deducible pactado en la póliza”*. Es evidente que no se impetraron, en estricto sentido, argumentos en contra de las pretensiones del llamante en garantía, sino simplemente se solicitó que se respetaran los linderos contractuales al momento de imponer una eventual condena a la demandada y en correlación a la llamada, por lo que no es posible pregonar el éxito de tales defensas.

Ahora bien, en la *“póliza de responsabilidad civil profesional médica para clínicas”* No. RC000751, en que fungió como tomadora y asegurada la Clínica Chía S.A., como beneficiarios los terceros afectados, se amparó el *“daño moral vigencia”* y *“daño moral evento”* por \$1.000.000.000, con deducible de \$5.000.000, y *“se deja constancia que dentro de la cobertura de daños morales se incluyen daños fisiológicos y daños a la vida en relación”*, que son los aquí reconocidos a favor de los demandantes, en cuantía que deberá asumir la Clínica Chía S.A. de \$21.000.000, la cual no excede la cobertura ofrecida, motivo por el cual deberá la aseguradora pagar directamente a los demandantes la suma de \$16.000.000.

Igualmente, en la citada póliza se ofreció la cobertura de *“lucro cesante-vigencia”* y *“lucro cesante-evento”*, por \$1.000.000.000 cada una, con deducible del 10% y un mínimo de \$5.000.000; por ende, al ascender la condena impuesta por este ítem a cargo de Clínica Chía S.A. a la suma de \$18.470.233, la aseguradora deberá pagar directamente al actor \$13.470.233.

III. CONCLUSIÓN

En síntesis, acertó la *iudex a quo* al declarar la responsabilidad de la Clínica Chía S.A. y Hospital Ortopédicos S.A.S., pero no así al fijar el monto de los perjuicios a reconocer, por lo que se modificará en lo pertinente la sentencia fustigada.

Dado el resultado de los recursos de apelación, se impondrá condena en costas de esta instancia a las demandadas (num. 1° art. 365 C.G.P.).

IV. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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

RESUELVE

Primero: Se modifican los ordinales cuarto, quinto y sexto de la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2022 por el Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto referenciado, los cuales quedarán así:

CUARTO: *En consecuencia, ordenar a CLÍNICA CHÍA S.A. y al HOSPITAL ORTOPÉDICOS S.A.S., reconocer y pagar, dentro de los 8 días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión, las siguientes sumas de dinero a los demandantes:*

A) a favor de KEVIN ANDREY LEÓN ÁVILA: \$15.000.000 por daño moral, \$35.000.000 por daño a la vida de relación y \$35.000.000 por daño a la salud y \$61.567.446 por lucro cesante consolidado y futuro.

B) A favor de Margarita Ávila \$5.000.000 por daño moral.

C) A favor de Eliecer León Ávila \$5.000.000 por daño moral.

D) A favor de Emerson Eliecer León Ávila \$5.000.000 por daño moral.

QUINTO: de las anteriores condenas CLÍNICA CHÍA S.A. debe pagar la suma de \$48.470.233, equivalente al 30% de la condena total; el HOSPITAL ORTOPÉDICOS S.A.S. pagará \$113.097.212 que corresponden al 70% de los daños.

SEXTO: ORDENAR a ASEGURADORA DE FIANZAS CONFIANZA S.A., en calidad de llamada en garantía de CLÍNICA CHÍA S.A. a pagar directamente a los demandantes, dentro del término de 8 días siguientes a la ejecutoria del presente fallo, la suma de \$16.000.000 por concepto de daño moral y \$13.470.233 por lucro cesante.

Segundo: Se condena en costas por esta instancia a las demandadas. Liquídense por el respectivo trámite.

Por lo demás, devuélvase la actuación digital, al juzgado de origen.

Notifíquese.

Magistrados integrantes de la Sala

JAIME CHAVARRO MAHECHA

RICARDO ACOSTA BUITRAGO

MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ

Firmado Por:

Jaime Chavarro Mahecha
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: **1ead9dd65aab9c95e41d53a06bc81a2106d65c38e39f0e07584673ea346e5520**

Documento generado en 26/10/2023 05:02:08 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 D.C.
Sala Civil de Decisión

Magistrada Sustanciadora
SANDRA CECILIA RODRÍGUEZ ESLAVA

Veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

036 2020 00384 01

Se admite, en el efecto suspensivo, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 27 de junio de 2023, proferida por el Juzgado 36 Civil del Circuito de esta ciudad.

Téngase en cuenta que el presente trámite se rige por las Leyes 472 de 1998 y 2213 de 2022¹, por lo que, ejecutoriada la presente providencia, comenzará a correr el término de cinco (5) días para que sea sustentado, so pena de declararlo desierto.

¹ Artículo 12: "El recurso de apelación contra sentencia en los procesos civiles y de familia, se tramitará así:

Sin perjuicio de la facultad oficiosa de decretar pruebas, dentro del término de ejecutoria del auto que admite la apelación, las partes podrán pedir la práctica de pruebas y el juez las decretará únicamente en los casos señalados en el artículo 327 del Código General del Proceso. El juez se pronunciará dentro de los cinco (5) días siguientes.

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. De la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días. Vencido el término de traslado se proferirá sentencia escrita que se notificará por estado. Si no se sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto. Si se decretan pruebas, el juez fijará fecha y hora para la realización de la audiencia en la que se practicarán, se escucharán alegatos y se dictará sentencia. La sentencia se dictará en los términos establecidos en el Código General del Proceso."



Vencido ese plazo y cumplida la carga anotada, se correrá traslado a la parte contraria por el mismo lapso, de conformidad con lo previsto en el artículo 12 de dicha normatividad.

NOTIFÍQUESE,

SANDRA CECILIA RODRÍGUEZ ESLAVA

Magistrada

Firmado Por:

Sandra Cecilia Rodriguez Eslava

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: **4a5ac267bfa0d3fb8e0268d6522ea5b1201cfe773a8cdf3912ba88fa689eedcc**

Documento generado en 27/10/2023 05:25:04 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 DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL

Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Radicación: 11001 31 03 **037 2013 00528** 01.

PRIMERO: Disponer que por Secretaría se proceda abonar de manera inmediata el presente asunto al despacho y tener de presente que cuando se trate de conocimiento previo del despacho se debe realizar sin necesidad de auto que lo ordene en virtud de lo reglado el artículo 10 del Acuerdo No. PCSJA17-10715 de 2017 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

SEGUNDO: Admitir, en el efecto suspensivo, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Civil del Circuito de Bogotá el 30 de agosto de 2023.

SEGUNDO: Advertir a la parte apelante que cuenta con cinco días para sustentar el recurso de apelación tras la ejecutoria de este auto, con escrito al correo electrónico de la secretaría del Tribunal¹, y constancia de envío a su contraparte², quien tendrá cinco días para pronunciarse. (art. 12 de la Ley 2213 de 2022).

Notifíquese y cúmplase,

¹ secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

² Num.14 del art.78 del C.G.P. y art.9º de la Ley 2213 de 2022.

Firmado Por:
Adriana Ayala Pulgarin
Magistrado
Sala 017 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: **0ff596ed8e7f06eef6005bffcda76750692cb4a6fcf56c9819704ca23e789ebe**

Documento generado en 27/10/2023 02:43:27 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 DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA CIVIL DE DECISIÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Radicación : 11001 31 03 037 2019 00196 01.

Tipo : Verbal (Resolución de promesa de compraventa).

Demandante : Héctor Rafael Bohórquez Ariza.

Demandados : José Octavio Ibáñez Bernier y Javier Martín de Jesús Rivera Prieto.

Llamada en

Garantía : Mariennis Danivia Gómez Álvarez.

Magistrada Sustanciadora: **ADRIANA AYALA PULGARÍN**

[Discutido y aprobado en Salas de 21 y 28 de septiembre de 2023, actas 36 y 37]

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por el demandante, así como por uno de los demandados, frente a la sentencia de 13 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Treinta y Siete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

ANTECEDENTES

1. Con la “*corrección*” de su demanda, el accionante solicitó la “*resolución del contrato de promesa de compraventa del inmueble (...) 50N-20422254 de la ciudad de Bogotá -Zona Norte-, suscrito el 25 de abril del año 2018 (por el demandante) en su calidad de promitente vendedor, y el incumplido Jose Octavio Ibáñez Bernier, en su calidad de promitente comprador así como de Javier Martín de Jesús Rivera Prieto*” -sic- y, como consecuencia: *i)* condenar a estos a indemnizarlo: *a)* por daño emergente, con \$680.000.000 (como cláusula penal) más intereses moratorios sobre esa cifra y,

b) a manera de lucro cesante con: 1. \$264.000.000 correspondientes a los cánones de arrendamiento dejados de percibir sobre el predio prometido en venta, por los 12 meses transcurridos entre abril de 2018 y la presentación de esta demanda (abril de 2019) a razón de \$22.000.000 cada uno; 2. Las rentas generadas por este monto desde “*mayo de 2019*” y hasta “*que se profiera sentencia de mérito*” y; 3. Los intereses del mismo tipo sobre los “*cánones de arrendamiento que se caus(aran) a partir del mes de mayo de 2019, liquidados a la tasa máxima legal, desde el vencimiento de cada uno*” hasta el fallo.

2. Manifestó, en síntesis, que en la aludida compraventa se pactó como precio la suma de \$3.400.000.000, cuyo pago se realizaría con la “*entrega*” del bien inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria número 040-445907 de Barranquilla, valorado en \$1.450.000.000 y, lo restante, esto es, \$1.950.000.000, diferidos, así: i) \$130.000.000 como “*arras de negocio*”; ii) \$300.000.000 en efectivo “*a la firma de (ese) documento*”; iii) \$900.000.000 en tres (3) contados mensuales de \$300.000.000, cada uno, hasta el 25 de julio de 2018 y, iv) \$620.000.000 que podían pagarse “*en especie*” o efectivo dentro del antedicho plazo.

Agregó, que el comprador incumplió sus obligaciones, por lo que le envió un escrito anunciándole la resolución del convenio; sin embargo, no honró sus compromisos. Destacó, que, debido al ingreso “abusivo” que al predio objeto de la promesa de compraventa realizó Javier Martín de Jesús Rivera Prieto, sin haber suscrito el precitado acuerdo, debía ser llamado al proceso como “*litis consorte*” ya que, junto con José Octavio Ibáñez Bernier “*sin razón alguna y de forma arbitraria se encuentra(n) disfrutando en el inmueble*” y se han “*beneficiado sin retribución*”. Adicionó, que “*el inmueble entregado supuestamente como parte del Pago del contrato (...) No.040-445907 (...) nunca fue transferido*”, sin embargo, era necesario “*acordar fecha y hora para retrotraer las actuaciones a su estado anterior (...) estas son la entrega real y material del inmueble entregado como parte del pago*”.¹

¹ Cfr. Páginas 36 a 45 Archivo: “01ExpedienteDigitalizadoCuadernoPrincipal”.

3. La demanda fue admitida el 7 de mayo de 2019², y su corrección, el 9 de julio subsiguiente³; notificados los demandados⁴, ambos se opusieron a las aspiraciones del actor.

4. El 23 de agosto de 2019, Ibáñez Bernier excepcionó: i) falta de *“legitimación de la causa para actuar”*; ii) *“ineficacia, inexistencia e invalidez del contrato de compraventa”*; iii) *“inexistencia del demandante / demandante no es propietario”* y, iv) *“inexistencia de la obligación”*. Relató, haber cancelado la totalidad del contrato de compraventa y transferido el inmueble de la ciudad de Barranquilla a la señora Mariennis Danibia Gómez Álvarez, esposa del demandante de quien -afirmó- no era dueño del predio prometido en venta, como sí lo era Ernesto Elías Helo Yamhure, motivo por el que debía analizarse su legitimación para demandar. Preciso, que el contrato suscrito con el pretensor no contenía una fecha y hora para la materialización de la respectiva escritura pública, lo que lo hacía *“nulo”*. Subrayó, que el vendedor tampoco compareció a la notaría ni dejó constancia de tal hecho.⁵

5. Rivera Prieto propuso las excepciones que denominó: i) *“nulidad del contrato que se pretende resolver”*; ii) *“falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva”*; iii) *“desistimiento tácito del contrato que se pretende resolver”*; iv) *“inoponibilidad de las obligaciones derivadas del contrato que se pretende resolver”* y, v) *“mala fe del demandante y del demandado”*. Negó que el demandante fuera el titular del bien ofrecido en venta, pues este le pertenecía a Leasing Bancolombia S.A. Compañía de Financiamiento, a la vez que su tenencia la ejercía Mariennis Danibia Gómez Álvarez.

Indicó, que no era cierto que lo ocupara de manera *“abusiva”*, pues ingresó a él luego de entregar a la señora Gómez Álvarez, como parte del precio, su predio identificado con matrícula inmobiliaria número 040-445907, ante la Notaría 39 del Círculo Notarial de Bogotá, lo que sucedió el 5 de julio de 2018,

² Cfr. Página 31 Archivo: “01ExpedienteDigitalizadoCuadernoPrincipal”.

³ Cfr. Página 47 Archivo: “01ExpedienteDigitalizadoCuadernoPrincipal”.

⁴ Cfr. Páginas 48 y 50 Archivo: “01ExpedienteDigitalizadoCuadernoPrincipal”.

⁵ Cfr. Páginas 132 – 137 Folio 01ExpedienteDigitalizadoCuadernoPrincipal. Archivo: “01CuadernoPrincipal”.

ocasión ésta en la que aquélla y el señor Nicolas Rodríguez Rendón (último este con el que lo negoció y era el representante legal de Indiva Design SAS) le hicieron su entrega física y autorizaron su entrada junto con su familia.

También negó que se hubiese “*beneficiado sin retribución alguna*”, pues pagó alrededor de \$4.000.000.000 en dinero e inmuebles, y aún continuaba cancelando las cuotas concernientes al leasing y a la administración del apartamento.⁶

5.1. Formuló llamamiento en garantía y solicitó que se condenara a la señora Gómez Álvarez e Indiva Design S.A.S., a pagarle las indemnizaciones del perjuicio que llegara a sufrir o el reembolso total del pago que realizó con ocasión del contrato de permuta suscrito en la fecha aludida.⁷

5.2. A su turno, Mariennis Danivia Gómez Álvarez, llamada en garantía, resaltó no haber suscrito el contrato de permuta referido, motivo por el que excepcionó “*falta de legitimación en la causa por pasiva*” e informó que desconocía los hechos relatados. Se opuso a las pretensiones del llamante, más no a las de “*la demanda principal*”.⁸

5.3. Indiva Design S.A.S., guardó silencio.

6. Al descorrer el traslado de las defensas transcritas, el actor solicitó que se tuviesen por confesos algunos hechos de la demanda, en tanto que unos se aceptaron y otros no fueron contestados. Señaló ausencia de pruebas y argumentación sobre sus dichos. En cuanto a su legitimación en la causa, indicó ser esposo de Mariennis Danibia Gómez Álvarez y estar facultado para vender “*cosa ajena*”, conforme a lo dispuesto en el artículo 1871 del Código Civil. Finalmente, desconoció la existencia del contrato de permuta referido por el demandado Javier Rivera, así como las documentales que no hubieren sido firmadas por él.⁹

⁶ Cfr. Páginas 52 a 111 Archivo: “01ExpedienteDigitalizadoCuadernoPrincipal”.

⁷ Cfr. Páginas 24 – 30 Folio 01LlamadoEnGarantía Archivo: “02LlamadoGarantía”.

⁸ Cfr. Páginas 48 – 51 Folio 01LlamadoEnGarantía Archivo: “02LlamadoGarantía”.

⁹ Cfr. Páginas 125 a 133 Archivo: “01ExpedienteDigitalizadoCuadernoPrincipal”.

7. La primera instancia culminó con sentencia que determinó probadas las excepciones planteadas por los convocados como: *“ineficacia, inexistencia e invalidez del contrato de compraventa”* y *“nulidad del contrato que se pretende resolver”*.

Consecuencia de lo anterior, le ordenó al demandante reintegrar, a José Octavio Ibáñez Bernier: i) *“\$300.000.000 (...) junto con la indexación y los intereses del 6% anual, causados entre (la fecha de la promesa de contrato) y la del pago correspondiente”*; ii) *“\$120.000.000 (...) junto con la indexación y los intereses del 6% anual, generados entre el 4 de mayo de 2021 y la data del pago correspondiente”* y, iii) *“el vehículo de placas UCR 713, en un plazo de un mes contado a partir de la ejecutoria de (la) sentencia”*. Finalmente, condenó en costas al actor (\$6.500.000).

De la misma manera, condenó a este a retribuirle, al señor Bohórquez Ariza, *“\$704.000.0000 correspondiente(s) a los meses de arriendo que pudo producir el bien objeto del contrato anulado, desde su entrega real y material efectuada en abril de 2018 y la fecha de (esa) sentencia, a razón de \$22'000.000 cada mensualidad (un total de 32 meses). Cantidades que deberán ser objeto de indexación y liquidación de intereses a la tasa del 6% anual, generados desde el día en que se causaron las mesadas y hasta el día del pago total”* -sic-.

Para fundamentar tales decisiones, encontró que en la promesa debatida no se habían consignado *“una fecha y hora precisas en las que debería perfeccionarse la escritura pública de compraventa”*. Por otra parte, que el demandante sí recibió los dineros y el vehículo cuya devolución ordenó, como no lo fueron los otros bienes que mencionó el demandado Ibáñez Bernier en su declaración, haber entregado en parte de pago y en especie, pues no aportó pruebas sobre el particular.

Echó de menos constancia que indicara que el inmueble referido en la cláusula 3ª (num. 1º) del contrato (el de Barranquilla) hubiese sido *“objeto de entrega entre los contratantes, o que hubiere sido transferido en legal forma de un contratante a otro.”*; por el contrario, que este nunca fue *“propiedad de alguno”*, como sí del

señor “Javier Martín de Jesús Rivera Prieto entre el 19 de marzo de 2010 y el 24 de octubre de 2018, cuando lo vendió a Mariennis Danibia Gómez Álvarez (llamada en garantía dentro del presente proceso), mediante escritura pública No. 2095 del 5 de julio de 2018 (ver anotación No. 4), sin que se consignare en la promesa objeto de análisis que esa negociación formare parte de la” promesa anulada.

Observó “*pacífico*” que las partes hayan reconocido que el inmueble objeto de la promesa se entregó “*real y materialmente al señor Ibáñez Bernier, quien en un principio estaría obligado a devolver dicho bien en la forma y términos señalados por el artículo 1746 del Código Civil.*”, sin embargo, como este “*fue objeto de otras promesas de contrato que aparecen documentadas en los anexos a la contestación del libelo que radicó Javier Martín de Jesús Rivera Prieto (descartó) la obligación del demandado Ibáñez Bernier de devolver(lo) físicamente*”.

No así frente a los “*frutos que pudo haber producido la cosa objeto de la promesa*”, obligación sobre la que, precisó, aún subsistía, y para cuya cuantificación tomó en cuenta que “*la parte actora estimó bajo juramento una mensualidad por cánones de arriendo de \$22’000.000, generados desde abril de 2018 que fue el momento en que se hizo entrega real y material del bien por parte del demandante al otro contratante. Dicha cantidad no se cuestionó en el curso de las diligencias y por ello, el juramento estimatorio que sobre tal concepto se hizo en el escrito inicial (hizo) prueba de su juramento (art. 206 C. G. P.)*”.

Puntualizó, que la nulidad declarada no anulaba los otros contratos de promesa celebrados con posterioridad al examinado, no solo por no haber sido objeto de esta controversia, sino porque tampoco evidenció que estos estuviesen “*viciados de alguna causal de nulidad absoluta que sea susceptible de decretar de oficio por parte del Juzgado (...) revisado su contenido se observa que fueron válidamente celebrados entre las partes.*”. Enfatizó, en que si bien el artículo 1748 del Código Civil otorgaba “*acción reivindicatoria contra terceros poseedores (esto) no implica(ba) desconocer la legalidad de los negocios posteriores, ni habilita al demandante a requerir al demandado Rivera Prieto el reintegro del bien objeto del negocio invalidado, pues, la acción a que se refiere la norma en cita únicamente la puede promover el propietario del predio ubicado en la ciudad de Bogotá, calidad que el señor Bobórquez Ariza no ostenta en el caso concreto.*”.

En torno al llamamiento en garantía, dijo que el contrato mencionado en este (permuta) no había sido discutido con la demanda principal, por lo que le correspondía al llamante *“disponer lo pertinente para su cumplimiento o resolución a través de las acciones legales que estime viables.”*; y en cuanto a Mariennis Danibia Gómez Álvarez, indicó que no existía *“relación vigente entre ella y el convocante, más allá de ser ella una tenedora del apartamento que hoy ocupa el accionado Rivera Prieto en virtud a un contrato de leasing habitacional que celebró con una entidad financiera, y la expectativa de ceder su posición contractual que a pesar de existir un documento que recoge los términos de dicho traspaso (folios 84 a 85 cuaderno principal expediente físico escaneado), no está firmado por dicho demandado y la llamada en garantía, de modo que la señora Gómez Álvarez mantiene su condición de titular por pasiva del leasing y por ende se reputa para la contratante como tenedora del bien.”*¹⁰

8. Inconformes, Héctor Rafael Bohórquez Ariza (demandante) y José Octavio Ibáñez Bernier (demandado) interpusieron sendos recursos de apelación.

8.1. Expuso el primero, tanto en los reparos que realizó en primera instancia, como en la argumentación que hizo ante esta sede de alzada: i) falta de congruencia en la sentencia proferida, porque *“no había lugar a declarar probadas las excepciones de mérito planteadas por la parte demandada y mucho menos condenar en costas a la parte demandante, pues lo cierto es que al declararse de oficio la nulidad del contrato de promesa, en el presente asunto no existió una parte vencedora, concluyendo así que tampoco se reúnen los presupuestos establecidos en el artículo 365 del Código General del Proceso para imponer condena a la parte demandante”*; ii) indebida valoración probatoria, por cuanto *“no se advierten si quiera las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que supuestamente el señor Ibáñez Bernier entregó las sumas de dinero y los vehículos que refirió en su interrogatorio, al punto que ni siquiera identificó los bienes a los que se refirió”* y, iii) transgresión al principio de igualdad, al *“imponer condenas a la parte demandante en virtud de la nulidad oficiosa declarada en la sentencia”* y negar la restitución del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria 50N-20422254, a pesar de existir *“plena prueba de que el inmueble fue entregado a*

¹⁰ Cfr. Folio 22FalloPrimeraInstancia20211213.

los demandados en el mes de abril de 2018”, motivo por el que debían reconocerse “los frutos (...) a favor de la parte demandante (...) hasta la entrega material del inmueble (...) con el fin de mitigar los perjuicios a los que se ha visto al verse privada del bien inmueble y la nulidad declarada por el Juzgado”.¹¹

8.2. A su vez, el demandado impugnante, argumentó que no se había demostrado *“en ningún momento fruto percibido, ni mucho menos”* su ocupación en el inmueble, por el contrario -aseguró- que quedó *“demostrado que desde el momento en que se firmo -sic- la promesa de compraventa en abril del 2018 (...) el bien se encuentra ocupado por el señor Javier Martin, tal como se demuestra en el folio 95.”*, lo que indica *“un exceso de estimación del juramento estimatorio y no se demostró tales perjuicios por existir un actuar temerario por que -sic- como se demuestra en el proceso, el aquí demandante ha recibido los dineros pactados”* con la promesa de venta. En los mismos términos, sustentó su alzada en esta instancia.¹²

CONSIDERACIONES

1. Los presupuestos procesales se encuentran acreditados y no se advierte causal de nulidad que pudiese invalidar lo actuado, ni impedimento para proferir esta decisión de fondo.

2. No se discute que la promesa de compraventa suscrita entre los aquí apelantes el 25 de abril de 2018 debía declararse nula por la ausencia de uno de los requisitos establecidos en el artículo 1611 del Código Civil, en armonía con lo preceptuado en el ordinal 3º, artículo 89 de la Ley 153 de 1987 (fecha para la firma de la escritura pública contentiva del negocio prometido).

3. Así las cosas, la controversia en esta instancia gira en torno a la forma en la que se determinaron las restituciones mutuas que por ley debían ordenarse.

En efecto, el demandante se encuentra inconforme porque a pesar de haber sido condenado a devolver sumas de dinero y un bien cuya entrega no

¹¹ Cfr. Archivos: “25RecursoApelacion” y “09SustentaApelacion”.

¹² Cfr. Archivos: “23RecursoApelacion” y “09SustentaApelacion”.

fue -supuestamente- acreditada, lo que desvirtuaba su deber de reintegrarlos, no se ordenó la devolución del inmueble que prometió en venta y entregó efectivamente al comprador, acompañado de los frutos reclamados, a lo que sumó que no debió condenársele en costas, en la medida en que la pluricitada anulación se había registrado “*de oficio*” y no por solicitud de los demandados; por su parte, uno de estos, el promitente comprador (aquí apelante) señaló que si bien había recibido el fundo en comento, ya no detentaba su aprehensión material, en tanto que lo vendió a un tercero que, a su vez, se lo entregó en venta a otro interesado, por lo que nunca lo ocupó y, por lo tanto, no estaba llamado a pagar las utilidades a las que fue condenado.

4. Al respecto, importa recordar que el artículo 1746 del Código Civil, enseña que “*La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita. En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto*” en cuanto a “*restituciones por nulidad de contratos con incapaces*” (artículo 1747 del C. C.).

5. Sobre el particular, tiene dicho la Sala Civil, agraria y rural de la Corte Suprema de Justicia, que:

“De acuerdo con la citada norma, la declaratoria de la nulidad de un contrato apareja la aniquilación de sus efectos vinculantes y obligatorios para las partes, de donde deviene el carácter retroactivo de tal veredicto, a fin de colocar a los extremos de la relación negocial en la situación en que se encontrarían de no haber celebrado la convención.

En consecuencia, si han ejecutado de manera parcial o total los compromisos a su cargo, se habilitan las devoluciones bilaterales, salvo, claro está, en el evento de las nulidades absolutas originadas en objeto o causa ilícitos. Para tal efecto, es menester acudir a las disposiciones que gobiernan las prestaciones mutuas en materia de reivindicación, consignadas en los artículos 961 a 971 del compendio citado (Código Civil).

2.1. Así lo ha explicado esta Corporación, destacando que «(...) siempre que sea declarada la nulidad de un acto o contrato, las cosas han de retrotraerse al estado en que las partes se hallaban antes de su celebración, lo que subsecuentemente abarca toda entrega o cumplimiento -en la medida de lo posible-

que los contratantes en virtud del convenio, hayan llegado a efectuar, por supuesto, con cargo de restituir asimismo las especies de que da cuenta el precepto anotado, y dentro de ellas, los frutos, tomándose en cuenta la buena o mala fe de las partes, entre otras circunstancias (...)» (CSJ SC5060-2016, 22 abr., rad. 2001-00177-02).

2.2. En ese orden, las restituciones mutuas que hayan de hacerse los estipulantes en relación con las mejoras, pérdidas y deterioros de la cosa; las expensas utilizadas en su conservación; y, los frutos civiles y naturales, así como los gastos ordinarios invertidos en su producción, que surgen cuando las partes del convenio preparatorio han anticipado o satisfecho obligaciones propias del negocio jurídico proyectado, por ejemplo, el pago de parte o de la totalidad del precio o la entrega del bien; o si cumplieron prestaciones adicionales como la entrega de arras penitenciales, descansan teleológicamente en razones de evidente equidad, en razón del aprovechamiento efectivo o potencial de los frutos por parte del demandado, pero también en la posibilidad de que haya mejorado la cosa o la deteriorara, tópicos cuya inatención conllevaría probijar un enriquecimiento indebido tanto del reo del reintegro como del acreedor de este, que recibiría un bien con mejoras no sufragadas por él o se le inferiría un perjuicio al retornarle su propiedad deteriorada a causa de actos de su contradictor.”¹³.

6. En el caso *sub júdice* se encontró acreditado, con relevancia para lo que debe decidirse, lo siguiente:

6.1. El 5 de abril de 2018 entre los señores Héctor Bohórquez (como promitente vendedor) y José Ibáñez (como promitente comprador) se suscribió el “*contrato de promesa de compraventa*” objeto de la discusión, en el que el primero se comprometió a enajenar al segundo el apartamento 1001 identificado con folio de matrícula inmobiliaria 50N-20422254 de Bogotá, D.C., cuyo precio se pactó en \$3.400.000.000 que se pagaría, por una parte, con la “*entrega*” del bien inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria número 040-445907 de Barranquilla, valorado en \$1.450.000.000 y, el saldo restante, esto es, \$1.950.000.000, diferidos así: i) \$130.000.000 como “*arras de negocio*”; ii) \$300.000.000 en efectivo “*a la firma de (ese) documento*”; iii) \$900.000.000 en tres (3) contados mensuales de \$300.000.000 -cada uno- hasta el 25 de julio de 2018

¹³ Cfr. CSJ SC5513-2021 Exp. 44650-31-89-001-2008-00227-01. En similar sentido CSJ SC2217-2021 donde se dijo: “Como la celebración de un acuerdo de voluntades conlleva la mayoría de las veces la ejecución de todas o, al menos, parte de las obligaciones que constituyen su objeto, cuando judicialmente es dejado sin efecto, en desarrollo del principio constitucional de equidad (SC 15 jun. 1995, exp. 4398) y atendiendo el derecho de las partes a ser restituidas al «mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo» que impera el artículo 1746 civil, la jurisprudencia ha erigido el deber del juez de proveer «aún de oficio», es decir, aunque no haya sido objeto de petición formal de los contendientes, sobre las «restituciones mutuas», propósito para el cual ha destacado la necesidad de aplicar las «mismas disposiciones que gobiernan las prestaciones mutuas en la reivindicación», como se indicó en SC5060-2016. En tal sentido, en SC 2 ago. 1999, exp. 4937, la Corte predicó que (...) los efectos retroactivos de la nulidad, sin distinguir su clase, al afectar el pasado, por cuanto las cosas deben volver al estado anterior a la celebración del contrato, como si éste no hubiese existido. Son estos los efectos *ex tunc* de la sentencia declarativa de la nulidad, que permiten suponer como lo ha dicho la Corporación que ‘el acto o contrato no tuvo existencia legal, y entonces, por imperativo de lógica, hay que restaurar las cosas al estado en que se hallarían si dicho acto o contrato no se hubiese celebrado’ (G.J. CXXXII, pág. 250)». Así como SC0002-2021.

y, *iv*) \$620.000.000 que podían pagarse “*en especie*” o efectivo dentro del antedicho plazo.¹⁴

6.2. No se encuentra en discusión que los inmuebles no eran de propiedad de los contratantes, pues, de la Escritura Pública 2406 de 18 de marzo de 2016, protocolizada en la Notaría Treinta y Ocho del Círculo Notarial de Bogotá, D.C., se deducía que el dueño del primero era Leasing Bancolombia S.A. Compañía de Financiamiento, la que lo había adquirido de manos de Ernesto Elías Helo Yamhure para, a través del mismo instrumento notarial, entregárselo a Mariennis Danibia Gómez Álvarez (esposa del demandante) en calidad de locataria, en virtud de una operación de leasing que estas celebraron por \$400.000.000¹⁵; a la vez que el segundo pertenecía a Javier Martín de Jesús Rivera Prieto, conforme se desprende de su certificado de tradición y libertad¹⁶.

6.3. Tal como lo manifestó el matrimonio Gómez-Bohórquez en sus interrogatorios de parte, la señora Gómez autorizó a su cónyuge para que enajenara el referido inmueble (apartamento 1001) motivo por el cual, este celebró la promesa de compraventa cuestionada.¹⁷

6.4. El referido comprador reveló en su declaración que sí había recibido el inmueble prometido en venta, pero que ya lo tenía negociado con Nicolás Rodríguez Rendón, lo que dio origen a la promesa de “*permuta*” de “*seis (06)*” - sic- de julio de 2018, realizada entre Ibáñez Bernier y la sociedad Indiva Desing SAS (representada por Rodríguez Rendón).¹⁸

6.5. Esta sociedad, a la vez, le había vendido el mismo predio al señor Javier Rivera y, este, tal como lo manifestó en su declaración, para pagar el precio de esa negociación, el 5 de julio de 2018, transfirió a la señora Mariennis

¹⁴ Cfr. Folios 4 a 8 Archivo: “01ExpedienteDigitalizadoCuadernoPrincipal”.

¹⁵ Cfr. Certificado de tradición y libertad anotación No. 014 Folios 13 y 14 Archivo: “01ExpedienteDigitalizadoCuadernoPrincipal”.

¹⁶ Cfr. Certificado de tradición y libertad anotación No. 004 Folios 15 y 16 Archivo: “01ExpedienteDigitalizadoCuadernoPrincipal”.

¹⁷ Cfr. Archivo: “10VideoAudiencialInicial20211104”.

¹⁸ Cfr. Archivo: “10VideoAudiencialInicial20211104”.

Gómez su bien identificado con el folio de matrícula inmobiliaria 040-445907 (el de Barranquilla) por instrucción del señor José Ibáñez, para que este cumpliera con el pago de la promesa de contrato de abril de 2018 mencionada; hecho que también fue ratificado por el demandante en el hecho “*Octavo*” de la corrección de su demanda, y en su interrogatorio.¹⁹

6.6. Este último (el demandante) confesó, al responder las preguntas realizadas en audiencia de 19 de septiembre de 2022, que había recibido: *i*) \$300.000.000 en efectivo, provenientes de su comprador, a la firma del convenio de 5 de abril de 2018; *ii*) \$1.450.000.000 representados en el bien raíz identificado con el folio de matrícula inmobiliaria 040-445907 que fue transferido a nombre de su esposa Mariennis Gómez el 5 de julio de 2018; *iii*) \$120.000.000 en distintos pagos, el último de ellos, realizado seis (6) meses antes de esa audiencia pública (19 de marzo de 2022) y, *iv*) un vehículo de placas UCR-713 hacía unas semanas contadas desde dicho hito.²⁰

6.7. La pluricitada promesa de compraventa de abril de 2018, carecía de fecha para la celebración del contrato prometido (compraventa) lo que, con vista en las excepciones que en tal sentido plantearon los demandados, de cara a la ley y la jurisprudencia, imponía declarar su nulidad, para retornar las cosas -en la medida de lo posible- a su estado anterior, esto es, como si no hubiese existido.

7. De esa manera, era claro que los firmantes del contrato invalidado estaban en la obligación de reintegrarse -entre sí- todos los bienes recibidos en especie y dinero; sin embargo, sucede que en este caso como mínimo, los inmuebles precitados ya no se encontraban en manos de ninguno de los promitentes contratantes, para el momento de la sentencia de primer grado, en tanto que, mientras el vendedor dijo haber perdido el que recibió como parte de pago del negocio (el de Barranquilla) por una “*hipoteca*” cuyo acreedor “*se*

¹⁹ Cfr. Archivo: “10VideoAudiencialInicial20211104” Archivo: “01ExpedienteDigitalizadoCuadernoPrincipal”.

²⁰ Cfr. Archivo: “10VideoAudiencialInicial20211104”.

quedó con la casa”, el comprador, enajenó el recibido con la promesa, a un tercero (Indiva Design SAS) que, a la vez, se lo entregó en venta a otro interesado (Javier Rivera) último este que lo ha venido habitando junto con su familia, luego de realizar múltiples pagos, entre otros, de las cuotas del leasing que pesa sobre este.

8. De ahí que, por lo menos, en lo que hacía a la devolución de los predios entregados entre estos -material o físicamente- se observaba una imposibilidad que ameritaba una solución que consultara las restituciones mutuas consagradas en la ley, empero, el director de primera instancia se quedó corto en tal sentido, pues se limitó a señalar dicho impedimento para concluir que el comprador no debía proceder a ello, sin realizar otro pronunciamiento sobre el particular, pasando por alto que, en todo caso, el vendedor también recibió un predio de cuantioso valor, cuya devolución tampoco podía omitirse, habida cuenta que, tal como lo ha determinado la jurisprudencia, a esto se debe acceder, aún de oficio, sin dejar de lado criterios de equidad y proporcionalidad, derivados del haz probatorio y la sana crítica.

9. En casos de visos similares al aquí auscultado, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha determinado:

“(A)cerca de las consecuentes restituciones mutuas que deben hacer las partes, conforme lo señalado en el art. 1545 del Código Civil (...) que con las pruebas (...) se encuentra acreditado que los litigantes enajenaron a terceros, en virtud de la celebración de varios negocios jurídicos [que no son materia de la acción resolutoria ejercida], los bienes que, en su día, mayoritariamente se transfirieron recíprocamente -en desarrollo del contrato de promesa-, mediante el otorgamiento de escrituras públicas de compraventa y su ulterior inscripción en las correspondientes oficinas de registro de instrumentos públicos circunstancia que constituye obstáculo insalvable para ordenar que cada una devuelva a la otra, materialmente, a título de restituciones mutuas, los bienes que recibió en desarrollo del pluricitado negocio jurídico, lo cual implica, que debe adoptarse la decisión que mejor se acomode a la voluntad abstracta de la ley, que en este caso, será disponer unas restituciones por equivalente, que coloquen a las partes en la misma situación patrimonial que tenían al momento de contratar.

El anunciado reconocimiento por equivalencia, en manera alguna, denota un cambio o mutación del objeto de la prestación respectiva, pues “...cuando el Juez opta por condenar a pagar el equivalente monetario, no empece a haberse formulado pretensión dirigida a la persecución de la cosa., lo único que hace es consultar la realidad probatoria del proceso, en cuanto le indica que se ha ‘hecho imposible o difícil’ la persecución’ en los términos que de ordinario correspondería decretar” (CCXLIX, Vol. I, 320), tesis que si bien fue esgrimida por la Corte en un proceso reivindicatorio en el que se ejerció una

acción real, puede ser aplicable a este asunto, en el que el actor promovió una acción personal, esto es, la tendiente a obtener la resolución del contrato de promesa por incumplimiento de la demandada.

Bajo este entendimiento no podría la Corte, ante la imposibilidad de disponer las restituciones mutuas que, ordinariamente, se ordenan en juicios de esta naturaleza, limitarse a declarar la resolución del negocio jurídico sin tomar ninguna determinación encaminada a lograr la restauración de las cosas al estado en que se hallarían sino hubiese existido el acto o contrato resuelto, pues un pronunciamiento con tal naturaleza, ciertamente carecería de eficacia y sería apenas aparente, puesto que cada contratante seguiría detentando los bienes que recibió en desarrollo del contrato, no obstante haberse declarado su resolución, lo que desconocería el alcance retroactivo que se ha reconocido al fenómeno resolutorio (art. 1544 Código Civil)».²¹

10. En ese orden, emerge evidente que, para efectos de establecer dicha “equivalencia”, debe acudirse a las reglas que prescribe el artículo 955 del Código Civil para la reivindicación de bienes, cuyo tenor literal enseña, que “[l]a acción de dominio tendrá lugar contra el que enajenó la cosa para la restitución de lo que haya recibido por ella, siempre que por haberla enajenado se haya hecho imposible o difícil su persecución; y si la enajenó a sabiendas de que era ajena, para la indemnización de todo perjuicio”; disposición legal que resultaba aplicable a este caso, como también lo ha indicado la Corporación en cita, al decir:

“propio es colegir que cuando no es posible la recuperación física o material del bien por parte del propietario, no hay lugar a la reivindicación y que la única excepción a este principio, aparece concebida en el artículo 955 del Código Civil (...) Como se observa, cuando el poseedor vende la cosa a otro y, en tal virtud, se torna imposible, o poco probable, para el dueño perseguirla, el legislador le otorga a éste una acción de dominio especialísima, que ha dado en llamarse reivindicación ficta o figurada, la cual tiene por fin la entrega del dinero que el primero recibió en razón de la enajenación; y, adicionalmente, que se resarzan al propietario la totalidad de los perjuicios que le fueron irrogados, en el supuesto de que dicha transferencia la hubiere realizado el vendedor a sabiendas de que recaía en un bien ajeno.

Nótese que la herramienta ahora comentada está desprovista del carácter restitutorio propio de la reivindicación y que, por el contrario, ostenta naturaleza puramente indemnizatoria, toda vez que su finalidad es, en principio, que el precio recibido por el poseedor, se entregue al propietario; y, accesoriamente, la reparación de la totalidad de los daños experimentados por éste, cuando aquél actuó de mala fe».²²

10.1. Sobre el tema, también se ha referido la doctrina patria, al decir que la “restitución debe hacerse, en principio, in natura, pero ello no significa que cuando no sea posible proceder de ese modo no haya lugar a restitución, o que no opera la retroactividad (...)”

²¹ Cfr. Sentencia de Casación Civil, 6 de julio de 2007. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo (Expediente No. 7386).

²² SC12437 de 2016, en términos simiales Cfr. Cfr. SC 3972-2022.

*La irretroactividad de algunas restituciones tampoco pueden tomarse en forma absoluta. Razones de orden fáctico, como también razones de índole práctica -sic- impiden que determinadas prestaciones se puedan devolver o deshacer, como también aconsejan como la solución mejor limitar los efectos deletéreos de la nulidad (en tanto que) siempre es posible avaluar la prestación provista en dinero a fin de restituirla en su equivalente”.*²³

10.2. Ahora bien, atinente al reconocimiento de frutos, ha dicho la jurisprudencia, que, conforme a los artículos 961 y s.s. del Código Civil, el demandado está obligado a restituir los percibidos durante el tiempo que tuvo la cosa en su poder *“si ha sido poseedor de mala fe, o únicamente los recibidos después de la contestación de la demanda en caso contrario -poseedor de buena fe-, y no sólo éstos sino, en ambos casos, los que el dueño hubiera podido obtener con mediana inteligencia y actividad”*²⁴; asimismo, que *“si de aplicar el criterio de equidad en toda su extensión se trata, no se puede soslayar que, en general, la producción de frutos civiles igualmente demanda gastos, los que a falta de prueba en contrario se presume razonablemente son del 15% del valor actualizado de aquellos”*²⁵ (...) *que se estima justa y equitativa, atendiendo los gastos normales que hay que realizar para la obtención de frutos durante una administración de los bienes productores de rentas».*²⁶, los cuales deben ser descontados a los valores finales ordenados en tal sentido.

11. En consecuencia, para el caso concreto no solo debió ordenarse la devolución de los dineros y el vehículo automotor que el demandante (vendedor) confesó en su interrogatorio haber recibido del demandado (comprador) como parte de pago del precio de la promesa de compraventa nulitada, sino también del inmueble que el señor Javier Martín de Jesús Rivera Prieto informó haberle transferido a su esposa Mariennis Danivia Gómez Álvarez, por instrucción de José Octavio Ibáñez Bernier, para cubrir el saldo de la anotada obligación. Asimismo, no solo los frutos causados sobre el apartamento 1001 tantas veces mencionado, sino este último como tal, previas

²³ (Hinestroza Fernando, *Tratado de las Obligaciones TII*. Bogotá D.C: Editorial Externado de Colombia. 2015. p. 796).

²⁴ Cfr. CSJ SC3687-2021.

²⁵ Cfr. CSJ SC5235-2018.

²⁶ Cfr. CSJ SC2217-2022 Exp. 11001-31-03-028-2010-00633-02 así como SC3103-2022.

las actualizaciones y deducciones de rigor, y no sin antes tomar en cuenta que, aunque la entrega de dichos inmuebles no podía realizarse físicamente, debía hacerse por “*equivalencia*”, atendiendo los mismos valores en los que fueron recibidos, aplicando las fórmulas jurisprudencialmente establecidas para el efecto²⁷, sobre el particular ha precisado que:

“Según se estableció, el rubro de “intereses” consagrado en el artículo 1746 del Código Civil, persigue compensar aquellos rendimientos del dinero que no pudo percibir uno de los contratantes, por haberlo entregado a su contraparte en ejecución del pacto viciado. Este tratamiento, análogo al dispensado por el legislador frente a los frutos de la cosa transferida por la misma causa, no pretende propiamente resarcir un daño, sino viabilizar la desaparición retroactiva de los efectos del negocio jurídico.

Las secuelas de la declaratoria de nulidad, reitera la Corte, proyectan sus efectos ex tunc, es decir, desde siempre, como si el pacto anulado nunca hubiera existido, lo cual hace imperioso retrotraer todos los actos de ejecución contractual—que usualmente consisten en la entrega de bienes de distintas especies—, representando cómo habría sido la situación patrimonial de cada litigante de no haberse desprendido de aquello que transfirió sin título válido.

Si lo entregado fue dinero, su restitución comprenderá el monto nominal entregado, debidamente indexado, es decir, actualizado conforme a la variación del IPC que certifique el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).”²⁸

12. Así, para acometer dicha liquidación, debe tomarse en cuenta la fórmula:

$$VA = \frac{IPC\ final}{IPC\ inicial}$$

En la que los referidos “IPC” final e inicial corresponden a los certificados por el DANE en los “*Índices, Serie de Empalme*” publicados en su página web²⁹.

12.1. Aplicado el método en comento para el presente caso, con base en el último informe emitido por el DANE para el mes de agosto de 2023, los dineros que Héctor Rafael Bohórquez Ariza debe reintegrar a José Octavio Ibáñez Bernier, son los siguientes:

Equivalente al predio recibido como parte de pago de la promesa 040-445907						
Valor		Entrega	Sentencia 2ª	IPC Inicial	IPC Final	Valor actualizado
1	\$1.450.000.000	05-07-2018	10-10-2023	99,18	135,39	\$1.979.385.965
Subtotal						\$1.979.385.965

²⁷ Cfr. CSJ SC0002-2021, entre otras.
²⁸ Cfr. Entre muchos otros CSJ SC0002-2021.
²⁹ En su página web: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/precios-y-costos/indice-de-precios-al-consumidor-ipc>

Dineros recibidos como parte de pago de la promesa						
	Valor	Entrega	Sentencia 2ª	IPC Inicial	IPC Final	Valor actualizado
2	\$300.000.000	25-04-2018	10-10-2023	98,91	135,39	\$410.646.042
3	\$120.000.000	19-03-2022	10-10-2023	116,26	135,39	\$139.745.399
Subtotal						\$550.391.441
TOTAL						\$2.529.777.406

Tabla No. 1

12.2. A su vez, los que José Octavio Ibáñez Bernier debe reintegrar a Héctor Rafael Bohórquez Ariza, son:

Equivalente al predio prometido y entregado en venta 50N-20422254						
	Valor	Entrega	Sentencia 2ª	IPC Inicial	IPC Final	Valor actualizado
1	\$3.400.000.000	25-04-2018	10-10-2023	98,91	135,39	\$4.653.988.475
Subtotal						\$4.653.988.475

Frutos civiles reconocidos como cánones de arrendamiento						
	Valor	Entrega	Sentencia 2ª	IPC Inicial	IPC Final	Valor actualizado
1	\$22.000.000	23/08/2019	10/10/2023	103,03	135,39	\$28.909.832
2	\$22.000.000	23/09/2019	10/10/2023	103,26	135,39	\$28.845.439
3	\$22.000.000	23/10/2019	10/10/2023	103,43	135,39	\$28.798.028
4	\$22.000.000	23/11/2019	10/10/2023	103,54	135,39	\$28.767.433
5	\$22.000.000	23/12/2019	10/10/2023	103,80	135,39	\$28.695.376
6	\$22.000.000	23/01/2020	10/10/2023	104,24	135,39	\$28.574.252
7	\$22.000.000	23/02/2020	10/10/2023	104,94	135,39	\$28.383.648
8	\$22.000.000	23/03/2020	10/10/2023	105,53	135,39	\$28.224.960
9	\$22.000.000	23/04/2020	10/10/2023	105,70	135,39	\$28.179.565
10	\$22.000.000	23/05/2020	10/10/2023	105,36	135,39	\$28.270.501
11	\$22.000.000	23/06/2020	10/10/2023	104,97	135,39	\$28.375.536
12	\$22.000.000	23/07/2020	10/10/2023	104,97	135,39	\$28.375.536
13	\$22.000.000	23/08/2020	10/10/2023	104,96	135,39	\$28.378.239
14	\$22.000.000	23/09/2020	10/10/2023	105,29	135,39	\$28.289.296
15	\$22.000.000	23/10/2020	10/10/2023	105,23	135,39	\$28.305.426
16	\$22.000.000	23/11/2020	10/10/2023	105,08	135,39	\$28.345.832
17	\$22.000.000	23/12/2020	10/10/2023	105,48	135,39	\$28.238.339
18	\$22.000.000	23/01/2021	10/10/2023	105,91	135,39	\$28.123.690
19	\$22.000.000	23/02/2021	10/10/2023	106,58	135,39	\$27.946.894
20	\$22.000.000	23/03/2021	10/10/2023	107,12	135,39	\$27.806.012
21	\$22.000.000	23/04/2021	10/10/2023	107,76	135,39	\$27.640.869
22	\$22.000.000	23/05/2021	10/10/2023	108,84	135,39	\$27.366.593
23	\$22.000.000	23/06/2021	10/10/2023	108,78	135,39	\$27.381.688
24	\$22.000.000	23/07/2021	10/10/2023	109,14	135,39	\$27.291.369
25	\$22.000.000	23/08/2021	10/10/2023	109,62	135,39	\$27.171.866
26	\$22.000.000	23/09/2021	10/10/2023	110,04	135,39	\$27.068.157
27	\$22.000.000	23/10/2021	10/10/2023	110,06	135,39	\$27.063.238
28	\$22.000.000	23/11/2021	10/10/2023	110,60	135,39	\$26.931.103
29	\$22.000.000	23/12/2021	10/10/2023	111,41	135,39	\$26.735.302
30	\$22.000.000	23/01/2022	10/10/2023	113,26	135,39	\$26.298.605
31	\$22.000.000	23/02/2022	10/10/2023	115,11	135,39	\$25.875.945
32	\$22.000.000	23/03/2022	10/10/2023	116,26	135,39	\$25.619.990
33	\$22.000.000	23/04/2022	10/10/2023	117,71	135,39	\$25.304.392
34	\$22.000.000	23/05/2022	10/10/2023	118,70	135,39	\$25.093.345
35	\$22.000.000	23/06/2022	10/10/2023	119,31	135,39	\$24.965.049
36	\$22.000.000	23/07/2022	10/10/2023	120,27	135,39	\$24.765.777
37	\$22.000.000	23/08/2022	10/10/2023	121,50	135,39	\$24.515.062
38	\$22.000.000	23/09/2022	10/10/2023	122,63	135,39	\$24.289.163
39	\$22.000.000	23/10/2022	10/10/2023	123,51	135,39	\$24.116.104

40	\$22.000.000	23/11/2022	10/10/2023	124,46	135,39	\$23.932.026
41	\$22.000.000	23/12/2022	10/10/2023	126,03	135,39	\$23.633.897
42	\$22.000.000	23/01/2023	10/10/2023	128,27	135,39	\$23.221.174
43	\$22.000.000	23/02/2023	10/10/2023	130,40	135,39	\$22.841.871
44	\$22.000.000	23/03/2023	10/10/2023	131,77	135,39	\$22.604.386
45	\$22.000.000	23/04/2023	10/10/2023	132,80	135,39	\$22.429.066
46	\$22.000.000	23/05/2023	10/10/2023	133,38	135,39	\$22.331.534
47	\$22.000.000	23/06/2023	10/10/2023	133,78	135,39	\$22.264.763
48	\$22.000.000	23/07/2023	10/10/2023	134,45	135,39	\$22.153.812
49	\$22.000.000	23/08/2023	10/10/2023	135,39	135,39	\$22.000.000
50	\$22.000.000	23/09/2023	10/10/2023	135,39	135,39	\$22.000.000
Resumen						\$ 1.312.739.980
Descuento del 15% de gastos						\$196.910.997
Subtotal						\$1.115.828.983
TOTAL						\$5.769.817.458

Tabla No. 2

12.2.1. Esto último, tras tomar en cuenta que, contrario a lo afirmado por el demandante, el señor José Ibáñez ingresó al predio por su propia autorización sin ejercer ningún tipo de violencia, clandestinidad o engaño que desvirtuara su buena fe, la que, se memora, se presume (Artículo 769 del Código Civil). En efecto, a folio 95 del expediente existe carta de autorización suscrita por el señor Bohórquez, que no fue tachada de falsa ni desconocida y, que, por tanto, es auténtica y hace prueba de su contenido, lo que permite colegir, a su vez, que tanto el señor Rivera (comprador de Rodríguez Rendón) y su familia, como el señor Ibáñez Bernier, ingresaron debidamente autorizados al predio y no en la supuesta forma irregular señalada por el actor en su demanda.

12.3. Ahora bien, si se toma en cuenta que como parte del pago del apartamento 1001 se realizó la entrega de otro ubicado en la ciudad de Barranquilla, el que por efecto de esta sentencia se ordenará devolver su equivalente en dinero, sería del caso ordenar el pago de frutos sobre este, a cargo del vendedor, sin embargo, el extremo beneficiado con dicha devolución no probó de ninguna manera que se tratara de un predio que, razonablemente, produjera algún tipo de renta o dividendo que se pudiera reconocer. Nótese que no se realizó, por ejemplo, juramento estimatorio en tal sentido, ni se aportó dictamen que pudiese soportar tal eventualidad.

13. Contrario a lo afirmado por el demandante en su recurso de apelación, sí existen en el proceso pruebas de las fechas y las formas en las que

él mismo recibió los dineros y los bienes cuya devolución se le ordenó, por lo que el cargo enarbolado en tal sentido no prospera. Si bien es cierto, el demandado José Ibáñez hizo cuenta de otros bienes que dijo haber entregado como parte de pago, ciertamente, sobre estos no existe prueba en el proceso, motivo por el que no podía ordenarse su reintegro, es más, ni siquiera este, en su apelación, hizo reclamo alguno. Mírese bien, además, que con su contestación solo aportó dos certificados de tradición y libertad que no daban luces sobre el tema, en especial, sobre los supuestos vehículos entregados o “*un reloj*” que mencionó en su interrogatorio, y que, aunque refirió que tenía todos los recibos al respecto, no los acercó al expediente dentro de la oportunidad probatoria correspondiente, a pesar de tener la carga de la prueba.

14. Para finalizar, debe precisarse que la declaración de nulidad criticada por el actor no fue realizada “*de oficio*” por el juzgador de conocimiento, pues su examen se originó en las excepciones que en tal sentido formuló el extremo pasivo, lo que conducía a la condena en costas que efectivamente recibió, en los términos de que trata el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso, según el cual “(s)e condenará en costas a la parte vencida en el proceso”. Ergo, el reparo relacionado con este tema, no prospera.

15. Consecuencia de lo anterior es que se modificará la sentencia apelada en lo que guarda relación con las restituciones mutuas respectivas, y se adicionará para ordenar las compensaciones correspondientes, las que con arreglo a lo dispuesto por los preceptos 1714 y 1715 del compendio sustancial civil varias veces relacionado, son procedentes. Sin condena en costas en esta instancia por no aparecer causadas³⁰.

DECISIÓN

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

³⁰ Cfr. Num. 1° del artículo 365.

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR y ADICIONAR la sentencia de fecha y procedencia conocidas, cuyos numerales “**TERCERO**” y “**CUARTO**” de la parte resolutive, quedarán del siguiente tenor literal:

*“**TERCERO: ORDENAR a Héctor Rafael Bohórquez Ariza reintegrar a José Octavio Ibáñez Bernier: i) \$2.529.777.406** que deberán ser actualizados al momento de realizarse su pago efectivo y; **ii) El vehículo de placas UCR 713**, dentro de los ocho (8) días siguientes contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia o, en su defecto, su equivalente en pesos colombianos COP, conforme a la guía de valores referencia de valor de vehículos usados publicada por la Federación de Aseguradores Colombianos FASECOLDA en su página web, para el mes de septiembre de 2022, que deberán ser actualizados al momento de realizarse su pago efectivo.*

***CUARTO: ORDENAR a José Octavio Ibáñez Bernier reintegrar a Héctor Rafael Bohórquez Ariza: \$5.769.817.458** que deberán ser actualizados al momento de realizarse su pago efectivo.”*

Las partes podrán efectuar las compensaciones pertinentes.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: Sin condena en costas.

Secretaría devuelva el expediente al despacho de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE³¹,

³¹ Radicación: 11001310303720190019601

Firmado Por:

Adriana Ayala Pulgarin
Magistrado
Sala 017 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Clara Ines Marquez Bulla
Magistrada
Sala 003 Civil
Tribunal Superior De Bogotá D.C.,

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: **9388ee41fbd8881cb59708d551332f79ef5b296fe206446761a136b7b6993b15**

Documento generado en 27/10/2023 11:40:22 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

Bogotá D.C., veintisiete de octubre de dos mil veintitrés.

Magistrada Sustanciadora: **ADRIANA AYALA PULGARÍN**

Radicación: 11001 31 03 037 2019 00224 01.
Clase: Pertenencia [incidente de honorarios]
Demandante: María Rubiela López Molina
Demandado: Guillermo Guerrero Amaya.

Decídase el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante en contra de la providencia proferida el 21 de julio de 2023, por el Juzgado Treinta y Siete Civil del Circuito de esta ciudad.

ANTECEDENTES

1. El referido profesional del derecho, quien se desempeñó como mandatario judicial de María Rubiela López Molina en su calidad de demandante dentro del litigio de la referencia, formuló incidente de regulación de honorarios el cual sustentó en que se había pactado con su cliente un reconocimiento que correspondía al 3% del valor del inmueble objeto de usucapión, lo cual quedó consignado en un contrato suscrito por las partes, y en el que se determinó como valor del predio en mención, la suma de \$700.000.000,00.

2. Por medio del proveído objeto de alzada, el a quo en audiencia en los términos del artículo 129 del Código General del Proceso accedió a las pretensiones elevadas y reguló honorarios en la suma de \$10'000.000,00, rubro que estimó con fundamento en lo pactado por las partes y la labor que desarrolló el profesional del derecho en ese litigio.

3. Frente a lo así resuelto la demandante interpuso recurso de apelación con sustento en los siguientes argumentos: (i) el abogado no efectuó una eficiente labor pues desde que se le otorgó el mandato hasta que se le revocó este, dado que tuvo una demora superior a 5 años, de los cuales es inadmisibles que haya tardado dos años en la consecución de los documentos; (ii) el incidente de regulación de honorarios no cumplió con los requisitos formales para su admisión, ya que mediante proveído de 25 de mayo de 2022, se ordenó dar traslado del mismo a la incidentada, sin que dicha decisión se hubiese cumplido; (iii) no se tuvo en cuenta las diferentes manifestaciones realizadas por la actora, con relación a que el pacto de honorarios con su apoderado fue por \$5.000.000 y, que si bien, firmó el contrato de mandato, no lo leyó y; (iv) los poderes presentados para adelantar el proceso no fueron presentados personalmente por la otorgante ante el Juzgado Veintitrés Civil del Circuito de esta ciudad.

CONSIDERACIONES

1. Adviértase que los honorarios, según el ordinal 3° del artículo 2184 del Código Civil, corresponden a la “*remuneración estipulada o usual*”, por la prestación de servicios profesionales de abogado, que pueden ser fijados por las partes de común acuerdo o, a falta de éste por el juez a través del incidente de regulación, dependiendo de variables tales como el trabajo efectivamente desplegado por el abogado, la complejidad del asunto, el monto o la cuantía de las pretensiones, la capacidad económica del cliente, la voluntad contractual de las partes, las tarifas establecidas por los Colegios de Abogados, cuando no haya regulación expresa de las partes a ese propósito, pues si la hay, a ella debe estarse, lo que apareja en

principio, la obligación del poderdante a pagarlos en el porcentaje en que se comprometió conforme lo establece el artículo 1602 del mismo cuerpo normativo.

A su turno el inciso 2° del artículo 76 del Código General del Proceso autoriza *“Dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de dicha providencia, el apoderado a quien se le haya revocado el poder podrá pedir al juez que se regulen sus honorarios mediante incidente que se tramitará con independencia del proceso o de la actuación posterior. Para la determinación del monto de los honorarios el juez tendrá **como base el respectivo contrato y los criterios señalados en este código para la fijación de las agencias en derecho**. Vencido el término indicado, la regulación de los honorarios podrá demandarse ante el juez laboral.”* [resalta por fuera del texto].

2. En lo que atañe al modo de probar la existencia de la prestación del servicio junto con la cuantía a determinar la jurisprudencia ha sostenido: *“el trámite incidental previsto en el inciso 2° del artículo 69 del Código de Procedimiento Civil [norma que en lo ventral es similar al artículo 76 del C.G.P.] no implica la perentoria aplicación del contrato de prestación de servicios que el poderdante celebró con el abogado, pues al respecto la norma aludida sólo dispone que ‘el monto de la regulación no podrá exceder del valor de los honorarios pactados’ de donde se sigue que eventualmente tal contrato sólo determinaría el máximo tope que puede fijarse a los emolumentos del profesional incidentante, por una labor llevada hasta su culminación’ (Auto de 18 de mayo de 2007, exp. 11001-02-03-000-2003-00024-01)”*

3. Respecto de los argumentos esgrimidos por el recurrente, si bien es cierto se afirmó que el contrato de mandato celebrado por las partes fue suscrito el 27 de diciembre de 2016 y sólo hasta el 9 de mayo de 2019 fue radicada, adviértase que dicha demora fue justificada por el profesional de derecho en la consecución de la documental necesaria para interponer la acción, además que la misma ya había sido radicada ante otros despachos, siendo rechazada, también lo

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala De Casación Civil. 30 de junio de 2011. Referencia: A-11001-3103-015-1996-00041-01.

es, que la parte incidentada, dentro de ese interregno no acreditó haber planteado alguna inconformidad o voluntad de terminar el contrato.

Igualmente obsérvese que conseguidos los documentos, se presentó la demanda con el lleno de los requisitos, por lo que fue admitida, se dispuso y realizó la notificación al extremo pasivo y se describió el traslado de las excepciones propuestas por la contraparte; bastando únicamente, agotar las audiencias previstas en los artículos 372 y 373 del Código General del Proceso momento para el cual le fue revocado el poder, por lo que no es posible desconocer que desplegó una significativa actividad procesal, acorde con las obligaciones que contrajo mediante el contrato de prestación de servicios, que debe ser remunerada justamente, especialmente, cuando se demostró que los pagos que se le hicieron, fueron para atender gastos propios del trámite procesal y no de su labor.

Ahora, frente al acuerdo de voluntades, plasmado en el citado contrato, baste decir que, no fue tachado de falso, no ha sido declarado nulo o ineficaz, de tal forma que el mismo respalda las afirmaciones del incidentante frente al monto pactado por las partes, el cual correspondería a la suma de \$21'000.000,00, es decir el 3% del valor del bien, determinado para esos efectos, en la suma de \$700.000.000,00, los cuales, a criterio del juzgador, no pueden ser reconocidos en su totalidad, debido a que, en efecto, no se llevó hasta su culminación el proceso; en ese orden, la suma establecida en \$10'000.000,00 equivalente a un 47%, aproximadamente del valor convenido resulta equitativa y acorde con la actividad desempeñada por el abogado en el proceso de la referencia.

Tampoco se allegó prueba que indicará que lo afirmado por la parte demandante de que lo pactado había sido \$5'000.000 correspondiera a la realidad, y más aún cuando aceptó haber firmado el contrato de prestación de servicios, sin que resulta válido afirmar su propia torpeza a no haberlo leído antes de firmarlo.

En torno al, tramite procesal que se le imprimió al incidente de marras, en lo atinente a su admisión y contradicción, baste decir que si estimaba que se configuraba alguna irregularidad con el mencionado traslado podía hacer uso de los mecanismos procesales para enderezar la actuación, *verbi gratia*, solicitud de nulidad.

3. De acuerdo con lo discurrido se confirmará el proveído censurado, con la consecuente condena en costas al recurrente vencido.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la suscrita magistrada de la Sala Civil del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.,**

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar el proveído de fecha y procedencia prenotada.

SEGUNDO: Condenar en costas de esta instancia, a la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$800.000,00. Liquídense por el *a quo*.

TERCERO: Ejecutoriado lo aquí resuelto, devuélvanse las diligencias al Juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado Por:
Adriana Ayala Pulgarin
Magistrado
Sala 017 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: **7f13344be550d6e8bf285e8fc7b2daf5e577ce7b32b24ce200802fed41208ad6**

Documento generado en 27/10/2023 01:45:37 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 CIVIL**

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Radicación 110013103037 2022 00166 01

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, una vez ejecutoriado el auto que admite la alzada, **SE ORDENA:**

Correr traslado al apelante por el término de cinco (5) días para sustentar el recurso, so pena de declararlo desierto.

Vencido dicho lapso, si se satisface la carga procesal, se otorgará el mismo plazo a la parte contraria, para que se pronuncie al respecto.

Infórmese a los señores abogados que los memoriales deben dirigirse al correo institucional del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co -artículo 109 del Código General del Proceso-; remitiendo un ejemplar a los demás intervinientes en el juicio, según los lineamientos del artículo 78 numeral 14 *ídem*, en concordancia con el artículo 3 de la Ley en cita.

NOTIFÍQUESE.

Firmado Por:
Clara Ines Marquez Bulla
Magistrada

Sala 003 Civil
Tribunal Superior De 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: **1df9e62e045ff9c8f642c9a7882ec64f3b8b1c36ae7279b2f2312d75c5c2916e**

Documento generado en 27/10/2023 10:35:35 AM

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

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

*Bogotá D.C. veintisiete (27) de octubre de dos mil
veintitrés (2023).*

*Ref: DECLARATIVO de DOMINGO IZQUIERDO
contra FABIO JUAN DE JESÚS CORTÉS y OTROS. Exp. 040-2020-00058-02.*

La ley adjetiva vigente consagra en el artículo 141 del Código General del Proceso y ss., la figura de la recusación, sus causales, oportunidad y procedencia de la misma, pese a la clara directiva procesal el apoderado de la parte demandante precisa en su escrito no estar formulando una “recusación” contra el suscrito; no obstante, hace la sugerencia para que me declare impedido en atención a que: “(...), por razones que desconozco de tiempo atrás el suscrito ha venido recibiendo señales de animadversión hacía el suscrito por parte suya, (...)”, y en sustento, hace cita del expediente con radicado 2009-625 en el que fui ponente en la segunda instancia. Remata su apreciación echando mano de la teoría de la apariencia de imparcialidad para que exprese si me encuentro impedido o no para seguir conociendo de un asunto, y agrega: “(...) en el que intervenga RAMIRO BEJARANO GUZMÁN, al menos por configurarse la enemistad grave o no mantenerse la apariencia de imparcialidad”.

Para proveer al respecto se hace notar que ningún pronunciamiento amerita la presunta recusación porque ésta no se está formulando, como lo advierte el mismo memorialista. Ahora bien, ante la sugerencia de la posible configuración de un impedimento y su expresión por parte del funcionario, viene al caso efectuar estas puntualizaciones:

1.- Es llamativo el hecho que cuando intervine en la decisión de sala, de segundo grado¹, dentro del proceso con radicado No. 032-2015-00818-01 de Flor Cecilia Riaño Silva y Otros contra Eternit Colombia S.A., determinación que le fue por entero favorable a la persona jurídica representada por el profesional Bejarano Guzmán, siendo ésta posterior cronológicamente a la adoptada en el expediente 2009-625², y sin que previamente a su emisión ninguna inquietud le suscitara a este último frente a la concurrencia de un impedimento en el suscrito, tampoco hizo manifiesta recusación alguna y menos invocó la teoría de la apariencia de la imparcialidad, en esa ocasión.

¹ Providencia adiada 14 de agosto de 2020.

² Decisión de segunda instancia de 11 de diciembre de 2017.

La H. Corte Suprema de Justicia dictó providencia de 15 de febrero de 2021.

2.- En un giro radical al ser el ponente en este asunto, el mencionado apoderado suscita la controversia en torno a las tres figuras a las que se ha hecho alusión líneas atrás.

3.- Frente a la postura del versado y ducho abogado Bejarano Guzmán, queda manifiesta su actitud de conveniencia al referir las dos figuras procesales ya reseñadas y la teoría doctrinaria, es decir, actúa con fundamento en un interés personal y subjetivo al vaivén del sentido de los fallos adoptados en los procesos en que actúa como apoderado y en lo que he intervenido bien como ponente o como integrante de Sala de Decisión.

4.- Viene al caso memorar que de conformidad con el artículo 230 de la Constitución Nacional “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la Ley”, por tanto, ese es el derrotero por mí adoptado, sin perjuicio, claro está, que surja disparidad de criterios entre el juzgador, las partes y sus apoderados, pero reitero, en lo que a mi concierne, ese es un aspecto que cae dentro de mi autonomía de juzgador al amparo de la ley, que se sobrepone a la interpretación particular que en determinado caso asuma uno de los extremos litigantes, reflejo de ello es la modificación que se está introduciendo al fallo materia de apelación en el asunto de la referencia, sin que, por ello, la aplicación de la normativa entrañe la configuración de alguna de las figuras procesales citadas por el Doctor Bejarano Guzmán, menos aún, de responsabilidades de otra clase. En ese orden de ideas, tampoco, hay motivo para declararme impedido.

5.- Frente a la taxatividad de las causales de recusación tendientes a que el funcionario sea imparcial, ninguna cabida tiene la teoría de apariencia de imparcialidad invocada y el presunto vacío o deficiencia del Código General del Proceso (Art. 12), pues en su mismo escrito, hace mención de: “(...), al menos por configurarse la enemistad grave (...)”, ese es el sentimiento que a él le acompaña, pero no es mutuo.

Finalmente, frente a la disparidad de criterio en el enfoque y valoración de la prueba puesta en el expediente 2009-625, alusión que hace el abogado en su escrito, es eso y nada más, en el entendido que el suscrito obró en su momento con apego al artículo 230 citado frente a la sanción procesal consagrado en el artículo 285 del Código de Procedimiento Civil, vigente para esa época y devenida de la no comparecencia a rendir interrogatorio de parte del demandante con exhibición de documentos, lo que le dio un giro al asunto, entre otros aspectos, frente a la prueba del perjuicio que debe ser cierto, real y probado, lo que no ocurrió en esa litis, esa es la verdad material y no la formal.

NOTIFÍQUESE,


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

Exp. 040-2020-00058-02. Declarativo de Domingo Izquierdo contra Fabio Juan De Jesús Corté y Otros.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

*Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil
veintitrés (2023).*

*Ref: DECLARATIVO de DOMINGO IZQUIERDO
contra FABIO JUAN DE JESÚS CORTÉS y OTROS. Exp. 040-2020-00058-02.*

**MAGISTRADO PONENTE: JORGE EDUARDO
FERREIRA VARGAS.**

*Discutido y aprobado en Salas de Decisión
celebradas el 30 de agosto y 20 de septiembre de 2023.*

*Decide la Corporación el recurso de apelación
interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada el 1° de junio
de 2023 por el Juzgado Cuarenta Civil del Circuito de Bogotá.*

I. ANTECEDENTES

1.- Domingo Izquierdo demanda a Angie Carolina Jiménez García, Fabio Juan de Jesús Cortés Rodríguez y Fundación para el Desarrollo y Conservación del Arte Maestro Domingo Izquierdo “Fundación Domingo Izquierdo”, rotulando como pretensiones principales declarar la nulidad absoluta, por error y dolo, de: i). El acta de constitución de la “Fundación Maestro Domingo Izquierdo” inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá el 9 de julio de 2016 bajo el No. 0264634 del libro primero de las entidades sin ánimo de lucro; ii). La Escritura Pública No. 4579 del 1° de agosto de 2016 corrida en la Notaría 9ª del Círculo de Bogotá, inscrita en el folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-1277059 mediante la cual se efectuó la transferencia a favor de la Fundación Maestro Domingo Izquierdo de la propiedad del inmueble; iii). El poder general otorgado por Domingo Izquierdo a Angie Carolina Jiménez García mediante la Escritura Pública No. 3861 de 2 de julio de 2016; iv). La renuncia del demandante a la representación legal de la Fundación Domingo Izquierdo el “0655 de mayo 08 de 23017 de la notaría única de Mariquita y de la asunción de la representación legal de la señora ANGIE (...)”.

*En ese orden, que se declare la nulidad por falta de
competencia de Angie Carolina Jiménez García para comprometer a la
Fundación Maestro Domingo Izquierdo como otorgante de la Escritura Pública
00765 de la Notaría 9ª del Círculo de Bogotá mediante la cual constituyó*

hipoteca abierta sobre el predio con folio de matrícula No. 50C-1277059 en favor de Fabio Juan de Jesús Cortés Rodríguez, y esa misma figura, pues Angie Carolina Jiménez García no podía comprometer a la mencionada fundación, “mediante contrato de mutuo celebrado y protocolizado mediante la ESCRITURA PÚBLICA NÚMERO 00765 (...)”. Consecuentemente, la respectiva condena en costas.

2.- La situación fáctica que dio origen a la demanda se resume así (01CuadernoPrincipal.pdf):

2.1.- Que es una persona de avanzada edad, tiene 88 años, vive en Colombia desde aproximadamente 40 años y es un artista dedicado a la pintura y escultura.

2.2.- Adquirió en el año 2014 el predio identificado con folio de matrícula No. 50C-1277059, esto, según escritura No. 8348 de la Notaría 9ª del Círculo de Bogotá.

2.3.- Que a raíz de ese negocio, conoció a Angie Carolina Jiménez García quien refirió era familiar del vendedor de ese predio, adicionalmente, es abogada, por tanto, se convirtió en su asesora.

2.4.- El 22 de junio de 2016 por insinuación de aquélla se constituyó Asamblea de Fundadores de la Fundación para el Desarrollo y Conservación del Arte “Maestro Domingo Izquierdo” “en la cual aparecía como representante (...), y como suplente” Angie Carolina Jiménez García, y en calidad de revisora fiscal la hermana de la demandada, Yulima Jiménez García; el acta de constitución fue inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá el 19 de julio de 2016. “La señora ANGIE (...) le hizo creer al señor DOMINGO (...) que la constitución de esa fundación era la mejor forma para manejar su patrimonio en la avanzada edad en que él se encontraba”.

2.5.- El 1º de agosto de 2016, en la misma notaría, bajo la escritura pública No. 4579 y por sugerencia de Angie Carolina Jiménez García, “la cual le había manifestado a mi cliente que ‘para proteger su bien inmueble debería constituirlo a favor de la fundación por medio de la figura de la donación’, mi cliente transfirió a título de donación el derecho de dominio que tenía sobre el bien (...) a favor de la ‘FUNDACIÓN MAESTRO DOMINGO IZQUIERDO’”.

2.6.- En agosto de 2017, aquélla le insinuó que teniendo en cuenta su edad, hiciera entrega del cargo de representante legal de la fundación, así las cosas, presentó su renuncia mediante comunicación adiada 31 de agosto de 2017, siendo reemplazado por Angie Carolina Jiménez García “lo cual quedó inscrito en la Cámara de Comercio de Bogotá el 18 de septiembre de 2017 bajo el número 00295384 del libro I de entidades sin ánimo de lucro”.

2.7.- El 17 de octubre de 2017 en una gestión con una empresa inmobiliaria y constructora, solicitó el certificado de libertad y

tradición del inmueble, enterándose que en la anotación 21 se registró una hipoteca abierta sin límite de cuantía en favor de Juan de Jesús Cortés Rodríguez, registro que llamó la atención, toda vez que: **i).** No distingue de vista ni de nombre al citado acreedor; **ii).** Nunca suscribió en calidad de representante legal a la fecha de 21 de febrero de 2017 documento alguno en que constara haber adquirido una obligación en favor del citado; y, **iii).** “mucho menos haber otorgado en dicha notaría y en dicha calenda escritura pública de constitución de hipoteca abierta a favor del anterior acreedor como se denomina en el instrumento público objeto de la presente solicitud de declaración de nulidad absoluta, junto con la obligación que contiene como contrato principal a la hipoteca el cual se entiende como uno de mutuo con intereses”.

2.8.- En ese orden, se dirigió a Angie Carolina Jiménez García y le puso de presente la situación, exigiendo una explicación, “ante lo que ella manifiesta ‘que esa escritura la iba a demandar porque la iba a tachar de falsa’”.

2.9.- En la Escritura Pública 00765 se advirtieron varias contradicciones “dos artículos o dos numerales referentes a una misma postura en el cual en el uno se le prohíbe el préstamo a la deudora frente al acreedor y en el otro se autoriza al acreedor a seguir incrementando de manera desproporcionada una suma de obligaciones lo cual perjudicaría profundamente a mi cliente, toda vez que el bien objeto de litigio es su única fuente de ingreso, y que de allí se generan rentas con las cuales él vive en la ciudad de Ibagué y así mismo se sostiene el predio en sus obligaciones mensuales”.

2.10.- Al momento de protocolizar dicho documento, Angie Carolina no tenía capacidad para hipotecar, toda vez que para esa data fungía como representante legal suplente de la fundación, mas según el acta de constitución “será reemplazado en caso de fallecimiento, renuncia o impedimento grave para ejercer sus funciones esto es A (sic) falta del representante legal domingo izquierdo (sic) (...) ejercerá dicho cargo la suplente (...)”, ello, por acuerdo de los fundadores. Solo fue hasta el 18 de septiembre de 2017 que quedó registrado en la Cámara de Comercio de Bogotá su renuncia desde el 31 de agosto de 2017.

2.11. Por Escritura Pública No. 3861 de julio 2 de 2016 de la Notaría 9ª del Círculo de Bogotá, le otorgó poder general a Angie Carolina Jiménez García para que lo representara en múltiples actos de carácter civil. Se otorgó dicho instrumento pues aquélla como asesora “lo indujo a creer que ese era el mejor medio para manejar sus bienes. Este poder se encuentra revocado hoy mediante escritura pública número 0655, otorgada el 08 de mayo de 2017 ante la Notaría Única de Mariquita”.

2.12.- Que fue inducido por dicha asesora, quien le hizo creer dolosamente que dichas actuaciones iban a contribuir a un mejor manejo de sus bienes; sin embargo, han tenido como resultado la pérdida del dominio de su patrimonio y el riesgo de perderlo.

2.13.- *La citada demandada abusó ostensiblemente de sus facultades y comprometió a la fundación sin tener atribuciones para ello, su asesoría estuvo dirigida a inducirlo en error para despojarlo de su patrimonio.*

2.14.- *“El bien inmueble en torno al cual versa esta demanda le brinda el mínimo vital (...) ya que este genera unas rentas para cubrir las necesidades básicas e inherentes al ser humano, tales como alimento, vestuario y las garantías mínimas que el Estado debería ofrecer a través de sus servicios públicos; por lo tanto mi cliente está viendo a un corto plazo la posibilidad abismal de perder su único medio de ingreso el cual adquirió con un esfuerzo loable en el año 2014 y como artista (...)”.*

2.15.- *No hay noticia de los dineros objeto de los préstamos. Es más, Yulima Jiménez García en su calidad de revisora fiscal, no presentó informes de control de los ingresos, “toda vez que a marzo 25 de 2017 e inscrita en mayo 2 del 2017 hubo cambio (...). Actualmente la revisora fiscal es la señora BLANCA GLORIA CARO CARO (...) que a la fecha tampoco ha presentado informes (...)”.*

3.- *Notificado en debida forma, Fabio Juan de Jesús Cortés Rodríguez se opuso a las pretensiones, se pronunció frente al supuesto fáctico de la demanda, a las consideraciones y postuló los medios exceptivos denominados: i). “Mala fe del demandante”; y, ii). “Genérica” (034ContestaciónDemanda20220503.pdf).*

3.1.- *Por su parte, Angie Carolina Jiménez García, por intermedio de apoderado judicial, contestó la demanda, se opuso a las súplicas y elevó el medio defensivo titulado: “Temeridad o mala fe” (039ContestaciónDemandaAngie20220526.pdf).*

3.2.- *Finalmente, la Fundación para el Desarrollo y Conservación del Arte Maestro Domingo Izquierdo se refirió a los hechos, las pretensiones, las consideraciones y postuló la excepción nominada: “Temeridad y Mala fe” ((039ContestaciónDemandaFundación2020526.pdf).*

4.- *Más adelante, la demanda fue reformada para incluir nuevos pedimentos, por tanto:*

4.1. Principales.

-Declarar la nulidad absoluta de: i). El acto de constitución de la Fundación para el Desarrollo y Conservación del Arte Maestro Domingo Izquierdo realizada el 22 de junio de 2016, inscrito en la Cámara y Comercio de Bogotá el 19 de julio de 2016, por error de Domingo Izquierdo y dolo de Angie Carolina Jiménez García; ii). De la donación realizada por Domingo Izquierdo a la Fundación para el Desarrollo y Conservación del Arte Maestro Izquierdo del predio con folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-1277059, contenida en la Escritura Pública No. 4579 del

1º de agosto de 2016 de la Notaría 9ª de Bogotá, debidamente registrada; **iii).** Por falta de competencia y/o por objeto ilícito del contrato de mutuo celebrado entre la citada fundación y “FABIAN DE JESÚS CORTÉS RODRÍGUEZ, contenida en la escritura pública No. 765 de la Notaría 9ª de Bogotá” e inscrita en el respectivo folio; **iv).** Por falta de competencia y/o por objeto ilícito de la hipoteca abierta constituida por la fundación sobre el inmueble con folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-1277059 en favor de Fabio Juan de Jesús Cortés Rodríguez”. En consecuencia, “ordenar y/o disponer que el inmueble ubicado en la carrera 76 No 76-39, identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No 50C-1277059 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, zona centro, sea reintegrado y restituido al patrimonio del Sr. DOMINGO IZQUIERDO y se ordene la entrega del mismo en su favor una vez ejecutoriado el fallo respectivo”, amén de condenar solidariamente a los demandados a reconocer y pagar al convocante a título de indemnización la suma de \$747’990.289,58 o la que se establezca en el curso del proceso.

4.2.- Pretensiones primeras subsidiarias.

-Declarar la simulación absoluta de los citados negocios, por tanto, “ordenar y/o disponer que el inmueble ubicado en la carrera 76 No 76-39, identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No 50C-1277059 de la oficina de registro e instrumentos públicos de Bogotá, zona centro, sea reintegrado y restituido al patrimonio del Sr DOMINGO IZQUIERDO y se ordene la entrega del mismo en su favor una vez ejecutoriada el fallo respectivo”. Adicionalmente, que se condene al pago solidario de “1.284’756.289,58 por concepto de indemnización de perjuicios. Finalmente, se impongan las respectivas costas a cargo de los demandados.

4.3.- Pretensiones segundas subsidiarias.

- Declarar que los convocados se enriquecieron sin justa causa, por obra del empobrecimiento correlativo de Domingo Izquierdo, y con ocasión de los convenios aludidos líneas atrás, exceptuando la constitución de la Fundación para el Desarrollo y Conservación del Arte Maestro Domingo Izquierdo. De prosperar, que la “FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y CONSERVACIÓN DEL ARTE MAESTRO DOMINGO IZQUIERDO “FUNDACIÓN DOMINGO IZQUIERDO”, ANGIE CAROLINA JIMÉNEZ GARCIA, y FABIO JUAN DE JESUS CORTÉS RODRÍGUEZ, están solidariamente obligados a pagar y/o indemnizar a DOMINGO IZQUIERDO dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del fallo que le ponga fin al proceso, la suma de \$ 536.766.000,00, más los intereses comerciales moratorios que se hayan causado desde que se realizara la tradición del inmueble, 26 de diciembre de 2016, hasta la fecha en la que se realice el pago respectivo”, con la condena en costas respectiva. (041ReformaDemanda220606.pdf).

5.- Fabio Juan de Jesús Cortés Rodríguez se opuso a las pretensiones, se pronunció frente a los hechos, el juramento estimatorio y postuló las excepciones tituladas: **i).** “Mala fe”; y, **ii).** “Genérica” (046ContestaciónReforma20220811.pdf).

5.1.- A su turno, Angie Carolina Jiménez García, por intermedio de apoderado judicial, dio respuesta a los supuestos relacionados en el escrito de reforma, se opuso a las peticiones, objetó el juramento estimatorio y presentó las defensas nombradas: **i).** “Ratificación y adición a las excepciones presentadas en escrito de contestación de demanda inicial y reforma”; **ii).** “Falta de pruebas con que el apoderado accionante pretende demostrar las pretensiones de nulidad absoluta, simulación absoluta y enriquecimiento ilícito”; y, **iii).** “De oficio” (047ContestaciónReforma20220811.pdf).

6.- Surtido el trámite pertinente, la sentencia se dictó por escrito el 1° de junio de 2023, en la que se dispuso: 1°. Declarar la nulidad absoluta de la Escritura Pública No. 4579 del 1° de agosto de 2016 cuyo objeto fue la donación del inmueble con matrícula inmobiliaria No. 20C-1277059; 2°. Declarar la nulidad absoluta de la Escritura Pública No. 00765 del 21 de febrero de 2017 a través de la cual se constituyó hipoteca del inmueble con matrícula inmobiliaria No. 50C-1277059; 3°. Ordenar en consecuencia, que el inmueble con folio de matrícula 50C-1277059 retorne jurídicamente al señor Domingo Izquierdo; 4°. Ordenar a la respectiva notaría para que proceda a la cancelación de las anotaciones 20 y 21 del folio de matrícula No. 50C-1277059; 5°. Negar las pretensiones 1ª, 2ª, 3ª, 5ª, y 6ª de la demanda conforme a lo motivado en sentencia, así como las primeras subsidiarias y segundas subsidiarias; 6°. Condenar en costas en un 80% a los demandados y a favor del demandante; y, 7. En firme la decisión, su archivo (097Sentencia20230601.pdf).

II. EL FALLO APELADO

7.- La juez a quo encontró reunidos los presupuestos procesales para emitir la respectiva decisión de fondo. En ese camino, consideró como problema jurídico a resolver si había lugar a declarar “que los actos jurídicos materia de demanda son nulos o en su defecto, simulados y de no ser uno y otro caso, se dan los elementos propios para determinar la configuración de un enriquecimiento sin justa causa a favor de los demandados y en detrimento del demandante, lo cual además ha derivado perjuicios en la cuantía estimada por el promotor del libelo introductor”.

En ese camino, sobre la nulidad absoluta del poder general a favor de Angie Carolina Jiménez García, de la constitución de la Fundación Domingo Izquierdo y del contrato de mutuo, no las encontró estructuradas; sin embargo, en lo que toca a la donación atacada, consideró: “Téngase en cuenta inicialmente que en la parte introductoria del instrumento público mencionado se indicó la insinuación sin cuantía como valor del acto, pese a ello, en la primera comparecencia el señor Domingo Izquierdo solicitó la autorización para donar la casa habitación con matrícula inmobiliaria No. 50C-1277059 a favor de la Fundación Domingo Izquierdo por valor de \$536’766.000 pesos tornándose contradictoria esta alegación (...).

Posteriormente el Notario autoriza la donación gratuita e irrevocable protocolizando como anexos el certificado de tradición del inmueble, el recibo de pago del impuesto predial del año 2016 y la carta de declaración del avalúo comercial. Acto seguido, en los numerales 5º y 6º de la segunda comparecencia se incluyó que ‘...la donación no afecta la solvencia del donante, no la de terceros...’ y que ‘...EL DONANTE manifiesta bajo la gravedad del juramento que conserva suficiente patrimonio para su subsistencia después de donar esta inmueble...’”, para concluir que “(...) aflora del análisis agotado el incumplimiento del artículo 3º del Decreto 1712 de 1989 relativo a la prueba fehaciente de que el donante conserva lo necesario para su congrua subsistencia, porque si bien es cierto en la escritura se enuncia esta circunstancia, brilla por su ausencia prueba de esta constatación por parte del notario, máxime cuando en palabras de la Corte Suprema de Justicia, corresponde por los menos a dicho funcionario realizar un análisis de estos aspectos (...)”.

Agregó, “(m)emórese que en la escritura pública únicamente se anexó el certificado de tradición, pago del impuesto predial y la carta de declaración del avalúo comercial, pero en forma alguna fue allegada prueba siquiera sumaria sobre el presupuesto de la congrua subsistencia del demandante, elemento ineludible dentro del parámetro a insinuación de la donación, máxime cuando en el precedente citado se recalca una examinación siquiera superficial de estos elementos por parte del notario pero reafirma la necesidad de acreditar al menos los recursos con la finalidad descrita, a tal punto que la sola erogación o juramento contenido en el instrumento atacado no satisface, subsume o releve el imperativo legal para la realización del procedimiento de insinuación frente a dicho tema como base de la donación atacada.

Esto adquiere mayor relevancia en el caso bajo estudio, por cuanto en el interrogatorio de parte del señor Domingo Izquierdo confesó que su patrimonio se encontraba compuesto esencialmente por dicho inmueble donde además habitaba y su labor como pintor y escultor. Indistintamente, posee inherencia en el sub examine dado que en el plenario no milita prueba el cual denote la existencia de otros medios económicos poseídos por el accionante para garantizar su subsistencia situación concordante con lo referido por el testigo Luis Alberto González quien conoce al actor desde tiempo atrás quien confirmó ser su casa base primordial de su patrimonio. Aunado al hecho que tampoco podría evocarse que el ingreso por concepto de arrendamiento supiera dicha subsistencia porque si se donaba el predio ello necesariamente conllevaría a no tener acceso a la potestad de percibir los frutos descritos, por lo menos en estricto derecho, amén que en el interrogatorio Angie Carolina Jiménez confesó que debió iniciarse proceso de restitución por la carencia de dichos pagos”.

En ese camino, en lo que toca a la nulidad absoluta de la hipoteca, resaltó que dada la interdependencia con el acto de donación cuestionado, la “declaratoria de inexistencia, ineficacia, rescisión o nulidad de la actuación inicial atinente a la transferencia del dominio del predio repercute en el cumplimiento de los requisitos de la hipoteca (...)”, por tanto, al

retrotraerse la actuación a un estado inicial, el titular del derecho de dominio del bien “siempre estuvo en cabeza del señor Domingo Izquierdo”, de modo que, si la Fundación Domingo Izquierdo no ostentaba esa calidad, “adolecía de capacidad para disponer de éste”, por lo que, también se predicaba la nulidad, no así del “contrato de mutuo o las obligaciones suscritas entre la Fundación (...) y Juan de Jesús Cortés”.

Concluyó, “como la hipoteca exclusivamente correspondía a una garantía, pero al aflorar la nulidad frente a la donación sobre la cual recayó la transferencia del bien amparado bajo dicho gravamen, no era posible que la fundación dispusiera de este elemento, empero, el acreedor puede continuar propendiendo por el recaudo de las obligaciones con el patrimonio de la entidad, máxime cuando el contrato de mutuo no se vio afecto de nulidad”.

De otro lado, no encontró acreditadas las pretensiones subsidiarias, concretamente, en punto a la simulación absoluta de la constitución de la fundación y del contrato de mutuo, tampoco, las relativas al enriquecimiento sin justa causa respecto del contrato de mutuo.

Finalmente, sobre los perjuicios solicitados, refirió que “los valores descritos no tiene la connotación para ser considerados un menoscabo percibido objeto de resarcimiento o la ganancia dejada de percibir, esto por cuanto de acervo probatorio aflora que el señor Domingo Izquierdo no ha sido despojado de la posesión y tenencia del inmueble, quien además percibió los arrendamientos de la bodega siendo estos los frutos del predio. (...) Por ende, los intereses estimados no puede ser catalogados como lucro cesante o daño emergente para su reconocimiento. Así mismo, no encuentra esta sede judicial para tomar como punto de partida el valor del bien para su cálculo; y aún si se pudiera predicar por los testimonios de Luz Stella Gutiérrez y Luis Alberto González que el demandante quería vender dicha casa, esta erogación entra únicamente en el escenario especulativo dado que no existe certeza y veracidad acerca de la viabilidad de la compra, monto y tiempo de ejecución para ser catalogado un hecho cierto susceptible de resarcimiento. En esas condiciones, es menester abrir paso a su negativa ante la falta de demostración de su causación y cuantificación acorde con las razones expuestas.”.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

8.- Inconforme con la decisión la parte demandada impugnó la decisión, bajo los siguientes argumentos:

Angie Carolina Jiménez García y la Fundación Domingo Izquierdo.

- En lo que toca a la contradicción del texto de la escritura, esto, de cara a la insinuación sin cuantía, resaltaron que en derecho notarial los actos están regulados en las resoluciones de tarifas notariales que

expide cada año la Superintendencia de Notariado y Registro, “dicho acto se constituye en un requisito formal cuando la donación excede de los 50 SMMLV”. En particular, la notaría cobra como acto sin cuantía esa insinuación, “ya que mal haría el notario, en cobrar dos veces el mismo acto de donación por el valor comercial del predio, lo que acarrearía un doble pago en la Notaria y en Beneficencia y Registro para dicho acto jurídico SIN CUANTÍA, lo que iría contra las normas rectoras del derecho notarial, regulado por Estatuto de Notariado y Registro-Decreto 1250/70- Cap I. – Del Registro”, cuestión distinta es el acto de donación, último que exige el valor comercial del bien que declaró el donante.

-Sobre el incumplimiento del artículo 3º del Decreto 1712 de 1989 relativo a la prueba fehaciente de que el donante conserve lo necesario para su congrua subsistencia, refirieron que examinado el texto de la Escritura Pública No. 4579 se referenciaron varios documentos como anexos, entre ellos, la carta de declaración del avalúo comercial. En ese texto, se advierte: “La donación la efectúo sobre el 100 X del inmueble (Manuscrito)...Y DESDE YA MANIFIESTO QUE CUENTO CON LOS SUFICIENTES RECURSOS PARA MI CONGRUA SUBSISTENCIA.-“(Mayúsculas y negrilla fuera de texto)”, por tanto: “Este documento que aparece debidamente firmado y con nombre y cédula en manuscritos y que como tal la realizó de su puño y letra el aquí demandante DOMINGO IZQUIERDO, no puede ignorarse en derecho esta PRUEBA FEHACIENTE que está reclamando el a quo, como faltante dentro del texto escritural, y que fue la razón sustancial de la DECLARACIÓN DE NULIDAD de la escritura pública de DONACIÓN # 4579 DEL 1º DE AGOSTO/16”, temática que impide tener ese requisito como inexistente.

Continuó, “La norma pide esta PRUEBA FEHACIENTE dentro del contenido de la Escritura Pública y ahí se encuentra. La norma nunca exige que este documento o prueba FEHACIENTE deba estipularse en texto separado o independiente, o que se presuma su INEXISTENCIA por el hecho de aparecer vinculado a algún otro documento que exige la norma para su validez jurídica. Tal como aparece expresado en el documento citado, este documento que aportó el donante y que reposa en la mentada Escritura Pública otorgada por el Notario Noveno para darle cumplimiento a la normatividad legal, es la PRUEBA FEHACIENTE que exige la norma citada. Así lo entendió el Notario Noveno para la época de constitución de dicha Escritura y por tal motivo al considerar que reunía la totalidad de requisitos que exige la norma enunciada, procedió a otorgarla, autorizarla y aprobarla tal como consta en la Escritura Pública N° 4579 del Primero de agosto de 2016”.

En síntesis, debe observarse el contenido íntegro de la escritura.

-En la respectiva carta anexa sobre los recursos para su congrua subsistencia, “(y) la razón de ser de esta respuesta libre y espontánea es que en efecto el Sr, (sic) Izquierdo simplemente manifestó la verdad, por cuanto el sí cuenta con recursos suficientes para su congrua

subsistencia, como son las ventas de sus cuadros en dólares americanos y esculturas, la Pensión que recibe del gobierno norteamericano, que supera los US 1.000 Dólares americanos mensuales, arriendos del inmueble objeto de litigio... entre otras”.

- “A propósito de la congrua subsistencia del demandante aquí mencionada en la parte emotiva, me permito ilustrar al honorable magistrado de tribunal, que se pudo probar en el debate probatorio y en la pruebas trasladadas del proceso disciplinario del Consejo Superior de la Judicatura, que en audiencias e interrogatorios el demandante Domingo Izquierdo, declaró recibir una pensión mensual del gobierno americano ya citado, recibir arriendos de la administración del inmueble de la fundación por unos valores aproximados de 5 a 6 millones de pesos y que el inmueble objeto de litigio no lo destina para su habitación personal, residencial ni lugar de trabajo como artista, como ÉL mismo lo manifestó en todos sus intervenciones; que su domicilio y residencia es la ciudad de Ibagué, situación está que contradice lo firmado por la honorable jueza de conocimiento en la parte motiva de la sentencia atacada (Inciso 4º pag.15)”.

-En lo que toca a la nulidad absoluta de la hipoteca, resaltaron que no se advierte que pueda existir vicio alguno de forma o fondo para que se configure esa institución. “La realidad jurídica es que la Escritura de DONACIÓN y la Escritura de HIPOTECA, son dos actos jurídicos autónomos e independientes que nacieron a la vida jurídica en circunstancias de tiempo, modo y lugar muy diferentes, con actores muy distintos y debidamente reglamentados con normas jurídicas sobre la realización contractual y que justamente tienen consecuencias disímiles sobre el futuro del inmueble objeto de la relación contractual entre las partes (...)”. Adicionalmente, Angie Carolina Jiménez García tenía plena capacidad legal para firmar la escritura de hipoteca, es más, el donante también tenía capacidad legal para donarlo a su propia fundación. Se trata entonces de dos negocios autónomos, “mal podría calificarse a alguno de los dos como PRINCIPAL y ‘ACCESORIO’ como colige la Honorable Juez de conocimiento”.

Conforme con lo expuesto, solicita la revocatoria de los numerales 1º, 2º, 3º, 4º y 6º de la parte resolutive.

Fabio Juan de Jesús Cortés Rodríguez.

- Al respecto en el proceso obra la escritura pública No. 4579 del 16 de agosto el año 2016, en ella aparece documento protocolizado que hace parte integral de la escritura, donde consta el avalúo comercial del inmueble \$ 536.766.000, y en el último párrafo de la mencionada carta, se literaliza la manifestación por parte del señor DOMINGO IZQUIERDO en forma textual afirma “manifiesto que cuento con los suficientes recursos para mi congrua subsistencia (el subrayado es mío)”.

-En la sentencia no se hizo un análisis integral del acervo probatorio, no se revisó el contenido de ese documento público.

-Además, no se tuvo en cuenta que dentro del proceso disciplinario que se adelantó contra Angie Carolina Jiménez García, el actor en interrogatorio manifestó que entre sus ingresos contaba con una pensión de US \$ 1000, la venta de sus cuadros, “esta versión es contradictoria a lo manifestado en interrogatorio de parte en el proceso de marras, por lo tanto no se le pudo dar credibilidad a esta prueba como lo plasma su señoría en los considerandos de la sentencia apelada”.

- “Respecto de la nulidad absoluta de la escritura pública 00765 del 21 de febrero del 2017, que corresponde a la titulación de la hipoteca. La constitución de hipoteca, tiene plena validez, como quedó anotada razón legal para que se decrete dicha nulidad teniendo en cuenta que el inmueble si es objeto de donación y se cumplió a cabalidad con los requisitos para que el inmueble objeto de garantía hipotecaria, estuviese en cabeza o titularidad de la Fundación para el desarrollo Domingo Izquierdo (...)”.

9.- Por auto adiado 18 de agosto de la presente anualidad se ordenó correr el traslado previsto en el artículo 14 de la Ley 2213 de 2022.

9.1. A través de escrito enviado por correo electrónico a la Secretaría de este Tribunal los sujetos integrantes de la parte apelante sustentaron en debida forma su recurso de alzada, precisándose que el apoderado de Angie Carolina Jiménez García y la Fundación Domingo Izquierdo como fundamentos para soportar su discrepancia, hizo expresa remisión a lo argüido en el momento de interponer el recurso de alzada contra la decisión de primera instancia.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

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 resolver la apelación formulada por la pasiva, debe decirse que este recurso se endereza a que el Superior revise la actuación de la juzgadora de primera instancia, pero inmerso siempre dentro del criterio dispositivo, por lo que es a la parte 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 los problemas jurídicos a resolver se contraen a determinar si contrario a lo establecido por la funcionaria de primera instancia, no se configura la nulidad absoluta de los negocios contenidos en las Escrituras Públicas 4579 del 1º de agosto de 2016 y 00765 del 21 de febrero de 2017, ambas de la Notaría 9ª del Círculo de Bogotá; a través de las cuales el actor donó el predio con folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-1277059 a la Fundación para el Desarrollo y Conservación del Arte Maestro Domingo Izquierdo “Fundación Domingo Izquierdo”, última que constituyó hipoteca sobre ese predio en favor de Fabio Juan de Jesús Cortés Rodríguez, respectivamente. Los motivos de inconformidad tienen que ver con la valoración del material probatorio.

4.- De entrada, desciende la Sala al análisis de la nulidad absoluta deprecada en punto al negocio contenido en la Escritura Pública No. 4579 del 1º de agosto de 2016, en virtud de la cual Domingo Izquierdo donó el predio con folio de matrícula No. 50C-1277059 a la Fundación para el Desarrollo y Conservación del Arte Maestro Domingo Izquierdo “Fundación Domingo Izquierdo”, y concretamente, en lo que toca a existencia de la correspondiente insinuación, en otras palabras, al examen del alcance del requisito exigido por el artículo 1458 del Código Civil, reformado por el decreto 1712 de 1989.

4.1.- En otras palabras, el fin de la alzada no es otro que determinar si al efectuarse la donación se cumplieron o no los requisitos exigidos por el legislador para la regular formación de ese acto jurídico, pues de haberse desobedecido la norma sustancial que regula la materia el negocio sería nulo, conforme lo dispone el artículo 1740 del Código Civil: “Es nulo todo acto o contrato a que **falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie** y la calidad o estado de las partes.” “La nulidad puede ser absoluta o relativa.” (Resaltado fuera de texto).

4.2. Para entrar en materia, es de memorar que con respecto a la nulidad absoluta establece el inciso inicial del artículo 1741 de la misma obra que: “La nulidad producida por objeto o causa ilícita, **y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos**, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, **son nulidades absolutas**”. (Énfasis de la Sala).

En esta temática el artículo 1443 ibídem prescribe que la donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona que la acepta. Así mismo, el canon 1458 ejusdem, modificado por el artículo 1º del Decreto 1712 de 1989 contempla que corresponde al notario autorizar mediante escritura pública, las donaciones cuyo valor exceda la suma de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes, siempre que el donante y el donatario sean plenamente capaces, lo soliciten de común acuerdo y no se contravengan ninguna disposición legal.

La Jurisprudencia ha puntualizado: “Dadas, pues, esas inexactitudes que asoman manifiestas desde la misma definición del concepto, esta Corporación se vio obligada a precisar que la donación entre vivos es contrato, porque exige el concurso de las voluntades de donante y donatario pues sin la aceptación de éste la sola voluntad liberal del primero constituye únicamente una oferta y no convenio de gratuidad. Además, como en el sistema colombiano los contratos no son modo de adquirir el dominio de las cosas, sino simple título para el mismo efecto, es claro que por el mero contrato de donación no transfiere el donante la propiedad de lo que regala, por lo cual para que el donatario adquiera el dominio del bien es menester que se cumpla con el modo respectivo, que, en tratándose de donación irrevocable, es la tradición. (...) Conviene advertir que cuando el contrato de donación es solemne, las formalidades especiales que deben ser satisfechas no son siempre las mismas. Así, tratándose de dádiva que consiste en inmueble, la solemnidad propia, en virtud de la naturaleza del bien, será la escritura pública, y si lo que se dona vale más de dos mil pesos, sea bien raíz o mueble, menester será cumplir la solemnidad consistente en la obtención de autorización judicial; faltando ésta, el contrato, en todo caso, será nulo en cuanto exceda de dos mil pesos y a pesar de que se haya celebrado por medio de escritura pública (artículos 1457 y 1458 del C. Civil)”¹.

4.3.- Así mismo, en lo que se refiere a la insinuación ha dicho el máximo Tribunal de la Especialidad Civil que:

“Y aferrado a la letra del precedente inciso, estima el censor que la donación no insinuada que sobrepase el aludido tope es absolutamente nula en su totalidad y no, como se decretó, nula tan sólo en cuanto exceda de ese límite, aduciendo que, a diferencia del precepto 1458, la norma vigente no estatuye la validez parcial del contrato en eventos semejantes, de manera que han de aplicarse los artículos 1740 y 1741 de esa codificación que consagran la nulidad de todo el acto o contrato.

(...)

“Y, contra lo opinado por el censor, la interpretación en comento en ninguna forma se opone a lo dispuesto por el artículo 1740 del código civil, según el cual ‘es nulo todo acto o contrato al que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes’; pues la insinuación y la nulidad que su carencia acarrea están referidas nada más que a la cuantía de la donación, por lo que nada se opone que el contrato sea válido hasta la mencionada suma en la medida en que la ley no prescribe para ello la aludida autorización.”

(...)

“Por lo demás, vistas las cosas desde la perspectiva

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 20 de Mayo de 2003. M.P. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. Exp. 6585, reiterada, entre otras en la sentencia de esa misma Corporación de 31 de agosto de 2012, exp. 11001-31-03-035-2006-00403-01.

que viene de analizarse, no podría concluirse más que la finalidad de la insinuación, que obedece a ‘intereses de orden superior’, no es en el fondo otra que la de proteger al donante, quien en tal virtud, antes como ahora deberá demostrar para obtener esa autorización que conserva lo necesario para su congrua subsistencia (artículo 3º decreto 1712 de 1989), lo cual explica que el comentado requisito sea en lo esencial meramente cuantitativo. Al fin y al cabo, hay que decirlo, donar no es de ninguna manera un acto ilícito; jamás lo ha sido y muy seguramente jamás lo será; y al punto resulta ser así que la ley nunca ha mirado con malos ojos, desconfiadamente, a quien es magnánimo, bienhechor con sus congéneres. Antes bien, aceptando la filantropía y el altruismo de algunos, adopta medidas, como de hecho lo es la insinuación, para precaver que esa generosidad no llegue a extremos tales que pueda comprometer su propia subsistencia o la de los suyos”² (El subrayado no es original).

4.4.- De lo anterior se colige que la donación no es más que un acuerdo de voluntades celebrado entre el donante y el donatario, en el cual el primero le cede parte de sus bienes al segundo y si la misma supera los 50 salarios mínimos mensuales legales vigentes se debe acudir ante el notario para que este la autorice.

4.5.- Al amparo de las anteriores precisiones, advierte esta colegiatura, que no revocará lo decidido en el numeral primero de la decisión fustigada; sin embargo, procederá a su modificación, bajo los siguientes razonamientos:

4.5.1.- La Sala de Decisión no desconoce los apartes y anexos de la escritura pública cuestionada, aquéllos a los que, por demás, hicieron referencia los demandados al señalar que esa convención cumplió con el lleno de los requisitos para que surta plenos efectos; sin embargo, considera que no es así, concretamente, en punto a la insinuación a la que aludió la pasiva.

En efecto, el artículo 3º del Decreto 1712 de 1989 prevé: “La escritura pública correspondiente, además de los requisitos que le son propios y de los exigidos por la ley, deberá contener la prueba fehaciente del valor comercial del bien, de la calidad de propietario del donante y de que éste conserva lo necesario para su congrua subsistencia”, luego, no se considera prueba incuestionable de la última situación, la afirmación contenida en el documento denominado: “Carta de declaración de avalúo comercial”, que fuera objeto de protocolización, enunciada, además, en varias partes del instrumento público.

Se trata de:

² Sent. Cas. Civ. de 16 de diciembre de 2003, exp. 7593; reiterada, entre otras, en Sent. Cas. Civ. de 24 de noviembre de 2010, exp. 15076.

Bogotá D. C. Agosto 01/16 4579

Señores:
NOTARIA 9 DE BOGOTÁ
Ciudad.

Referencia: Avalúo comercial.

En relación con el asunto de la referencia le informo que el avalúo comercial de inmueble ubicado en Cra 76 NO 76-39.

Es de \$ 536.766.000.

Valor que se obtiene de acuerdo con lo establecido en el Código de Procedimiento Civil incrementando el avalúo catastral en un cincuenta por ciento (50%).

La donación la efectúo sobre el 100x del Inmueble y desde ya manifiesto que cuento con los suficientes recursos para mi congrua subsistencia.-

Atentamente,

Domingo Izquierdo
Nombre
C. E. BUSEI BTA
DOMINGO IZQUIERDO

Pese al contenido de la parte final de ese documento, lo cierto es, que no tiene la connotación de prueba indiscutible o irrefutable de que el donante, aquí demandante, contara con los recursos suficientes para su subsistencia tras realizar la donación del 100% del inmueble en cuestión. Es que conforme se advirtió en líneas que anteceden, la finalidad de la insinuación tiene que ver con la protección del donante, por tanto, a tono con el artículo 3º del citado decreto, el requisito en cuestión es en lo esencial es “meramente cuantitativo”.

En ese camino, reproduce la Sala la cita que a colación trajo la juez de primer grado para fundar su decisión, recordemos:

“...Expresado de otro modo, las probanzas que arrimen los estipulantes deben ser objeto de un examen prudente por parte del notario respectivo, antes de que autorice el otorgamiento de la escritura pública de insinuación, pero no por ello sus reflexiones sobre el particular deben ser exteriorizadas y reseñadas –como sí es de rigor al motivar el análisis probatorio en las providencias de los jueces–, puesto que, como ya se anotó, el trámite notarial no es asimilable a un proceso judicial, ni el instrumento que allí se otorgue equivale a un acto de jurisdicción. (...) de aquella certificación se sigue, sin necesidad de mayores elucubraciones, tanto la propiedad accionaria, como el valor de los bienes objeto de la negociación, pues tales materias fueron expresa e inequívocamente esclarecidas por la sociedad emisora de los títulos de participación social. Y las colillas de pago permiten colegir, también con claridad, que la donante contaba con recursos para continuar sufragando los gastos de su subsistencia
...”³⁶ (subrayado fuera de texto)

Al respecto, se advierte que el respectivo instrumento público no contiene “otros” anexos que puedan dar cuenta de la situación económica del donante para el mes de agosto de 2016, época en la que se realizó la mentada donación. Es que, a decir verdad, no se advierte que el Notario 9º de Bogotá hiciera mayor examen de la situación económica del donante, máxime si se trataba de una persona de 85 años, que como se sabe, es sujeto de especial protección.

Y si bien el actor en el interrogatorio de parte hizo

alusión a que tenía un dinero en préstamo a la demandada Angie Carolina Jiménez y recibía el arriendo del inmueble objeto de la litis (Mins. 24 y ss. 060Video Audiencia 20221201), ello no supone que para la data en que se realizó el negocio contara con los recursos suficientes para su manutención, pues en definitiva, no se verificó si tenía obligaciones a cargo, la periodicidad de la venta de sus obras, incluso, que de transferir el inmueble a la fundación, su posición como arrendador mutaría, básicamente, porque ya no sería el propietario, incluso, no se atendió a que el arrendamiento es un contrato de tracto sucesivo, por tanto, la posibilidad de incumplimiento debía ser evaluada, es más, la cuestión no resultaba improbable, pues tiempo después, concretamente, en el 2017 fue presentada la demanda de restitución por mora en el pago de los cánones de arrendamiento.

Es más, aun cuando haya señalado que percibía una pensión y vendía sus obras de arte, incluso, que residía en lugar distinto a esta ciudad, tales situaciones no fueron estimadas por el notario en aras de establecer que tras la transferencia del inmueble contara con el patrimonio mínimo para subsistir dignamente, considerando su contexto personal, familiar y social. En este sentido, la declarante Claudia Lucía Rojas Bernal - Funcionaria de la Notaría 20 del Círculo de Bogotá y ex empleada de la Notaría 9ª de la misma ciudad-, resaltó que “el Notario no atiende cada usuario que viene a firmar una escritura pública (...)”, incluso, que ese funcionario responde de la regularidad formal del acto, mas no de la veracidad de las afirmaciones de los contratantes. A su juicio, el servicio de las notarías es rogado, en ese orden, quien asiste entiende el alcance de sus actos (Mis. 3’40:00 y ss. Derivado 094).

Adicionalmente, según lo dice la demandada -Angie Carolina Jiménez- se trató de una entrevista con el notario de turno; sin embargo, de eso no ha evidencia (060 Derivado Mis: 1:58 y ss).

Finalmente, es que se trata de un requisito **objetivo** que debe contener la escritura pública, sin que puede subsanarse o enmendarse a posterioridad y con ocasión de otros medios de convicción, entre ellos, verbi gratia, la confesión del demandante, pues al tenor del citado artículo, se itera, es ese documento público el que debe dar cuenta de la prueba fehaciente de que el donante conserva lo necesario para su congrua subsistencia al efectuar la donación de un bien que supera los 50 SMMLV.

4.6.- Conforme con lo expuesto, pese a la exposición de los demandados -motivos de impugnación-, dicho negocio jurídico no cumplió a cabalidad con los requisitos de la esencia exigidos por el artículo 1458 del C.C. para la regular formación del mismo, habida cuenta que al interior del plenario no existe ninguna prueba que permita afirmar de forma fehaciente, se itera, que la parte actora para la data en que se protocolizó el instrumento objeto de análisis, contaba con los recursos suficientes para mantenerse, haciendo valida la donación.

Por lo tanto, si la donación sólo es válida sin insinuación hasta el tope de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales

vigentes, para la época de realización del contrato, año 2016, cuando el salario mínimo ascendía a \$689.454.00, la donación de ese inmueble era válida hasta por la suma de \$34.472.700.00, y nula en lo que exceda ese valor.

A fin de esclarecer el monto hasta que es válida la donación efectuada en el caso bajo análisis, se plasma el siguiente cuadro:

Identificación de los bienes	Avalúo venta para el año 2016.	Valor tope de donación y porcentaje	Valor que excede el tope de donación y porcentaje
50C-1277059	\$536.766.000.00 100%	\$34.472.700.00 50 SMLMV 6.4%	\$502'293.300.00 93.6%

5.- En consecuencia, se impone declarar nulo el contrato reseñado en el valor y porcentaje que sobrepasa la autorización legal para donar sin insinuación por parte de DOMINGO IZQUIERDO a favor de la FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y CONSERVACIÓN DEL ARTE MAESTRO DOMINGO IZQUIERDO y, en su lugar, deberá restituirse al actor el 93.6% del inmueble al patrimonio del demandante, por consiguiente, se modificará el numeral primero de la decisión confutada, por contera, el numeral tercero y cuarto.

6.- Ahora, en lo que toca a la validez de la hipoteca, esto es, aquélla que se constituyó mediante Escritura Pública No. 00765 del 21 de febrero de 2017 por la Fundación Domingo Izquierdo a través de su representante legal a favor de Fabio Juan de Jesús Cortés Rodríguez respecto del predio identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-1277059, según se extrae de la anotación No. 021 del respetivo certificado de tradición, importa precisar que:

6.1.- Debe decirse, de forma liminar, que la hipoteca es la garantía real accesorio e indivisible constituida sobre inmuebles que no dejan de estar en posesión del deudor y que concede al acreedor el derecho de perseguir el bien gravado en poder de quien se halle, para hacerlo subastar en caso de que el deudor no pague el crédito principal, con el fin de que sea cubierto con el producto del remate, de preferencia a los otros acreedores, según se extrae de lo preceptuado por los artículos 2432, 2493 del Código Civil y concordantes del Código General del Proceso.

La hipoteca es igualmente un derecho real accesorio cuya finalidad es respaldar el cumplimiento de una obligación principal, y conforme al artículo 1499 de la ley sustantiva civil, un contrato es accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella, de donde deviene la característica en comentario.

La Doctrina Colombiana refiriéndose a la hipoteca, expresa: “El inciso final del artículo 2438 dispone que la hipoteca puede

otorgarse antes o después de los contratos a que acceda. En esta forma, nuestra legislación no pudo menos que aceptar las exigencias de la vida práctica que modifican frecuentemente los principios académicos; ¿qué debe entenderse por otorgar la hipoteca antes del contrato a que acceda? ¿En realidad viene esta regla a constituir una excepción al carácter accesorio de la hipoteca?. Para responder los precedentes interrogantes debe tenerse en cuenta que nuestro código ratifica, al estatuir la aparente excepción que la hipoteca es una garantía accesorio. No otra cosa significa la expresión contrato a que acceda. Se requiere, pues, la posterior existencia de una obligación principal; todo lo que puede hacer es anticipar la constitución del gravamen de manera eventual o condicional, esto es, sujeto al futuro nacimiento de la obligación principal; si esta llega a ser, la garantía cumplirá su papel; en caso contrario, será baldía... Dentro de este tipo de hipoteca eventual o condicional, hay una muy útil que es conocida en el mundo de los negocios con el nombre de hipoteca abierta, y que consiste en otorgar la garantía a favor de quien eventualmente pueda llegar a ser con posterioridad acreedor del constituyente, generalmente un banco o una institución de crédito. Lo corriente es respaldar en esa forma los sobregiros en cuenta corriente, préstamos sobre cuya efectividad no haya certeza al momento de constituir el gravamen, etc... De modo, pues, que la existencia posterior de la obligación debe acreditarse con un recaudo que lleve aparejada ejecución, si se quiere acudir a este juicio o al proceso ejecutivo con título hipotecario (arts. 554 a 560 del C. de P.C.). Pero como la prueba del gravamen no es la prueba de la obligación, no bastará la escritura en que se constituyó la hipoteca abierta. Será necesaria que esta vaya acompañada de un título que preste mérito ejecutivo, en el cual conste la existencia de una obligación clara, expresa y exigible, a cargo del deudor”... Si la hipoteca es un gravamen accesorio, esto es, que no puede existir sin un crédito principal que garantice, la expresión después que emplea el art. 2438 no tiene otro sentido que permitir el otorgamiento del gravamen hipotecario con posterioridad a la fecha en que nació la obligación a que accede; en el caso concreto, la hipoteca puede constituirse después del contrato principal cuyas obligaciones respalda; pero no debe restringirse esa posibilidad al simple evento de los contratos, mencionado en el inciso final del artículo en referencia, sino que debe hacerse extensiva a todo género de obligaciones, aunque no nazcan de vínculo contractual alguno”³.

En punto del carácter accesorio de ésta, ha pregonado la doctrina: “La hipoteca es accesorio a la existencia de un crédito y es indivisible...1. Que la hipoteca sea accesorio a un crédito, indica que se constituye para garantizar el cumplimiento de una obligación, y que no puede constituirse en forma autónoma. La hipoteca solo nace cuando nace el crédito acreditado; su validez se condiciona a la del crédito; y se extingue con la extinción de la obligación... El Código Civil reglamenta en forma exclusiva las hipotecas que tienen como fuente un contrato entre el acreedor y el constituyente de la hipoteca...”⁴.

Reitera el Tratadista CÉSAR GÓMEZ ESTRADA:

³ (ÁLVARO PÉREZ VIVES. GARANTÍAS CIVILES. Fianza Prenda Hipoteca, pág. 81 a 83).

⁴ Ver VALENCIA ZEA, Arturo y ORTÍZ MONSALVE, Álvaro. Derecho Civil, Tomo II. Derechos Reales. Reimpresión de la décima edición. Editorial Temis S.A., Bogotá - Colombia. 1999. pág. 411 y 413)

“(…) Es un derecho real accesorio, en el sentido de que su existencia depende de la obligación principal que garantiza. No puede, pues, existir por sí solo, y de allí que si la obligación principal se extingue por cualquier causa, el derecho de hipoteca también se extinguirá...El carácter accesorio de la hipoteca significa igualmente que ese derecho sigue a la obligación principal adonde quiera que esta vaya, y por eso la cesión de la obligación principal implica la de la hipoteca; no es posible, en cambio, ceder el derecho de hipoteca independientemente de la obligación a que accede...” (De los principales contratos civiles. Tercera edición. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá. 1996. pág. 417) (Negrilla y Subrayado por la Sala).

6.2.- En ese camino es de recordar que, de conformidad con el artículo 2439 del Código Civil:

“No podrá constituir hipoteca sobre sus bienes sino la persona que sea capaz de enajenarlos, y con los requisitos necesarios para su enajenación.

Pueden obligarse hipotecariamente los bienes propios para la seguridad de una obligación ajena; pero no habrá acción personal contra el dueño, si éste no se ha sometido expresamente a ella”.

6.3.- Si así son las cosas y si el efecto de la nulidad respecto de la donación que excede los 50 SMLMV del valor del predio con folio de matrícula inmobiliaria 50C-1277059, es la restitución del porcentaje restante del predio al mismo estado en que se hallaría si no hubiera existido el acto, es claro, que no puede mantenerse el gravamen en cuestión respecto del 100% de ese predio.

Veamos que el artículo 1746 del Código Civil prevé:

“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

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

Sobre el tema la jurisprudencia tiene dicho:

“El principio de la retroactividad es dominante en los efectos de toda declaración de nulidad. La sentencia que tal dispone no hace sino verificar una nulidad que ha existido siempre; el contrato nulo no se ha perfeccionado nunca y no ha producido efecto jamás.

Exceptuando la anulación del matrimonio, fundándose en el indicado principio, que se halla consagrado positivamente en el artículo 1746 del Código Civil, se han sostenido concordemente la doctrina y la jurisprudencia patrias que el efecto propio y natural de toda declaración judicial de nulidad es la restauración completa de las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo. ‘Como la sentencia que declara la nulidad es un acto produce efectos ex tunc, -ha dicho la Corte- se supone que tal acto o contrato no tuvo existencia legal, y entonces, por imperativo de lógica, hay que restaurar las cosas al estado en que se hallarían si dicho acto o contrato no se hubiera celebrado’ (G.J. CXXXII, 250).

Si, pues, por virtud del efecto retroactivo de la declaración judicial de toda nulidad sustancial, excepto tratándose del matrimonio, las cosas deben regresar al estado en que se encontraban antes del otorgamiento del acto o contrato nulo, la sentencia que haga tal declaración, así lo sea oficiosamente, y no regule a la vez las prestaciones mutuas de los contratantes, infringe por inaplicación del artículo 1746 del Código Civil’’ (CSJ, Cas. Civil. Sent. abr. 17/75).

Temática que reiteró la citada fuente en providencia de 18 de agosto de 1993, en los siguientes términos:

“El efecto general y propio de toda declaración judicial de nulidad, sea absoluta, ora relativa, es la de retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiere existido el acto o contrato nulo. Por tal virtud, la sentencia de nulidad produce efectos retroactivos y, por ende, cada parte tiene que devolver a la otra lo que ha recibido como prestación del contrato anulado. Obviamente, para los efectos de ese restablecimiento, habrá de tenerse en cuenta si el contrato se cumplió en todo o en parte puesto que si nada se ha cumplido la cuestión se limita a la desaparición de las obligaciones, sin que haya lugar a restituciones.

‘Por tal virtud, la sentencia de nulidad produce efectos retroactivos y, por ende, cada parte tiene que devolver a la otra lo que ha recibido como prestación del contrato anulado. Ciertamente, así lo señala el art. 1746 del C.C. citado antes, al establecer que ‘la nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, sin perjuicio de lo proveído sobre el objeto por causa ilícita’. Obviamente, para los efectos de ese restablecimiento se cumplió en todo o en parte puesto que si nada se ha cumplido la cuestión se limita a la desaparición de las obligaciones, sin que haya lugar a restituciones.

(...).

Pero el efecto retroactivo de la declaración de nulidad admite excepciones, en primer lugar, cuando la nulidad proviene de un objeto o causa ilícita; en segundo lugar, cuando se declara nulo el contrato celebrado con una persona incapaz omitiéndose los requisitos que la ley exige

y, en tercer lugar, por razones de interés público (...)”.

*De conformidad con lo expuesto, y dados los efectos de la declaración de nulidad a la que se hizo alusión en las líneas que preceden, en el caso sub examine, patente es que el contrato de donación frente al 93.6% **no** se perfeccionó, de suerte que, la Fundación para el Desarrollo y Conservación del Arte Maestro Domingo Izquierdo nunca tuvo la titularidad de ese porcentaje, por tanto, mal podría dársele validez o efectos a la hipoteca que en favor de Fabio Juan de Jesús Cortés Rodríguez esa persona jurídica constituyó, se insiste, de cara a ese porcentaje. En otras palabras, teniendo en cuenta el alcance de la declaración de nulidad, el actor, esto es, Domingo Izquierdo nunca se desprendió de la titularidad de la cuota parte correspondiente al 93.6% del predio identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-1277059.*

Sin duda, si la mencionada fundación no tenía la propiedad de tal porcentaje acorde con lo dispuesto en el canon 2439 del Código Civil, mal podría decirse que, por intermedio de su representante legal, tenía la posibilidad de comprometer el predio para el pago de unas acreencias en favor de un tercero.

Conforme con lo expuesto, se modificará el numeral segundo de la decisión atacada, para en su lugar, declarar la nulidad absoluta del contrato de hipoteca en lo que exceda la cuota parte correspondiente al 6.4% del multicitado predio. De modo que, el contrato de hipoteca habrá de mantenerse en lo que corresponde el 6.4% del inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-1277059, determinación que sin duda implica la modificación del numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia.

6.4.- En ese ítem es de precisar que conforme a la decisión atacada, los contratos de mutuo no fueron invalidados. En lo que toca al contenido en la Escritura Pública No. 00765 del 21 de febrero de 2017 corrida en la Notaría 9ª del Círculo de Bogotá, la juez a quo dispuso: “(...) como la hipoteca exclusivamente correspondía a una garantía, pero al aflorar la nulidad frente a la donación sobre la cual recayó la transferencia del bien amparado bajo dicho gravamen, no era posible que la fundación dispusiera de este elemento, empero, el acreedor puede continuar propendiendo por el recaudo de las obligaciones con el patrimonio de la entidad, máxime cuando el contrato de mutuo no se vio afecto de nulidad”; conclusión que valga puntualizar no fue objeto de inconformidad por el actor.

7.- Ahora bien, debe decirse que frente a los convenios que subsisten -donación e hipoteca-, no se configura la nulidad por objeto ilícito, en la medida que, recaen sobre un bien lícito, que se encuentra en el comercio (Art. 1502 y ss. del Código Civil), de esa situación no hay elemento probatorio que la desvirtúe.

Amén que de conformidad con lo dispuesto en el citado canon 1741, “(l)a nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la

nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecuten y acuerdan, son nulidades absolutas”, de suerte que, tampoco podría derivarse una nulidad **absoluta** por falta de competencia.

En ese camino, recuérdese que el certificado de existencia y representación legal de la fundación, para el 1° de agosto de 2016, en cuanto:



CERTIFICA:
REPRESENTACIÓN LEGAL: EL REPRESENTANTE LEGAL DE LA ENTIDAD SERÁ NOMBRADO EN EL ACTA DE CONSTITUCIÓN POR PERIODOS DE 10 AÑOS. EL REPRESENTANTE LEGAL, TENDRÁ UN SUPLENTE QUIEN EJERCERÁ CON LAS MISMAS FACULTADES Y PODRÁ ACTUAR EN CUALQUIER MOMENTO POR LA AUSENCIA TEMPORAL O DEFINITIVA DEL REPRESENTANTE LEGAL.

Luego, no se advierte la transgresión del precepto aludido.

8.- Conforme con lo expuesto, comoquiera que subsisten parte de los contratos de donación e hipoteca, según se anotó, la Sala procederá al examen de las pretensiones primeras subsidiarias de cara a esos pactos, relativas a que se declare la simulación absoluta de esos negocios jurídicos.

8.1.- Para entrar en materia, es importante traer a colación que, en términos generales, han pregonado la doctrina y la jurisprudencia que por acto simulado debe entenderse todo acuerdo de parte de los contratantes mediante el cual deliberadamente emiten una declaración de voluntad disconforme con la realidad o con el verdadero querer de los mismos.

De ahí que el objeto de la simulación según lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil es “...obtener el reconocimiento jurisdiccional de la verdad oculta tras el velo de la ficción, es decir de la prevalencia de lo oculto respecto de lo aparente. En particular, si se trata de simulación absoluta, la acción persigue la declaración de que entre las partes no se ha celebrado en realidad el negocio ostensible, no habiendo en el fondo otra relación entre los simulantes que la consistente en obligarlos a la restitución de las cosas al estado anterior; y si de la relativa que el negocio ajustado por ellas es diverso al que exteriormente aparece concertado...”¹.

Puntualiza igualmente en torno a la naturaleza de la acción de simulación “(...) se trata de una acción meramente **declarativa** encaminada a obtener el reconocimiento de una situación jurídica determinada que causa una amenaza a los intereses del actor, quien, en ese orden de ideas, busca ponerse a salvo de la apariencias negocial... La acción de simulación o de prevalencia, como también se le ha dado en llamar, no se endereza a deshacer una determinada relación jurídica preexistente, sino a que se constate su verdadera naturaleza o, en su caso, la falta de realidad que se esconde bajo

esa falsa apariencia.”² (Negrilla fuera del texto original).

Negocio simulado, conforme a la clásica definición de Francisco Ferrara, es el que tiene apariencia contraria a la realidad, bien porque es distinto de como aparece, o ya por cuanto en verdad no existe. La simulación -expresa ese autor- es: “... **la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquél que realmente se ha llevado a cabo**”(La Simulación en los Negocios Jurídicos, pág. 56); también dice “**La simulación supone un concierto, una inteligencia entre las partes; estas cooperan juntas en la creación del acto aparente, en la producción del fantasma jurídico que constituye el acto simulado. Sin el concurso de todos, la simulación no es posible; no basta con el propósito de uno solo, pues con ello se tendría una reserva mental y no una simulación**” (ibídem, pág. 44).

Atendiendo los alcances del concierto simulatorio, éstos pueden ser de mayor o menor intensidad, por lo que se afirma que hay dos clases de simulación: **absoluta y relativa**. Se está en presencia de la primera de ellas -**absoluta**- cuando ese acuerdo volitivo va destinado a descartar todo efecto negocial, toda vez que las partes nada han consentido; ocurre la segunda -**relativa**- cuando el acuerdo de voluntades encubre una relación jurídica real con otra fingida, de suerte que se oculta a los terceros el verdadero, mostrándoseles uno diferente.

9.- En consonancia con lo hasta aquí discurrido, corresponde destacar que en el caso que ocupa la atención de la Corporación y las resultas de las pretensiones principales, en subsidio, se reclamó la presencia de una **simulación absoluta** del contrato de donación contenido en la Escritura Pública No. 4579 del 1º de agosto de 2016 a través de la cual el demandante donó la cuota parte correspondiente al 6.4% del predio identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-1277059 a la Fundación para el Desarrollo y Conservación del Arte Maestro Domingo Izquierdo. Adicionalmente, la misma figura en lo que toca a contrato de hipoteca que se protocolizó mediante instrumento público No. 00765 del 21 de febrero de 2021, en virtud del cual esa fundación constituyó gravamen hipotecario sobre ese porcentaje.

9.1.- De forma preliminar, es de mencionar, que no hay lugar a declarar tal situación respecto del contrato de donación, comoquiera que, el actor sí concibió la idea de transferir el bien a la que sería su fundación, escenario que señaló, le sugirió Angie Carolina Jiménez. Última que refirió, que ayudó a materializar sus deseos, esto, a efectos de que la “casa” fuera transferida a nombre de la persona jurídica demandada, prestándole su gestión en tal actuación.

Es más, el testigo Luis Alberto González reseñó que se enteró de la donación por cuenta del actor, pues según aquél, Angie Carolina Jiménez le sugirió que por precaución su bien estaría más seguro en la mentada fundación. Finalmente, Claudia Lucía Rojas Bernal resaltó que asesoró a

Domingo Izquierdo sobre las formas de transferir una inmueble, entre ellas, la donación y sus implicaciones; sin embargo, que el accionante no estaba interesado en recibir contraprestación, por ello la figura acogida fue la donación (Derivado 94).

Si así son las cosas, se descarta la configuración de la simulación invocada, pues de los elementos de convicción advertidos, contrario a lo señalado, se observa el propósito del actor en transferir el predio a título de donación a la Fundación para el Desarrollo y Conservación del Arte Maestro Domingo Izquierdo, la que por demás, según se mencionó, tenía por objeto promocionar el arte y favorecer las “comunidades en la costa (...) negros africanos” (Derivado 060).

9.2.- Ahora, en lo que toca a la existencia o no del contrato de hipoteca según Escritura Pública No. 00765 del 21 de febrero de 2021, específicamente, en virtud del cual esa fundación constituyó gravamen hipotecario sobre el 6.4% de ese bien inmueble, cumple señalar que:

9.2.1.- Vislumbra la Colegiatura que Domingo Izquierdo se encuentra legitimado en la causa para impugnar dicha convención por la vía señalada, comoquiera que: i). Es el titular del 93,6% del predio cuya cuota parte fue hipotecada; y, ii). Según se adujo, transfirió por donación la porción correspondiente al 6.4% de ese bien para salvaguardar su patrimonio, de suerte que, la efectividad de la garantía real redundaría en la disminución de sus activos. Incluso, se adujo que tenía en arriendo parte de ese bien.

9.3.- En este punto, desciende la Sala a la valoración de las pruebas recaudadas en el proceso. En efecto, es de resaltar que al tenor de lo dispuesto en el canon 280 del Código General del Proceso, no se advierte el denominado concierto simulatorio entre la Fundación para el Desarrollo y Conservación del Arte Maestro Domingo Izquierdo y el demandado Fabio Juan de Jesús Cortés, es decir la colaboración entre esos contratantes para crear un acto aparente.

En términos de la H. Corte Suprema de Justicia:

«La simulación, amén de exigir para su estructuración una divergencia entre la manifestación real y la declaración que se hace pública, requiere insoslayablemente del concierto simulatorio entre los partícipes, esto es, de la colaboración de las partes contratantes para la creación del acto aparente (...).

Esta última exigencia no es de difícil comprensión si se considera que un contrato no puede ser simultáneamente simulado para una de las partes y verdadero para la otra, de manera que si uno de los partícipes oculta al otro que al negociar tiene un propósito diferente del expresado, esto es, si su oculta intención no trasciende su fuero interno, no existe otra cosa que una reserva mental por parte suya (propósito in mente retenti), insuficiente desde luego para afectar la validez de la convención, o para endilgar a la misma efectos diferentes de los acordados con el otro contratante que de buena fe se

atuvo a la declaración que se le hizo (...).

En el punto, ha expresado la Corte cómo “no ofrece duda que el proceso simulatorio exige, entonces, la participación conjunta de los contratantes y que, si así no ocurre, se presentaría otra figura, como la reserva mental, que no tiene ninguna trascendencia sobre la validez y fuerza vinculante del negocio jurídico celebrado en esas condiciones (...). Poco interesa que la simulación sea absoluta o relativa, pues en una y otra se requiere del mencionado acuerdo, comoquiera que la creación de una situación jurídica aparente, distinta de la real, supone necesariamente un concurso de voluntades para el logro de tal fin.

De suerte que si no hay acuerdo para simular, no hay simulación. El deseo de una de las partes, sin el concurso de la otra de emitir una declaración que no corresponde a la verdad, no pasa de ser, como antes se afirmó, una simple reserva mental, fenómeno distinto a la simulación” (G.J. t. CLXXX, Cas. Civ., sent. de enero 29 de 1985, pág. 25)» (CSJ SC, 16 dic. 2003, rad. 7593; reiterada en CSJ SC SC4829-2021, 2 nov.)”⁵.

Y esto es así, aun cuando Angie Carolina Jiménez hubiere enviado mensajes vía correo electrónico al demandante, indicándole que procedería a “retirar” la respectiva anotación -hipoteca- (fl 79, 001CuadernoEscaneado.pdf), pues lo cierto es, que no hay elementos de juicio que permitan colegir que Fabio Juan de Jesús Cortés Rodríguez fue parte de un negocio aparente o ficto. De un lado, no se advierte la confesión del citado, pues en la diligencia de interrogatorio de parte, manifestó que conoció a la primera en calidad de Representante Legal de la varias veces citada fundación el día que firmó la respectiva escritura. Agregó, que la hipoteca se constituyó por \$50’000.000.00 con un interés mensual “me parece” del 2%, mas sólo fueron cancelados dos meses que se descontaron directamente del capital. Precisó, incluso, que no conocía personalmente al actor y tampoco el predio, puesto que la gestión la realizó Inversiones Clavijo. En ese camino, ilustró que entregó el dinero a Gonzalo Clavijo, y entre otras, resaltó que la “oficina” se encarga de hacer las gestiones de cobro (derivado 60).

Finalmente, el mencionado Señor Clavijo en su declaración sostuvo que no conocía al demandante, pues el cliente era la fundación, así pues, que estudió los respectivos soportes, máxime si la persona jurídica figuraba como propietaria del inmueble en cuestión. En esa tónica, resaltó que se verificaron las facultades de la representante legal suplente y se formalizó la negociación. Agregó, que conoce a Angie Carolina Jiménez pues acudía a la Notaría 9ª de Bogotá, entre otros negocios, por tanto, consideró viable el préstamo, amén de señalar que reconoce el trabajo profesional de los funcionarios de dicha notaria.

Continuó el testigo indicando que la última le solicitó un préstamo por \$50’000.000, pues adujo que la fundación necesitaba recursos

⁵ Cfr. C.S.J. Sal. Cas. Civ. Sent. 11 de julio de 2022. Rad. 05001-31-03-001-2007-00527-01. SC1960-2022.

y era necesario girarle dinero a Domingo Izquierdo, así las cosas, visitó el inmueble y le entregó el dinero a Angie Carolina. Enfatizó en que no sabía en qué se había invertido.

Para rematar, sostuvo que el dueño del dinero es el demandado Fabio Juan de Jesús Cortés, es más, que al tratarse de una hipoteca abierta solo registraron \$15'000.000 en la escritura. Sobre la entrega de dineros, adujo que se pagaron unos impuestos del inmueble, los gastos de la notaría, beneficencia y registro, primer mes de intereses, honorarios, entre otros, así, entregó \$8'000.000, después, el 24 de febrero de 2017 “como \$10'000.000”, y finalmente, el excedente, el 16 de marzo de esa misma anualidad. Por tanto, fueron autenticados 3 pagarés por 15, 25 y 10 millones de pesos. Y que, a propósito del incumplimiento en el pago, se inició el proceso judicial correspondiente, entre otras. (Mins. 1'00:00 y ss. Derivado 96).

Puestas así las cosas, no se advirtió la simulación absoluta solicitado y referente a los dos negocios enunciados.

10.- Decantado lo anterior, desciende la Sala al examen de las pretensiones segundas subsidiarias, relativas a la configuración de un enriquecimiento sin causa con ocasión de los negocios que se discuten en esta instancia.

10.1.- Adviértase que toda obligación, sin excepción, responde a un motivo, una razón de ser (*sine causa nulla obligatio*); debe su vida, en una palabra, a cuando menos una de las fuentes de las obligaciones. Las personas resultan obligadas, ya porque contratan, ora porque manifiestan válidamente una declaración de voluntad, bien porque incurren en un hecho ilícito, entre otras, no obstante, la doctrina ha agregado otra especie: el enriquecimiento ilícito.

Igualmente, se tiene que desde el derecho antiguo figuraba el principio de que nadie podía enriquecerse a expensas de otro injustamente. La ley romana ideó diversos medios para impedirlo, de los cuales fue la “*actio in rem verso*” la acción adoptada por la doctrina universal, coincidente por su origen y alcance con aquella.

10.2.- Así mismo, la jurisprudencia de antaño ha sido uniforme al indicar que la teoría en estudio es aplicable a los litigios en los que se demuestre que el patrimonio de una de las partes sufrió mengua por la ejercicio ilegal o injusto de otro contratante o de un tercero que se enriqueció a expensas suyas. Y desde esa época se sentó como principio orientador de la diferencia que existe entre esta acción de *in rem verso* con aquella establecida “para pedir la repetición del pago de lo no debido y a la que nace de los hechos ilícitos”, de ahí que, presentado dicho fenómeno surge a favor de la persona empobrecida una pretensión restitutoria encaminada a restablecer la integridad de su patrimonio con referencia al de su contraparte.

De otra parte, en punto de la acción referida, tanto la jurisprudencia como la doctrina, uniformemente han señalado que ese

remedio subsidiario constituye un recurso “in extremis” para afrontar un problema de justicia conmutativa atendida la circunstancia de mediar un personal empobrecimiento, habilitándose así la posibilidad de obtener la restitución de aquello en que el primero resultó enriquecido o expresado en otros términos, desplazamiento de valores que produzca un incremento patrimonial en determinado sujeto a costa del patrimonio de otro, consumado de una manera apenas en apariencia conforme a derecho, pero en el fondo desprovisto de justificación, que pueda servirle de base y que, por lo tanto, le atribuye al perjudicado la condigna acción de reembolso, a condición eso sí, de que se interponga en subsidio de toda otra acción (sentencia de junio 9 de 1971 C. S. J.).

En definitiva, para la prosperidad de la misma es menester la concurrencia de los siguientes supuestos axiológicos: a) que haya habido un enriquecimiento; b) un empobrecimiento correlativo; c) es preciso que ese enriquecimiento haya sido injusto o sin causa; d) es preciso que el enriquecimiento no haya tenido ningún otro medio para obtener satisfacción, puesto que la acción de in rem verso tiene un carácter esencialmente subsidiario; y e) por último esta acción no puede jamás ejercitarse contra una disposición imperativa de la ley, la falta de uno de ellos da al traste con la acción.

11.- Al amparo de las orientaciones que preceden se adentrará la Sala en el estudio de los requisitos a los que se ha hecho alusión, con el propósito de determinar si están cumplidos los mismos respecto de cada una de las convenciones y, por ende, la actio in rem verso se encuentra llamada a prosperar, dejando en claro que esos elementos, se itera, son concurrentes, es decir, que la ausencia de uno de ellos conlleva automáticamente a la negativa de las pretensiones de la demanda, sin que resulte necesario acometer el análisis de los demás.

11.1.- Concretamente, en punto al contrato de donación del 6.4% el predio identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-1277059, de entrada, y sin mayores disquisiciones, no se advierte un empobrecimiento del accionante, en la medida que, sólo se trató de la donación de una cuota parte, reservándose el dominio del predio restante.

*Recordemos que, “La naturaleza del contrato que registra la donación entre vivos, implica el acuerdo de voluntades, o sea, la oferta de gratuidad hecho por el donante y la aceptación hecha por el donatario a la oferta de aquél. Si no existe este ajuste de voluntades, no se configura el contrato **gratuito** de que se viene hablando, pues como tiene sentada la doctrina de la Corte, esta especie de convención ‘exige el concurso de voluntades de donante y donatario, porque sin la aceptación de éste la sola voluntad liberal del primero constituye únicamente una oferta y no convenio de gratuidad’ (Casación Civil 16 de junio de 1975, aún no publicada)”. (CSJ., Cas. Civil. Sent. oct. 30/78).*

Además, no se advierte la consolidación de dicha figura, comoquiera que la donación es de naturaleza gratuita, esto, acorde con

lo dispuesto en el artículo 1497 del Código Civil, pues solo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, precisamente con ocasión de dicha convención. Si así son las cosas, fácil se concluye que no se reúnen los requisitos aludidos.

11.2.- Finalmente, tampoco se configura respecto del contrato de hipoteca constituido mediante según Escritura Pública No. 00765 del 21 de febrero de 2021 corrida en la Notaría 9ª del Círculo de Bogotá, en la medida que no se probó el empobrecimiento o enriquecimiento de la fundación demandada; incluso, el empobrecimiento o enriquecimiento del acreedor hipotecario. Al respecto, téngase que la hipoteca se constituyó en aras de garantizar el cumplimiento de unas obligaciones, esto es, del pago de unos dineros que, según se adujo, fueron recibidos por Angie Carolina Jiménez.

12.- En este punto, cumple señalar que ningún razonamiento se efectuará en punto al numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia, comoquiera que no fue motivo de inconformidad, incluida la objeción al juramento estimatorio.

13.- Por lo expuesto, se modificarán los numerales primero, segundo, tercero y cuarto de la sentencia apelada. En lo que toca al numeral primero, se declarará la nulidad absoluta de la donación realizada el 1º de agosto de 2016 mediante Escritura Pública No. 4579 corrida en la Notaría 9ª del Círculo de Bogotá, con la consecuente restitución del predio con folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-1277059 en un porcentaje del 93.6% del total de 100%, en ese orden, el numeral segundo se modificará para declarar la nulidad absoluta de la hipoteca abierta que fuera constituida en virtud de la Escritura Pública No. 00765 del 21 de febrero de 2017, en lo que exceda al 6.4% del predio, adicionalmente, se modificará el numeral tercero, a fin de precisar que el bien deberá retornar jurídicamente al demandante en un porcentaje correspondiente al 93.6%. Finalmente, en el numeral cuarto se ordenará oficiar a la Notaría 9ª del Círculo de Bogotá como a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de la misma ciudad, para que tome atenta nota de las determinaciones que en esta providencia se adopten, y a efectos de que proceda a realizar las aclaraciones del caso.

Consecuentemente, se condenará en costas a la parte recurrente ante la improsperidad de los argumentos que sustentaron la alzada

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

1.- MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia de 1ª de junio de 2023 proferida por el Juzgado Cuarenta Civil del Circuito de Bogotá, el cual quedará como sigue: “**DECLARAR** que la donación realizada el 1º de agosto de 2016 mediante Escritura Pública No. 4579 de la data señalada, corrida en la Notaría 9ª del Círculo de Bogotá, es nula en lo que exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales del año 2016. Esto es, dicho acto jurídico es válido hasta por la suma de \$34.472.700.00, que corresponde al 6.4% del predio, siendo nula la donación sobre el 93.6 % restante del inmueble con folio de matrícula No. 50C-1277059, que para el año 2016 correspondía a \$502'293.300.00”.

2.- MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la decisión impugnada el cual quedará como sigue: “**DECLARAR** que la hipoteca constituida sobre el predio con folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-1277059, mediante Escritura Pública No. 00765 del 21 de febrero de 2017 de la Notaría 9ª del Círculo de Bogotá es nula en lo que exceda a la cuota parte correspondiente al 6.4% de dicho inmueble, por las razones expuestas en esta providencia”.

3.- MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la sentencia de primera instancia, el cual quedará como sigue: “**ORDENAR** en consecuencia, que el inmueble con folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-1277059 retorne jurídicamente al señor Domingo Izquierdo en la proporción señalada líneas atrás -93.6%-”.

4.- MODIFICAR el numeral **CUARTO** del fallo impugnado, el cual quedará como sigue: “**ORDENAR** oficiar a la Notaría 9ª del Círculo de Bogotá para los efectos previstos en el Decreto 960 de 1970 y demás normas concordantes, y a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá D.C. -Zona Centro-, para que procedan a hacer las aclaraciones y/o notas del caso en punto a las anotaciones 20 y 21 del folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-1277059”.

5.- CONFIRMAR en todo lo demás la decisión de primer grado.

6.- CONDENAR a los recurrentes en costas de esta instancia.

6.1.- De conformidad con lo previsto en el numeral 4º del artículo 365 del Código General del Proceso, en la liquidación de costas causadas en segunda instancia, inclúyase a cargo de cada uno de los extremos apelantes y en favor de la contraparte, como Agencias en Derecho la suma de **\$ 1'000.000.00**. Para la elaboración de la misma síganse las reglas previstas en dicha norma.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
MAGISTRADA

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA
MAGISTRADA

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: **06252a92aad3b508a37b5eb5de8c47c30b189876cae12386a1f0375d26f0619e**

Documento generado en 27/10/2023 10:27:29 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**

**ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada Ponente**

(Rad. n°. 11001-31-03-041-2011-00550-08)

Bogotá D.C., octubre veintisiete (27) de dos mil veintitrés (2023)

Examinado el diligenciamiento se observa que, en escrito remitido vía electrónica el 21 de febrero de 2023, la parte apelante presentó ante el A quo, los reparos debidamente sustentados contra la sentencia de distribución proferida el 17 de febrero de 2023 por el Juez 51 Civil del Circuito de la ciudad.

Por lo anterior, se dispone:

De la sustentación expuesta por el apelante en primera instancia, córrase traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días.

Vencido el término interior, ingrese el expediente para continuar con el trámite que en derecho corresponda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada**

Firmado Por:

Adriana Saavedra Lozada

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 001 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: **7ebc0eed9ccf49d95227b0a9c5d0b0a6f85d9b46212a100583914fa14e6907ca**

Documento generado en 27/10/2023 10:20:06 AM

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., veintisiete (27) de octubre de dos mil
veintitrés (2023).

ACCIÓN POPULAR instaurada por LIBARDO
MELO VEGA contra la SOCIEDAD COMERCIALIZADORA
INTERNACIONAL AGRÍCOLAS UNIDAS S.A. C.I. AGROUNIDAS S.A. y
OTRA. EXP. 041-2020-00308-01.

MAGISTRADO PONENTE: JORGE EDUARDO
FERREIRA VARGAS.

Discutido y aprobado en Salas de Decisión del 20 de
septiembre y 25 de octubre del 2023.

Decide el Tribunal el recurso de apelación
interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 31 de julio de 2023,
proferida en el Juzgado Cuarenta y Uno Civil del Circuito de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1.- El señor Libardo Melo Vega entabló demanda de acción popular en contra de la Sociedad de Comercialización Internacional Agrícolas Unidas S.A. C.I. Agrounidas S.A. y Koba Colombia S.A.S. pretendiendo se declare que las convocadas en la fabricación y comercialización del producto Jugo de Mandarina marca TREE FRUTS de contenido neto 1 LITRO identificado con REGISTRO SANITARIO RSAA12I51111, han violado los derechos colectivos de los consumidores consagrados en el art. 78 de la Constitución Política de Colombia, literal n del art. 4° de la Ley 472 de 1998, Ley 1480 de 2011 y reglamentos técnicos aplicables tales como la Resolución 333 de 2011, Resolución 5109 de 2005, Resolución 2674 de 2013 y demás normas aplicables, por tanto, se les ordene: **(i)**. Incluir en la cara principal de exhibición del rótulo o etiqueta, junto al nombre del alimento, en forma legible a visión normal, las palabras o frases adicionales necesarias para evitar que se induzca en error o engaño al consumidor con respecto a la naturaleza y condición física auténtica del alimento, informando el tipo de tratamiento al que ha sido sometido; **(ii)**. La adecuación del rotulo o etiqueta del producto cumpliendo todas las exigencias impuestas por los reglamentos técnicos aplicables; **(iii)**. Abstenerse de fabricar y comercializar el producto que no cumpla con todas las exigencias impuestas en los reglamentos técnicos aplicables y/o que trasmita en su etiqueta

información falsa, imprecisa y engañosa a los consumidores; **(iv)**. Retirar del mercado el jugo de mandarina que haya sido puesto en circulación violando los reglamentos técnicos y demás normas aplicables”. Finalmente, **(i)** Prevenir a la parte accionada para que a futuro no vuelva a incurrir en conductas como las que dieron origen a la presente acción respecto del producto jugo de mandarina marca TREE FRUTS de contenido neto 1 litro identificado con registro sanitario RSAA12I51111; **(ii)** Condenarlas al pago de las costas; **(iii)** “De acuerdo con el Art. 42 de la Ley 472 de 1998 (Conc. C. de P. C., arts. 519, 687), que se le ordene a cada una de las accionadas otorgar garantía bancaria o póliza de seguros identificando al accionante como beneficiario (Conc. C.P.C. ART 519, 687 y Cod. Comercio), por el monto que el señor juez decida, la cual se hará efectiva en caso de incumplimiento a lo ordenado en la sentencia”; y, **(iv)** “Que se les condene al pago de perjuicios en favor de la entidad pública no culpable que tenga a cargo la defensa de los derechos e intereses colectivos de los consumidores violados por la accionada (Art. 34 de la Ley 472 de 1998)”.

2.- Las súplicas se edifican en los hechos que enseguida se sintetizan¹:

2.1.- La Sociedad de Comercialización Internacional Agrícolas Unidas S.A. C.I. Agrounidas S.A. produce y envasa el producto Jugo de Mandarina marca TREE FRUTS de contenido neto 1 litro, identificado con registro sanitario SRAA12I51111, producto que es comercializado masivamente -nivel nacional- en los almacenes de la sociedad Koba Colombia S.A.S.

2.2.- “En las etiquetas y rótulos del producto que nos ocupa, la accionada transmite a los consumidores información falsa, insuficiente, imprecisa y engañosa, mediante leyendas, declaraciones e indicaciones con las que tiene la potencialidad de inducir a error a los consumidores en cuanto a las verdaderas características de este producto, violando los reglamentos técnicos y leyes aplicables”.

2.3.- Se observa como la sociedad que lo produce “incluye junto al nombre del alimento la palabra ‘FRESCO’ en forma resaltada y legible a visión normal, conducta con la que presenta y describe el producto de una forma falsa, equivoca y engañosa, pues la accionada a la vez OMITE mencionar de una forma precisa, exacta y por su nombre, el tratamiento al cual ha sido sometido el producto, que es PASTEURIZACIÓN, como ya se indicó. Es decir, en lugar de la palabra ‘FRESCO’ debería indicarse que el producto es PASTEURIZADO”.

3.- El reparto correspondió al Juzgado 41 Civil del Circuito de Bogotá quien por auto de 4 de noviembre de 2020 admitió la demanda, ordenando notificar a las accionadas y comunicando el libelo al Ministerio Público, Procurador Judicial para Asuntos Civiles, Superintendencia de Industria y Comercio e Invima.

¹Derivado 03EscritoDemanda.pdf.

3.1.- La sociedad Koba Colombia S.A.S., por intermedio de su apoderada judicial, realizó varias consideraciones en punto al trámite constitucional, contestó la demanda, se opuso a las pretensiones y postuló los medios exceptivos denominados: **i).** “Inexistencia de la vulneración, daño, amenaza actual contra derechos colectivos alegados”; **ii).** “Insuficiencia probatoria”; y, **iii).** “Demanda temeraria y actuaciones de mala fe”; (026Contestación-AP2020-00308-106-95-firmado.pdf).

3.2.- La Superintendencia de Industria y Comercio informó que no era competente respecto de la información del producto “que se exhibe en el etiquetado, rotulado y empaquetado (...), toda vez que su aprobación, vigilancia y control los tiene a cargo el INVIMA y el sector de la salud” (028PoderAnexos.pdf). Adicionalmente, se refirió frente a los hechos, las súplicas de la demanda y propuso los medios de defensa denominados: **i).** “Funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio”; y **ii).** “Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de protección al consumidor” (029Contestacióndemanda.pdf).

3.3.- La Sociedad de Comercialización Internacional Agrícolas Unidas S.A. C.I. Agrounidas S.A., por intermedio de abogada, contestó la demanda, se opuso a las pretensiones y postuló las excepciones denominadas: **i).** “Inexistencia de la vulneración, daño, amenaza actual contra los derechos colectivos alegados”; **ii).** “Insuficiencia probatoria”; y, **iii).** “Demanda temeraria y actuaciones de mala fe”, además, se pronunció frente a la petición de medidas cautelares (050ContestaciónAcción Popular.pdf).

3.4.- En virtud del oficio SIGDEA E-2020-66791 se pronunció el Procurador 12 Judicial II para Asuntos Civiles (59ConceptoProcuraduria.pdf).

3.5.- Mediante auto de 7 de junio de 2022 se fijó fecha para audiencia de que trata el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, en cuya materialización se declaró fracasada el día 8 de julio de esa anualidad.

3.6.- En auto de 6 de febrero de 2023 se dio apertura al debate probatorio y posteriormente traslado de alegatos, auto de 5 de mayo de 2023.

3.7.- En sentencia del 31 de julio de 2023 se negaron las pretensiones de la demanda, se declararon probadas las excepciones tituladas: “Inexistencia de la vulneración, daño, amenaza contra los derechos colectivos alegados” e “Insuficiencia probatoria”, y, por último, no probada la defensa: “Demanda temeraria y actuaciones de mala fe”.

4.- Contra esa determinación el extremo actor propuso recurso de apelación que ahora se analiza.

EL FALLO CENSURADO

5.-. La Jueza a-quo encontró cumplidos los presupuestos procesales, en ese camino, se refirió a las generalidades de la acción popular, para luego descender al estudio el problema jurídico. En ese orden, precisó: *“Corresponde al Despacho establecer si con el rotulado o declaraciones impuestas en el empaque del producto ‘JUGO DE MANDARINA marca TREE FRUTS de 1 litro de contenido, identificado con el Registro Sanitario RSAA12I51111’, se vulneran los derechos de los consumidores consagrados en el literal n) del art. 4º de la Ley 472 de 1998, el art. 78 de la Constitución Política de Colombia, la Ley 1480 de 2011, y en las Resoluciones Nos. 5109 de 2005, 333 de 2011 y 2674 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social o si, por el contrario, se acreditan los requisitos legales para tener por configuradas las excepciones de mérito formuladas por las sociedades accionadas”*.

Más adelante, concluyó: “De la revisión del material probatorio arrimado al proceso, fácilmente se infiere que NO existen elementos de juicio que permitan concluir que es procedente en este caso proferir sentencia que ampare los derechos que según el demandante han sido vulnerados, pues este incumplió la carga procesal de demostrar la vulneración que pregona en la demanda, y, por el contrario, las pruebas arrimadas, que fueron practicadas a solicitud de la parte demandada y las decretadas de oficio por esta Funcionaria, al ser valoradas en forma conjunta, permiten inferir razonablemente la ausencia de agravio a derecho colectivo alguno (...)”.

“Del libelo introductorio, se extrae que el ejercicio de la acción es esencialmente, porque en el rótulo del producto contiene la declaración ‘FRESCO’ y omite la declaración: ‘PASTEURIZACIÓN’, la cual considera el accionante como necesaria para mostrar al consumidor el tipo de tratamiento al que fue sometido el producto, analizando la situación de cara a las Resoluciones Nos. 5109 de 2005, 333 de 2011 y 2674 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social”. “No obstante, se tiene que la imposición de la palabra ‘FRESCO’ y la omisión de la declaración ‘PASTEURIZACIÓN’ en el empaque del producto, no contraviene la normatividad aplicable a la materia”, esto, a tono con la visita que realizó el INVIMA a la Sociedad de Comercialización Internacional Agrícolas Unidas CI Agrounidas S.A., amén de las declaraciones de los Ingenieros de Alimentos Solanye Bravo Pereira y Carlos de Castro como la del representante legal de dicha sociedad.

Agregó, que de acuerdo a los “alegatos de conclusión allegados por el accionante, surge evidente que finca su argumento en lo consignado en la Ficha Técnica del producto expedida por el Invima allegada a PDF 20 del expediente (“FORMATO ÚNICO DE ALIMENTOS REGISTROS SANITARIOS o PERMISO SANITARIO o NOTIFICACIÓN SANITARIA Y TRÁMITES ASOCIADOS”), la cual, revisada en lo pertinente, indica en su literal G, numeral 6, que el producto se sometió a un: “Tratamiento térmico (59°C / 20 segundos ó Pasteurización a temperatura 80°C / 30 segundos)”; no obstante, el producto no es pasteurizado, puesto que es sometido a proceso térmico de *“máximo 59° C (...)”*.

Resaltó, “(e)s preciso recordar que la finalidad de esta acción es determinar si las declaraciones dejadas en la etiqueta del producto y su respectivo proceso de producción vulnera o no los derechos fundamentales de los consumidores, de cara a la respectiva reglamentación, mas no auscultar en la literalidad de un documento técnico que a la postre no contradice tampoco lo advertido por el Invima en la respectiva visita técnica adelantada con ocasión de esta Acción Constitucional. En todo caso, de surgir la necesidad de alguna aclaración relativa al diligenciamiento del formato, tal actividad no es procedente a la luz de lo dispuesto en la Ley 472 de 1998, no siendo procedentes ahondar sobre el particular”.

Finalmente, puntualizó: “(...) ante la falta de prueba de la vulneración que se alega en la demanda, y al no haberse probado que el rotulado y las declaraciones impuestas en el empaque del producto comprometa los derechos e intereses colectivos referidos en la Ley 472 de 1998, aunado que quedó probado con la normatividad y el informe rendido por el INVIMA que las declaraciones del rotulado se ajustan a la respectiva reglamentación, tal acción ha de fracasar, y por ello no hay lugar a acceder a sus pretensiones, las cuales por consiguiente serán resueltas en forma adversa”.

En punto a la temeridad aludida por la pasiva, refirió que “(...) si bien el accionante interpuso la Acción Popular sin allegar soporte probatorio de sus manifestaciones, lo cierto es que esta circunstancia por sí sola no puede configurar la temeridad ni la mala fe al momento de su radicación, pues antes de entrar a analizar si se cumple alguno de los requisitos dispuestos en el artículo 79 del C.G.P.4, lo que se debe desvirtuar es el principio de la buena fe en favor del accionante, lo que no hicieron las accionadas al momento de excepcionar”.

EL RECURSO DE ALZADA

6.- La parte demandante inconforme con la decisión pronunciada en primera instancia interpuso recurso de apelación, bajo los siguientes argumentos:

- La sentencia incurre en una indebida valoración probatoria, omitió analizar el material aportado en su conjunto bajo las reglas de la sana crítica. Elementos que dan cuenta de la violación de normas sanitarias, tales como las Resoluciones Nos. 5109 de 2005 y 2674 de 2013, desconociendo los derechos de los consumidores.

“La señora juez no tuvo en cuenta pruebas tales como todas las fotografías obrantes en el proceso, las cuales no fueron tachadas de falsas en momento alguno por la defensa, tampoco tuvo en cuenta todos los documentos obrantes en el proceso y tampoco analizó las demás pruebas bajo las reglas de la sana critica de forma imparcial (...)”.

- “La señora juez inexplicablemente le dio total validez a un testimonio a pesar de que las demás pruebas aportadas por el actor y demás pruebas recaudadas (fotografías y demás documentos), demuestran que la parte accionada viola normas sanitarias tales como la resolución 5109 de 2005 y resolución 2674 de 2013, transmitiendo información imprecisa e insuficiente a los consumidores”. Además, la accionada mediante las manifestaciones de sus apoderados y demás pruebas “aportadas” confesó y aceptó que el producto sí es sometido a un tratamiento térmico que no es informado a los consumidores.

- El concepto del Invima desde ningún punto de vista es un acto administrativo con presunción de legalidad, por el contrario, “es una simple apreciación de un funcionario no vinculante para el juez, concepto que es contrario a lo que ordena la resolución 5109 de 2005, y que además, es contrario a lo que demuestran las demás pruebas obrantes en el proceso”.

- “El despacho OMITIÓ tener en cuenta y aplicar normas de rango e importancia constitucional que protegen los derechos colectivos de los consumidores a recibir información clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea”.

- “La señora juez omitió tener en cuenta y aplicar en debida forma las normas aplicables al caso invocadas en la demanda, tales como la resolución 5109 de 2005, resolución 2674 de 2013, Ley 1480 de 2011, artículo 78 de la Constitución Política de Colombia y demás normas aplicables, llegando a soportar su decisión en normas no aplicables al caso, ni invocadas por la actora”.

- La juzgadora de primera instancia soslayó la jurisprudencia aplicable.

- “La señora juez OMITIÓ emitir un fallo ultra petita y extra petita, en aras de lograr una protección integral y efectiva de los derechos colectivos de los consumidores, otorgando una protección que, de ser el caso, desbordara lo solicitado por la parte actora, incluso tomando medidas adicionales no previstas en la demanda, las cuales se estimaran suficientes e idóneas para el amparo de los derechos colectivos de los consumidores, a pesar de que se le solicitó respetuosamente emitir un fallo en tal sentido, teniendo en cuenta que en el curso del proceso quedó en evidencia que el producto SÍ es sometido a un tratamiento térmico que NO es informado a los consumidores, es decir, quedó en evidencia que la parte accionada atenta contra los derechos colectivos de los consumidores a recibir protección contra la publicidad engañosa y a que se les suministre información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea”.

- “El despacho omitió tener en cuenta que la sociedad que comercializa el producto objeto de la acción es igualmente responsable por los hechos denunciados, conforme a las normas aplicables”.

6.1.- Por auto adiado 14 de agosto de 2023 se concedió la alzada en efecto suspensivo.

7.- Así mismo, por auto adiado 12 de septiembre de la presente anualidad se ordenó correr el traslado previsto en las Leyes 2213 de 2022 y 472 de 1998.

7.1.- A través de escrito enviado por correo electrónico a la Secretaría de este Tribunal el apelante -convocante- sustentó en debida forma sus reparos.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

8.- Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico procesal, no hay duda que se encuentran reunidos y como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se impone emitir fallo de mérito que decida la controversia.

9.- Desde la promulgación de la Constitución Política de 1991 en el artículo 88 se consagró la **acción popular**, como mecanismo para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella; luego la Ley 472 de 1998 desarrolló ese precepto constitucional al consagrar en el artículo 1º que el objeto es regular las acciones populares y las de grupo que trata la norma constitucional en cita, orientadas a garantizar la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos.

De la interpretación del primer articulado puede decirse que la Carta Política creó dos clases de acciones populares: una con **finés concretos o específicos** otorgada a una o varias personas dentro de la comunidad, para defender los derechos e intereses allí indicados de todo ese conglomerado (inciso primero); y, otra llamada por la jurisprudencia “**de grupo o de clase**” que se encuentra en cabeza de cualquier miembro del grupo, para reclamar la indemnización por un perjuicio inferido a “un número plural de personas” (inciso segundo).

Adviértase que la Constitución de 1991 no distingue como lo hace la doctrina, entre **intereses colectivos** e **intereses difusos**, para restringir los primeros a un grupo organizado y los segundos a comunidades indeterminadas, pues ambos tipos de intereses se entienden comprendidos en el término “colectivos”. Las acciones populares protegen a la comunidad en sus derechos colectivos y por lo mismo, pueden ser promovidas por cualquier persona a nombre de la comunidad cuando ocurra un daño a un derecho o interés común.

Las acciones populares no son extrañas al ordenamiento jurídico colombiano. Primeramente, surgieron como acciones populares y ciudadanas con fines abstractos, en cuanto buscaban la defensa de

la legalidad y la constitucionalidad de los actos jurídicos de carácter legislativo y administrativo. Luego, como acciones populares con fines concretos, en virtud del interés colectivo de un sector de la comunidad que se busca defender de los poderes del Estado, de la administración pública y de los fuertes grupos económicos.

En el Código Civil, se regulan acciones populares que se agrupan en: i) **Protección de bienes de uso público** (entre otros artículos 1005, 1006, 2007, 2358 y 2360), dirigidas a preservar la seguridad de los transeúntes y el interés de la comunidad respecto de obras que amenacen causar un daño; y, ii) **Acción por daño contingente** (artículos 2359 y 2360), que puede derivarse de la comisión de un delito, la imprudencia o negligencia de una persona, que pongan en peligro a personas indeterminadas.

Enseña la Ley 472 de 1998 que las acciones populares son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos, las que se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible (artículo 2º).

Esa misma normatividad en su artículo 4º define como derechos e intereses colectivos los que siguen:

- a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;
- b) la moralidad administrativa;
- c) la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;
- d) el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;
- e) La defensa del patrimonio público;
- f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación;
- g) La seguridad y salubridad públicas;
- h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública;
- i) La libre competencia económica;
- j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna;
- k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos;
- l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente;
- m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de

manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes;

n) Los derechos de los consumidores y usuarios.

Igualmente, son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia.

PARÁGRAFO. Los derechos e intereses enunciados en el presente artículo estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente ley (artículo 4º) (El resaltado no es original).

10.- Del petitum y de la causa petendi en que se apoya aquél, se infiere que la acción intentada por el extremo actor es la popular consagrada en el artículo 88 de la Carta Política y la Ley 472 de 1998, pretendiendo se le ordene a las accionadas incluir en la cara principal de exhibición rótulo o etiqueta del producto Jugo de Mandarina marca TREE FRUTS de contenido neto 1 LITRO identificado con REGISTRO SANITARIO RSAA12I51111 , junto al nombre, de forma legible a visión normal, las palabras o frases adicionales necesarias para evitar que se induzca en error o engaño al consumidor respecto de la naturaleza y condición física auténtica del alimento, informando el tipo de tratamiento al que ha sido sometido, por tanto, adecuar el rotulo o etiqueta bajo las exigencias impuestas por los reglamentos técnicos vigentes.

11.- En ese contexto y para entrar en materia, es de memorar que la protección al consumidor está consagrada, igualmente por los artículos 78 y 88 del mismo Supremo Ordenamiento Nacional, y en la primera de las mencionadas normas se establece que la “(...) ley regulará ... la información que debe suministrarse al público en la comercialización de bienes y servicios”.

Así mismo, se contempla la responsabilidad de quienes en la “(...) comercialización de bienes y servicios atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios”.

Destaca la Sala, además, que las anteriores disposiciones, salvo expresa excepción legal, se aplican tanto a las personas que tengan la calidad de comerciantes, como a cualquier particular que concurra a desarrollar - dentro del mercado colombiano - la actividad de enajenación de bienes o servicios, pues esas son las características que dan a las normas constitucionales su naturaleza, esto es, aplicación igualitaria, general y prevalente.

12.- Trasuntado lo anterior, hácese necesario puntualizar que, atendiendo a lo dispuesto por el inciso 1º del artículo 328 del Código de los Ritos Civiles, el análisis de la Sala en sede del recurso de apelación interpuesto se circunscribirá a desatar las protestas elevadas contra la sentencia de primer grado, relativa a la indebida valoración de los elementos de convicción recaudados y el alcance de la decisión de la juez a quo.

Reza la normativa en cita que: “El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley (...)” (negritas fuera del texto original).

13.- Bajo ese escenario, para resolver resulta necesario traer a colación el contenido del artículo 1° del Estatuto del Consumidor –Ley 1480 de 2011-, según el cual:

“Esta ley tiene como objetivos proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos, en especial, lo referente a:

1. La protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y seguridad.

2. El acceso de los consumidores a una información adecuada, de acuerdo con los términos de esta ley, que les permita hacer elecciones bien fundadas.

3. La educación del consumidor.

4. La libertad de constituir organizaciones de consumidores y la oportunidad para esas organizaciones de hacer oír sus opiniones en los procesos de adopción de decisiones que las afecten.

5. La protección especial a los niños, niñas y adolescentes, en su calidad de consumidores, de acuerdo con lo establecido en el Código de la Infancia y la Adolescencia” Se resalta.

Adicionalmente, el numeral 1.3. del artículo 3° de la misma normatividad, prevé como derecho de los consumidores y usuarios el de “(...) recibir información: Obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación, así como sobre los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización, los mecanismos de protección de sus derechos y las formas de ejercerlos”.

Y, finalmente el canon 23 de la misma obra, desarrolla el contenido a la información mínima que debe brindarse respecto de un producto o servicio, en los siguientes términos:

“Los proveedores y productores deberán suministrar a los consumidores información, clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan y, sin perjuicio de lo señalado para los productos defectuosos, serán responsables de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información. En todos los casos la información mínima debe estar en castellano. (...)”.

13.1- En esa línea, la Resolución No. 5109 de 2005 *“Por la cual se establece el reglamento técnico sobre los requisitos de rotulado o etiquetado que deben cumplir los alimentos envasados y materias primas de*

alimentos para consumo humano”, expedida por el Ministerio de la Protección Social, entre otros ítems, prevé:

Artículo 4°. Requisitos generales. Los rótulos o etiquetas de los alimentos para consumo humano, envasados o empacados, deberán cumplir con los siguientes requisitos generales:

1. La etiqueta o rótulo de los alimentos no deberá describir o presentar el producto alimenticio envasado de una forma falsa, equívoca o engañosa o susceptible de crear en modo alguno una impresión errónea respecto de su naturaleza o inocuidad del producto en ningún aspecto.

2. Los alimentos envasados no deberán describirse ni presentarse con un rótulo o rotulado en los que se empleen palabras, ilustraciones u otras representaciones gráficas que hagan alusión a propiedades medicinales, preventivas o curativas que puedan dar lugar a apreciaciones falsas sobre la verdadera naturaleza, origen, composición o calidad del alimento. Si en el rótulo o etiqueta se describe información de rotulado nutricional, debe ajustarse acorde con lo que para tal efecto establezca el Ministerio de la Protección Social.

3. El rótulo o etiqueta no deberá estar en contacto directo con el alimento, salvo que el fabricante, envasador, empacador o reempacador obtenga ante el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, Invima, la correspondiente autorización, para lo cual los interesados deberán suministrar los estudios que avalen la seguridad de las tintas utilizadas y del papel o de cualquier otra base en la que se registre la información, de manera que no se altere ni afecte la calidad sanitaria o inocuidad de los productos alimenticios. Cuando sea del caso, el Instituto Nacional de Medicamentos y Alimentos, Invima, realizará los exámenes de laboratorio para verificar la conformidad de lo descrito en el presente numeral.

4. Los alimentos que declaren en su rotulado que su contenido es 100% natural no deberán contener aditivos.

5. Los alimentos envasados no deberán describirse ni presentarse con un rótulo o rotulado empleando palabras, ilustraciones o representaciones gráficas que se refieran o sugieran directa o indirectamente cualquier otro producto con el que el producto de que se trate pueda confundirse, ni en una forma tal que puede inducir al consumidor o comprador a suponer que el alimento se relaciona en forma alguna con otro producto.

6. Cuando utilicen representaciones gráficas, figuras o ilustraciones que hagan alusión a ingredientes naturales que no contiene el mismo y cuyo sabor sea conferido por un saborizante artificial, en la etiqueta o rótulo del alimento junto al nombre del mismo debe aparecer, la expresión “sabor artificial”.

Artículo 5°. Información que debe contener el rotulado o etiquetado. En la medida que sea aplicable al alimento que ha de ser rotulado o etiquetado; en el rótulo o etiqueta de los alimentos envasados o empacados deberá aparecer la siguiente información:

5.1. Nombre del alimento

5.1.1 El nombre deberá indicar la verdadera naturaleza del alimento, normalmente deberá ser específico y no genérico: a) Cuando se hayan establecido uno o varios nombres para un alimento en la legislación sanitaria, se deberá utilizar por los menos uno de esos nombres; b) Cuando no se disponga de tales nombres, deberá utilizarse una denominación común o usual consagrada por el uso corriente como término descriptivo apropiado, sin que induzca a error o a engaño al consumidor; c) Se podrá emplear un nombre “acuñado”, de “fantasía” o “de fábrica”, o “una marca registrada”, siempre que vaya junto con una de las denominaciones indicadas en los literales a) y b) del presente numeral, en la cara principal de exhibición.

5.1.2 En la cara principal de exhibición del rótulo o etiqueta, junto al nombre del alimento, en forma legible a visión normal, aparecerán las palabras o frases adicionales necesarias para evitar que se induzca a error o engaño al consumidor con respecto a la naturaleza y condición física auténtica del alimento que incluyan, pero no se limiten, al tipo de medio de cobertura, la forma de presentación, condición o el tipo de tratamiento al que ha sido sometido; tales como deshidratación, concentración, reconstitución, ahumado, etc.

5.2. Lista de ingredientes

5.2.1 La lista de ingredientes deberá figurar en el rótulo, salvo cuando se trate de alimentos de un único ingrediente.

a) La lista de ingredientes deberá ir encabezada o precedida por un título apropiado que consista en el término “ingrediente” o la incluya;

b) Deberán enunciarse todos los ingredientes por orden decreciente de peso inicial (m/m) en el momento de la fabricación del alimento;

c) Cuando un ingrediente sea a su vez producto de dos o más ingredientes, estos deben declararse como tales en la lista de ingredientes, siempre que vaya acompañado inmediatamente de una lista entre paréntesis de sus ingredientes por orden decreciente de proporciones (m/m). Cuando un ingrediente compuesto, para el que se ha establecido un nombre en la legislación sanitaria vigente, constituya menos del 5% del alimento, no será necesario declarar los ingredientes, salvo los aditivos alimentarios que desempeñan una función tecnológica en el producto acabado; d) En la lista de ingredientes deberá indicarse el agua añadida, excepto cuando el agua forme parte de ingredientes tales como la salmuera, el jarabe o el caldo empleados en un alimento compuesto y declarados como tales en la lista de ingredientes. No será necesario declarar el agua u otros ingredientes volátiles que se evaporan durante la fabricación;

e) Cuando se trate de alimentos deshidratados o condensados destinados a ser reconstituídos, podrán enumerarse sus ingredientes por orden de proporciones (m/m) en el producto reconstituído, siempre que se incluya una indicación como la siguiente: “INGREDIENTES DEL PRODUCTO CUANDO SE PREPARA SEGUN LAS INSTRUCCIONES

DEL ROTULO O ETIQUETA”.

5.2.2 Se declarará, en cualquier alimento o ingrediente alimentario obtenido por medio de la biotecnología, la presencia de cualquier alergeno transferido de cualquiera de los productos enumerados en el parágrafo del presente artículo. Cuando no sea posible proporcionar información adecuada sobre la presencia de un alergeno por medio del etiquetado, el alimento que contiene el alergeno no se podrá comercializar.

5.2.3 En la lista de ingredientes deberá emplearse un nombre específico de acuerdo con lo previsto en el numeral 5.1 sobre nombre del alimento, salvo cuando: a) Se trate de los ingredientes enumerados en el literal d) del numeral 5.2.1 de la lista de ingredientes, y b) El nombre genérico de una clase resulte más informativo. En este caso, podrán emplearse los siguientes nombres genéricos para los ingredientes que pertenecen a la clase correspondiente: (...)

c) No obstante lo estipulado en el literal a) del numeral 5.2.3. deberán declararse siempre por sus nombres específicos la grasa de cerdo, la manteca, la grasa de bovino y la grasa de pollo;

d) Cuando se trate de aditivos alimentarios de uso permitido en los alimentos en general, pertenecientes a las distintas clases, deberán emplearse los siguientes nombres genéricos, junto con el nombre específico y se podrá anotar de manera opcional el número de identificación internacional:

1. Acentuador de sabor. (...)

e) Cuando se trate de aditivos alimentarios que pertenezcan a las respectivas clases aprobados por el Ministerio de la Protección Social o en su defecto figuren en las listas del Códex de Aditivos Alimentarios cuyo uso en los alimentos han sido autorizados, podrán emplearse los siguientes nombres genéricos:

1. Aroma(s) y aromatizante(s) o Sabor(es) - Saborizante(s).

2. Almidón(es) modificado(s). La expresión “aroma” deberá estar calificada con los términos “naturales”, “idénticos a los naturales”, “artificiales” o con una combinación de los mismos, según corresponda;

f) Cuando un aditivo requiera alguna indicación o advertencia sobre su uso se debe cumplir lo establecido en la legislación sanitaria vigente;

g) Cuando se utilice Tartrazina debe declararse expresamente y en forma visible en el rótulo del producto alimenticio que este contiene Amarillo número 5 o Tartrazina;

h) Cuando a un alimento le sea adicionado Aspartame como edulcorante artificial se debe incluir una leyenda en el rótulo

en el que se indique: “FENILCETONURICOS: CONTIENE FENILALANINA”.

(...)

5.3.3 Además de la declaración del contenido neto, en los alimentos envasados en un medio líquido, deberá indicarse en unidades del Sistema Internacional el peso escurrido del alimento. Para efectos de este requisito, por medio líquido se entiende: Agua, soluciones acuosas de azúcar o sal, zumos (jugos) de frutas y hortalizas, en frutas y hortalizas en conserva únicamente o vinagre, solos o mezclados. (...)” (Subrayado no es original).

A su turno, la Resolución No. 2674 de 2013 “Por la cual se reglamenta el artículo 126 del Decreto Ley 019 de 2012 y se dictan otras disposiciones”, entre otras, establece:

En el canon 3º prevé sobre un alimento fraudulento:

“(...) Es aquel que:

a). Se le designe con nombre o calificativo distinto al que corresponde.

b). Su envase, rótulo o etiqueta contenga diseño o su declaración ambigua, falsa o que se pueda inducir o producir engaño o confusión respecto de su composición intrínseca y uso.

c). No proceda de sus verdaderos fabricantes o importadores declarados en el rótulo o que tenga la apariencia y caracteres generales de un producto legítimo, protegido o no por marca registrada y que se denomine como éste, sin serlo.

d). Aquel producto que de acuerdo a su riesgo y a lo contemplado en la presente resolución, requiera de registro, permiso o notificación sanitaria y sea comercializado, publicitado o promocionado como un alimento, sin que cuente con el respectivo registro, permiso o notificación sanitaria”.

De esa misma resolución, el accionante hizo alusión al contenido del artículo 47, según el cual: “El titular del registro, notificación o permiso sanitario, deberá cumplir en todo momento con la reglamentación sanitaria vigente, las condiciones de producción y el aseguramiento de control de calidad exigida, presupuestos bajo los cuales se concede el registro, permiso o notificación sanitaria. En consecuencia, cualquier trasgresión de la reglamentación o condiciones establecidas para su otorgamiento y los efectos que ésta tenga sobre la salud de la población, se extenderá igualmente al fabricante, comercializador e importador del producto cuando no sean titulares”.

14.- Ahora bien, sobre el contenido de la etiqueta del producto Jugo de Mandarina marca TREE FRUTS de contenido neto 1 LITRO identificado con REGISTRO SANITARIO RSAA12I51111, tenemos:



Fotografías anexas a la demanda que no fueron desconocidas por la pasiva.

Adicionalmente, tenemos:

(016Anexo No. 6 Etiqueta del 20 de junio de 2017)



(017Anexo No. 7 Etiqueta del 12 de mayo de 2020)



Etiquetas puestas de presente por la sociedad Koba Colombia S.A.S. al contestar la demanda (Derivado 26 del expediente digital)

(45EtiquetaMandarinaTreefruits2020.pdf).



Etiqueta reportada por la fabricante al contestar la

demanda (Derivado 50 del expediente digital)

14.1.- De otro lado, debe decirse que no hay discusión en punto a que ese jugo de mandarina es sometido a un proceso térmico (máximo 59°C), y, por tanto, no es pasteurizado. Esa temática fue aceptada por el fabricante, probada en el curso del proceso, de suerte que, se trata de un tema pacífico en el asunto.

15.- Ahora bien, es importante tener en cuenta que el juez de la acción popular puede proferir fallos ultra y extra petita para amparar los derechos colectivos amenazados o vulnerados (Art. 34 Ley 472 de 1998). En esa línea, cabe la adecuación para cuando el petitum se formula de manera genérica, como aquí ocurre.

En efecto, “(e)l artículo 88 Superior y los artículos 5º y 34 de la Ley 472 de 1998, se deriva un sistema dispositivo distinto, propio de las acciones populares. Particularmente, el juez de acción popular puede proferir fallos ultra y extra petita para amparar los derechos colectivos amenazados o vulnerados. Las facultades mencionadas tienen fundamento en las siguientes razones:

“a) La interpretación literal de las disposiciones citadas, según las cuales, ante la amenaza o vulneración de un derecho colectivo el juez puede adoptar las medidas necesarias para hacer cesar la acción u omisión que dé origen a aquella circunstancia e, incluso, disponer lo necesario para volver las cosas al estado anterior a la transgresión del derecho. Así pues, en caso de que el operador judicial considere que las medidas solicitadas por el demandante no son suficientes para proteger el derecho colectivo desconocido, podrá adoptar cualquier remedio que estime conducente para restablecer su ejercicio.

b) La interpretación teleológica de las normas mencionadas, porque de su finalidad se puede establecer que, a pesar de que el actor popular no identifique con suficiencia las circunstancias que dan origen al desconocimiento del derecho colectivo, en caso de que el juez advierta que se probó un hecho transgresor que no había sido alegado específicamente por el demandante, deberá adoptar una determinación para hacerlo cesar.

Lo anterior ocurre porque se trata de una acción pública, que tiene como fin la defensa de derechos e intereses colectivos, esto es, de los cuales no es titular un sujeto determinado. Así pues, mediante esta acción no se plantean pretensiones subjetivas, sino se pone en conocimiento del juez una situación que afecta a la comunidad, pues con ésta se pretende precaver o superar la afectación de bienes que comprometen la existencia y desarrollo de la colectividad misma, es decir, hacer valer el interés general[53]².

En ese sentido, en consideración a los fines que persigue la acción popular, es posible afirmar que el juez tiene la obligación de analizar todos los hechos que se deriven de las pruebas aportadas al proceso.

² Ver sentencia C-622 de 2007; M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Entonces, en caso de que el material probatorio permita advertir la amenaza o vulneración del derecho colectivo invocado, el operador judicial deberá adoptar las medidas que considere pertinentes para protegerlo, incluso si la circunstancia que se probó en el proceso no fue expresamente alegada por el actor popular”³.

16.- Conforme a los anteriores preceptos normativos, y jurisprudenciales, atendiendo al sustento fáctico de la demanda y valorados los elementos de convicción obrantes en el expediente, pronto se advierte que la decisión atacada deberá revocarse, según pasa a compendiarse.

16.1.- En definitiva, acorde con lo dispuesto en el numeral 5.1.2. del artículo 5° de la Resolución 2508 de 2012, las etiquetas del producto a las que se ha hecho alusión no cuentan en su cara principal -ya relacionadas-, junto al nombre, en forma legible a visión normal, con las palabras o frases adicionales necesarias para evitar que se induzca a error o engaño al consumidor respecto a la naturaleza y condición física auténtica del alimento, entre ellas, el tipo de tratamiento al que ha sido sometido, en específico, del proceso térmico mencionado en primera instancia, y que valga la pena señalar, es distinto de la pasteurización.

Recordemos que ese canon 5°, dispone: “Información que **debe** contener el rotulado o etiquetado. En la medida que sea aplicable al alimento que ha de ser rotulado o etiquetado; en el rótulo o etiqueta de los alimentos envasados o empacados deberá aparecer la siguiente información (...)” (El resaltado no es original), luego se trata de un imperativo legal, por tanto, el tipo de tratamiento al que se sujete el producto debe indicarse en el rotulo o etiqueta, se itera, aun cuando no se trata del proceso al que aludió el actor en el escrito de demanda.

16.2.- Véase que la acción popular estuvo dirigida en punto a la información faltante en la etiqueta relativa al tratamiento por el que transita el producto -el jugo-, sin referirse a que por tal o, incluso, por la pasteurización se modificara su estructura física y/o química, pues no se alegó y tampoco se probó tal alteración (composición intrínseca), es más, el cambio o modificación de uso o categorización.

Al respecto, es importante traer a colación las observaciones o manifestaciones del funcionario del INVIMA que realizó la visita técnica los días 17, 18 y 19 de marzo de 2021 (Derivado 31).

OBSERVACIONES O MANIFESTACIONES DEL FUNCIONARIO QUE REALIZA LA VISITA DE IVC
En lo referente a la atención de la solicitud de otras dependencias del Invima con radicado 2021-1035477 del 02/03/21 por acción popular No 2320-00308-00 en la que se hace referencia al uso del término "fresco", a la no declaración del término "pasteurizado" y a la no declaración del nombre de la bebida acorde a la verdadera naturaleza del producto en la etiqueta del producto Jugo de Mandarina marca Tree Fruit por 1 litro con registro sanitario R5AA12151111 fabricado por la empresa SOCIEDAD DE COMERCIALIZACION INTERNACIONAL AGRICOLAS UNIDAS SA en la dirección objeto de esta visita se encuentra que: La empresa sigue produciendo y comercializando el producto con la etiqueta acorde a las características descritas anteriormente. Quien atiende la visita manifiesta que se utiliza el término "fresco" debido a que el producto se elabora a partir de frutas frescas y que una vez terminado el proceso térmico al que es sometido el jugo (máximo 50°C), se mantiene en refrigeración, se conserva la cadena de frío en su distribución y se recomienda mantener el producto refrigerado constantemente por parte del consumidor. Esta situación se confirma durante el recorrido en las instalaciones donde se evidencia frutas frescas para el procesamiento de extracción del jugo, producto sometido a un proceso térmico de máxima 50°C, envasado y luego puesto en refrigeración. Quien atiende la visita manifiesta que este proceso térmico se realiza con el fin de inhibir la acción enzimática de algunos componentes naturales de la fruta. Por otra parte, el registro sanitario R5AA12151111, autoriza el nombre "Jugo de mandarina" acorde a lo declarado en la etiqueta. Los demás hallazgos encontrados durante la visita se consignarán en la presente acta y en los anexos de evaluación de rotulado general y nutricional.
FUNCIONARIOS QUE PRACTICAN LA VISITA

³ Cfr. T 176 de 2016.

En el documento visible en el derivado 32 del expediente digital se advierte:

- La citada visita tenía como objetivo realizar visita de inspección sanitaria en atención a acción popular y por el listado priorizado de la Dirección de Alimentos y Bebidas del primer trimestre, con el fin de verificar el cumplimiento de la reglamentación sanitaria vigente en especial las resoluciones 2574 de 2013, 3929 de 2013, 5009 de 2005 y 333 de 2011.

CONCLUSIÓN DE LA VISITA

"(---)"

"en la dirección objeto de esta visita; se encuentra que: La empresa sigue produciendo y comercializando el producto con la etiqueta acorde a las características descritas anteriormente. Quien atiende la visita manifiesta que se utiliza el término "fresco" debido a que el producto se elabora a partir de frutas frescas y que una vez terminado el proceso térmico al que es sometido el jugo (máximo 59°C), se mantiene en refrigeración, se conserva la cadena de frío en su distribución y se recomienda mantener el producto refrigerado constantemente por parte del consumidor. Esta situación se confirma durante el recorrido en las instalaciones donde se evidencia frutas frescas para el procesamiento de extracción del jugo, producto sometido a un proceso térmico de máximo 59°C, envasado y luego puesto en refrigeración. Quien atiende la visita manifiesta que este proceso térmico se realiza con el fin de inhibir la acción enzimática de algunos componentes naturales de la fruta. Por otra parte, el registro sanitario RSAAT12151111, autoriza el nombre "jugo de mandarina" acorde a lo declarado en la etiqueta. Los demás hallazgos encontrados durante la visita se consignan en la presente acta y en los anexos de evaluación de rotulado general y nutricional. Este registro sanitario se vence en abril del 2021 y la empresa ya tramitó renovación y cuenta con autorización de agotamiento de etiqueta."

Debemos señalar que el trámite de autorización de etiquetas no es de carácter obligatorio, sin embargo, no exime del cumplimiento de la normatividad sanitaria vigente en materia de rotulado.

En lo referente a las declaraciones observadas en la etiqueta de la presente acción popular, se tiene que:

Respecto de la omisión de declarar el tipo de tratamiento al que ha sido sometido el alimento (pasteurización), la Resolución 5109 de 2005 en el Artículo 5° numeral 5.1 establece "5.1.2 En la cara principal de exhibición del rótulo o etiqueta, junto al nombre del alimento, en forma legible a visión normal, aparecerán las palabras o frases adicionales necesarias para evitar que se induzca a error o engaño al consumidor con respecto a la naturaleza y condición física auténtica del alimento que incluyan, pero no se limiten, al tipo de medio de cobertura, la forma de presentación, condición o el tipo de tratamiento al que ha sido sometido; tales como: deshidratación, concentración, reconstitución, ahumado, etc."

Por otra parte se debe indicar que la denominación de "jugo o zumo" está dada en la Resolución 3929 de 2013:

"Jugo o zumo de fruta: Son los líquidos obtenidos por procedimientos de extracción mecánica a partir de frutas frescas, sanas y limpias, clarificados o no por procedimientos mecánicos o enzimáticos, con color, aroma y sabor típicos del fruto que procedan. Se podrán obtener jugos de una o más frutas.

En el caso de algunos jugos (zumos), podrán elaborarse junto con semillas y pieles que normalmente no se incorporan al zumo (jugo), aunque serán aceptables algunas partes o componentes de las mismas que no puedan eliminarse mediante la implementación de Buenas Prácticas de Manufactura (BPM).

También se consideran jugos los productos obtenidos a partir de jugos concentrados, clarificados o deshidratados a los cuales se les ha agregado solamente agua en cantidad tal que restituya la eliminada en su proceso.

Jugos o zumos y/o pulpas de fruta concentrados: Es el producto elaborado mediante la extracción parcial del agua de constitución al jugo (zumos) o a la pulpa de frutas en

una cantidad suficiente para elevar el nivel de grados Brix en un 50% más que el valor de grados Brix natural establecido para el jugo (zumos) o la pulpa.

Jugos o zumos y/o pulpa de fruta concentrados clarificados: Producto obtenido mediante la eliminación física del agua del jugo (zumos), pulpa de fruta en una cantidad suficiente para elevar el nivel de grados Brix en un 50% más que el valor de grados Brix natural establecido para el jugo (zumos) o la pulpa y al cual se le han eliminado los sólidos insolubles por medios físicos y/o enzimáticos. Estos productos deberán cumplir con requisitos fisicoquímicos y microbiológicos de los jugos (zumos) y/o pulpa de fruta concentrados."

Conforme lo anterior la denominación del producto en sí da información lo suficientemente clara sobre la verdadera naturaleza del producto, sin que confunda o induzca a error o engaño al consumidor sobre la condición física o naturaleza del producto.

Lo anterior, para significar que sobre la naturaleza del producto no giran los problemas jurídicos puestos de presente por el actor, debe quedar claro que, la inconformidad gravita en cuanto al contenido de la etiqueta, concretamente, en relación con el tipo de proceso al que es sometido, se itera. En otras palabras, ningún alegato se postuló en relación a si se trata o no de "jugo" de fruta.

En definitiva, advierte esta Corporación que el

detalle omitido por la fabricante de dicho jugo vulnera el derecho a la información que tienen los consumidores para tomar decisiones “informadas” sobre los productos que se comercializan en el mercado, esto, sin perjuicio del alcance del registro sanitario. Se trata entonces de una información insuficiente, que contrario a lo argüido, le permitiría al consumidor hacer elecciones fundadas, esto, teniendo en cuenta sus necesidades como sus gustos personales.

“La Corte ha señalado que el derecho de consumidores y usuarios se enmarca dentro de los derechos colectivos cuya interpretación la determina, entre otros principios, el principio de Estado social que se consagra en el artículo 1º de la Constitución. En este sentido, se ha entendido que el contenido de este derecho apunta a la protección sustancial de los ciudadanos que entran en relación con proveedores y distribuidores de bienes y servicios, respectivamente. Dicha concepción de protección sustancial en un contexto de Estado social es plenamente distinguible de la concepción liberal basada en una relación en igualdad de condiciones y absoluta libertad de negociación entre consumidor y productor o distribuidor de bienes, o prestador de servicios, la cual es una situación ficta en la gran mayoría de los casos en que dicha relación se presenta”⁴.

16.3.- Adicionalmente, es menester señalar que el concepto dado por el Invima en lo que toca al contenido de la etiqueta, sólo se orientó a establecer que el producto anunciado correspondiera con el concepto de “jugo o zumo” contenido en la Resolución No. 3939 de 2013, de modo que, no profundizó en punto a las exigencias contenidas en la Resolución No. 5109 de 2005, razón suficiente para desestimar su conclusión, esto es, “(...) la denominación del producto en sí da información lo suficientemente clara sobre la verdadera naturaleza del producto, sin que confunda o induzca a error o engaño al consumidor sobre la condición física o naturaleza del producto” (Derivado 32 del expediente digital), máxime si con antelación anunció: “Debemos señalar que el trámite de autorización de etiquetas no es de carácter obligatorio, sin embargo, no exime del cumplimiento de la normatividad sanitaria vigente en materia de rotulado”.

16.4.- Finalmente, considera esta Colegiatura que la palabra “FRESCO” que se advierte en la etiqueta deberá retirarse, esto, en la medida que, si bien el jugo se hace de frutas frescas, el producto que se comercializa no lo es, puesto que como se verificó está sometido a un proceso químico para su conservación, aun cuando tenga “una vida corta”.

*Al respecto, basta precisar que, según la Real Academia Española, unas de las acepciones de la palabra “fresco”, las más concordantes al caso, indican: **i).** “Dicho de un alimento: Que no ha sido sometido a procesos de congelación o conservación”; **ii).** Dicho de un alimento: Que se consume crudo”; y, **iii).** “Reciente, acabado de hacer, de coger (...)”.*

De modo que, no puede tratarse de un producto fresco cuando ha sido tratado precisamente para que conserve sus características físicas y químicas por determinado tiempo, cuestión que no es

⁴ Cfr. C.C. C 133 de 2014.

contraria a la manifestación de la pasiva, pues arguye la sociedad Agrounidas S.A. que “(u)n producto se considera fresco cuando ha sido recolectado, producido o elaborado recientemente y no ha pasado por proceso de conservación o manipulación que alteren sus características naturales”.

Al respecto, la sociedad productora consideró: “Los Jugos de AGRÍCOLAS UNIDAS frescos, cuentan con tratamiento térmico que no es considerada pasteurización porque se someten a 59°C durante 20 segundos, el propósito es la inactivación enzimática y tienen vida útil de 20 días conservados en condiciones de refrigeración conforme a la Ficha Técnica del Producto en el formato INVIMA se evidencia que en Agrícolas Unidas S.A.” (Derivado 50 del expediente digital).

17.- No obstante, la Sala no puede soslayar la exposición realizada por la sociedad fabricante a la hora de alegar de conclusión, esto es:

- “Se reitera que el producto es Fresco, sobre el particular no hay lugar a duda y es lo real, pero para evitar este tipo de debates, donde se desgasta el aparato judicial probando lo que es verdad, se le indica al despacho, que desde que se renovaron las etiquetas porque se agotaron las anteriores, se eliminó la palabra FRESCO, de modo que actualmente la etiqueta no menciona esa palabra. Lo anterior se informa por si el despacho considera que la palabra no debe ir, considere el hecho como un hecho superado y no se tomen medidas al respecto”.

Es más, trajo el siguiente pantallazo de la etiqueta, que según se adujo, hoy por hoy se utiliza:



18.- En ese orden de ideas, puede predicarse la configuración de una carencia actual de objeto en la acción popular, por haber cesado la vulneración de los derechos colectivos de los consumidores y usuarios con ocasión de la información que se incluyó en la etiqueta, esto, al señalar que el producto es sometido a tratamiento térmico, y quitar el calificativo “fresco”, de modo que, resulta inocua cualquier intervención que conlleve el juez de acción popular para amparar los derechos colectivos invocados, razón por la que de oficio se declarará probada la excepción de “carencia de objeto de la acción popular”, toda vez que, “(...) En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el que

verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio ”⁵

En otras palabras, en el curso del trámite desaparecieron las circunstancias que amenazaban o vulneraban las prerrogativas aludidas, por lo que no es posible ordenar su protección, así las cosas, no se accederá a las súplicas principales o subsidiarias relacionadas en el escrito introductorio.

Es de memorar que, “[...] la carencia de objeto por haberse superado el hecho vulnerador que originó la acción, se da cuando se comprueba que entre la presentación de ésta y el momento de dictar el fallo cesó la amenaza o vulneración del derecho cuya protección se había solicitado y, en tal circunstancia, ya no será necesaria la orden de protección, pero en todo caso, debe el juez declarar que la mencionada amenaza o vulneración existió pero desapareció [...]”⁶

19.- En consecuencia, se revocará el numeral 1° de la sentencia impugnada, comoquiera que no se tuvieron por demostradas las excepciones denominadas: “Inexistencia de la vulneración, daño, amenaza actual contra los derechos colectivos alegados” e “Insuficiencia probatoria”, contenidas en la contestación de las demandas presentadas el 28 de enero de 2021⁷ y 29 de abril de 2022⁸, habida cuenta que para tales calendas la etiqueta no había sido modificada como se anunció líneas atrás, así pues, como se anticipó, se declarará probada de oficio la titulada: “Carencia de objeto de la acción popular”, por las consideraciones vertidas en esta providencia. Se mantendrán los numerales segundo y tercero, mas sobre la condena en costas, es de memorar que acorde al artículo 38 de la Ley 472 de 1998, deberá regirse por el estatuto procesal civil. Y como quiera que la situación solo se depuró en el curso de la acción, resultando vulnerados derechos de naturaleza colectiva a la data en que se presentó la demanda, se itera, se condenará en costas a la parte demandada, por lo que, se revocará el numeral quinto de la providencia confutada, para en su lugar, sancionar a los accionados a su pago, esto, en ambas instancias.

Finalmente, no se ordenará la constitución de una garantía bancaria o póliza de seguros por la parte demandada, tampoco, el pago de perjuicios, comoquiera que sobre la base de lo informado por la sociedad fabricante y el contenido de la nueva etiqueta, se superó la vulneración argüida, por tanto, la sentencia no acogerá las pretensiones, según se anotó.

⁵ Art. 281 del C. G. del P. amén de lo establecido en el canon 282 ib.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 29 de agosto de 2013, Radicación No. 25000-23-24-000-2010-00616-01(AP), Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno

⁷ Derivado 27 del expediente digital.

⁸ Derivado 51 del expediente digital.

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 y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral primero de la sentencia adiada 31 de julio de 2023, proferida en el Juzgado Cuarenta y Uno Civil del Circuito de Bogotá, para en su lugar, declarar de oficio el medio exceptivo: “Carencia de objeto de la acción popular”.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral quinto de la decisión de primera instancia, el cual quedará como sigue:

“CONDENAR en costas de ambas instancias a los accionados en favor del actor popular. Las de primera instancia proceda la juez a quo a su tasación.

De conformidad con lo previsto en el numeral 8° del artículo 365 del Código General del Proceso, en la liquidación de costas causadas en segunda instancia, inclúyase para cada uno como Agencias en Derecho la suma de dos salarios mínimos mensuales vigentes. Para la elaboración de la misma síganse las reglas previstas en dicha norma”.

TERCERO: En lo restante, la providencia se mantendrá incólume, mas por las razones expuestas en este proveído.

CUARTO: Secretaría, de cumplimiento al artículo 80 de la ley 472 de 1998, enviando copia de este fallo a la Defensoría del Pueblo.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE.

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
MAGISTRADA

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA
MAGISTRADA

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: **040b8584e842c9e5ca54f6a497dc9222d92d16613956b8436df92d5d35b02ee5**

Documento generado en 27/10/2023 10:27:22 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
SALA CIVIL**

Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Proceso N.º 110013103042201900190 01
Clase: EJECUTIVO
Ejecutante: ITAÚ CORP BANCA COLOMBIA S.A.
Ejecutada: ENID OCHOA ESPINOSA

Con fundamento en los artículos 322 (incisos 2º y 3º del numeral tercero), 323 y 327 (último inciso) del Código General del Proceso, se ADMITE, en el efecto suspensivo, el recurso de apelación que la parte ejecutante interpuso contra la sentencia anticipada que el 14 de agosto de 2023 profirió el Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró probada la excepción de “prescripción de la acción cambiaria” y, en consecuencia, se abstuvo de continuar la ejecución y dio por terminado el proceso.

En oportunidad, la secretaría controlará los traslados de que trata el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, luego de lo cual el asunto ingresará al despacho para resolver lo pertinente.

So pena de los efectos procesales correspondientes, la **sustentación** de la alzada admitida versará, únicamente, sobre los reparos concretos que se presentaron contra el fallo de primer grado, conforme lo regula el inciso final del artículo 327 del CGP y la jurisprudencia (CSJ. SC3148-2021 y STC12927-2022). Las partes harán llegar sus respectivos escritos al correo electrónico de la secretaría: secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:
Manuel Alfonso Zamudio Mora
Magistrado
Sala 005 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: **77af2423370f8197d7ff67c8e8fa3d398e46b231adf8376f7ba6565b1d51bee3**

Documento generado en 27/10/2023 12:17:31 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., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

**ASUNTO: ACCIÓN POPULAR DEL SEÑOR LIBARDO MELO VEGA
CONTRA CENTRAL PARKING SYSTEM COLOMBIA S.A.S.**

Rad. 43 2021 00030 03

SE ADMITE en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por el extremo demandante contra la sentencia que profirió el Juzgado Cuarenta y Tres Civil del Circuito de Bogotá el 10 de agosto de 2023, 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 comenzaran 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.

Notifiquese,

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Magistrada

Rad. 43 2021 00030 03

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: **5dd92361edb31e65f97a2ff3774209a0add75e08f525d7ac53b7ce7ccd9d5370**

Documento generado en 26/10/2023 06:49:11 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
SALA CIVIL**

Magistrada Ponente

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de Octubre de dos mil veintitrés (2023)

**ASUNTO: PROCESO EJECUTIVO (FACTURA) PROMOVIDO POR
RICARDO CRUZ HERNANDEZ CONTRA COMERCIALIZADORA DE
MATERIAL CIENTÍFICO E INDUSTRIAL -COMCI-.**

Rad. 45 2021 00175 01

*Sentencia escrita de conformidad con lo autorizado por el artículo 12 de la Ley
2213 de 2022, cuyo proyecto se discutió y aprobó en sesión de sala de 4 de
octubre de 2023, según acta N° 37 de la misma fecha.*

Se decide el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia que profirió el Juzgado 45 Civil del Circuito de Bogotá el 2 de marzo de 2023, dentro del asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. El señor Ricardo Cruz Hernandez, por conducto de apoderada judicial, solicitó librar mandamiento de pago contra la sociedad Comercializadora de Material Científico e Industrial -Comci S.A.S-, por las siguientes sumas de dinero: i) \$48.051.744 respecto de la factura No. 50 y ii) \$48.051.744 por la factura No. 51, más los intereses moratorios desde la exigibilidad de cada una de las obligaciones hasta que se efectúe el pago total; y, además, se condene en costas del proceso a la demandada.

2. Para fundamentar sus pretensiones, manifestó que la Sociedad 7RC Ricardo Cruz H S.A.S emitió los títulos objeto de cobro, que posteriormente le fueran endosadas, éstas contaban con fecha de vencimiento 4 de diciembre de 2017; que esas facturas fueron recibidas por la demandada el día 28 de noviembre del mismo año, sin que a la fecha de

la presentación de la demanda se hubiese realizado pago o abono a la obligación.

3. Mediante auto del 22 de abril del 2021¹ se libró mandamiento ejecutivo por las citadas cuantías y sus respectivos intereses, proveído que se notificó al extremo demandado de forma personal², el que inicialmente se opuso al mandamiento mediante reposición contra dicho auto; y luego propuso las excepciones de mérito³ que denominó:

(i) “Prescripción de los títulos valores objeto de recaudo ejecutivo”, por cuanto, las facturas prescribieron el 4 y 5 de diciembre de 2020, sin que se hubiese presentado interrupción.

(ii) “Prescripción de la acción cambiaria directa de los títulos valores objeto de recaudo ejecutivo”, fenómeno que acaeció los días 4 y 5 de diciembre de 2020 y la demanda fue presentada el 7 de abril de 2021.

(iii) “Falta de legitimación en la causa por activa e Ineficacia de la acción cambiaria”, debido a que las facturas aportadas para su cobro contienen la marca de ser copia, por ende, existen otras que corresponden a sus originales; que la creadora del título endosó a su representante legal los cartulares, quien para dicho fin actúa como persona natural, visto ello el convocante no cuenta con legitimidad en la causa por activa en atención a que no detenta los documentos de cobro en original.

4. Surtido el trámite de rigor, el juez *a quo* profirió sentencia anticipada⁴ en la que dispuso declarar infundadas y no probadas las excepciones de mérito; seguir adelante con la ejecución; practicar la liquidación del crédito, y condenó en costas a la demandada.

II. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA APELADA

En síntesis, encontró configurados los elementos de la relación jurídico procesal; luego, con apoyo en el artículo 422 del Código General del

¹ 21AutoLibraMandamiento.

² 26ActaNotificacionApoderado

³ 28EscritoExcepcionesMerito

⁴ 45SentenciaAnticipada.

Proceso, se refirió las características que deben tener las obligaciones para ser cobradas ejecutivamente, las que halló satisfechas.

Luego, afirmó que en lo que atañe a la prescripción extintiva, señaló que la presentación de la demanda logró interrumpir su término, por tanto, no se configuró; y, en cuanto a la falta de legitimación en la causa por activa, excepción que se soportó en que las facturas fueron allegadas al plenario en copia y ello imposibilita que se acepte su endoso, expresó que ese tema debió cuestionarse de conformidad con el artículo 430 del C.G.P, por tratarse de una controversia relativa a los requisitos formales del título.

III. REPAROS EN CONTRA DE LA SENTENCIA

Inconforme la parte demandada apeló la sentencia para tal fin centró su reparo en la excepción propuesta denominada *“Falta de Legitimación en la Causa por Activa e Ineficacia de la Acción Cambiaria”*, habida cuenta que el *a-quo* desconoció los fundamentos de la acción cambiaria y los principios que rigen la circulación de los títulos valores, en razón a que debieron aportarse los originales de las facturas para que la obligación cambiaria fuera eficaz.

Y, además, porque la Juzgadora desconoció la providencia STC 3898-2019 de la Corte Suprema de Justicia, donde advierte que el funcionario judicial, antes de emitir sentencia, está en la obligación de efectuar una revisión oficiosa del título.

IV. CONSIDERACIONES

1. No hay duda de la configuración de los denominados presupuestos procesales y sustanciales en este asunto, lo que permite proferir la decisión que de esta instancia se reclama.

2. Para resolver los reparos que a la sentencia se le hacen, es menester recordar que los títulos-valores son definidos en la ley comercial como documentos necesarios para legitimar el derecho literal y autónomo que en ellos se incorporan, los cuales sólo producirán efectos en la medida

que reúnan las exigencias tanto generales como especiales que la normatividad mercantil señale para el efecto y, además, permiten a su tenedor legítimo, es decir, a quien posea el instrumento conforme a la ley de circulación, la posibilidad de acudir a la jurisdicción para demandar la ejecución de los derechos en él incorporados.

Asimismo, la legislación comercial ha definido a la factura cambiarias, como el documento que contiene un derecho de crédito, originado en una relación subyacente que justifica su expedición, la cual, antes de la reforma introducida por la ley 1231 de 2008, sólo contemplaba al negocio jurídico de la compraventa, pero luego de ella se hizo extensiva a los créditos derivados de la prestación de servicios.

En cuanto a su definición, el artículo 1° de la precitada ley, dispuso que la factura es un título valor que el vendedor o el prestador de un servicio, libra o entrega al comprador o beneficiario de la labor contratada, de ahí que, no sea posible que aquella se emita cuando no se verifique la entrega real y material de las mercaderías aducidas o que, efectivamente, se haya suministrado el servicio, en virtud de un contrato verbal o escrito.

Ya en lo que corresponde con la aceptación, conforme al artículo 2° de la Ley 1231 de 2008, se consagró que el emisor debe presentar **el original** de la factura, con miras a que el obligado la firme de inmediato como constancia de recepción de los bienes o servicios adquiridos y asienta sobre su contenido o, en su defecto, la rechace, y en caso de que no lo haga, le entregará una de las copias que deben expedirse para que en el término de 10 días contados a partir de la fecha en que fue recibida, la admita o la devuelva. (se destaca)

En el evento de que el comprador o beneficiario guarde silencio dentro del citado plazo, se presumirá su aceptación, siempre que medie rúbrica del obligado cambiario como muestra de recibo de la factura, al tenor de lo que estatuye el Decreto 3327 de 2009, reglamentario de la ley 1231 de 2008.

Y frente a los requisitos del plurievocado instrumento, indica el artículo 3° de la ley en comento, que dicho documento deberá contener: **(i)** la fecha de vencimiento, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 673 de la codificación mercantil, y en ausencia de la misma, se entenderá que deberá pagarse dentro de los treinta días siguientes a la emisión; **(ii)** la fecha en la

que fue recibida; y **(iii)** que el emisor vendedor o prestador del servicio deje constancia en el original del título, respecto del estado del pago del precio y las condiciones en las que se cancelará su importe.

3. Establecido lo anterior, para resolver el tema de la apelación circunscrito a la eficacia de la copia del título valor factura, remite la Sala al contenido del artículo 772 del Estatuto Mercantil -conforme a la redacción que introdujo la Ley 1231 de 2008- donde señaló que *“El emisor vendedor o prestador del servicio emitirá un original y dos copias de la factura. **Para todos los efectos legales derivados del carácter de título valor de la factura, el original firmado por el emisor y el obligado**, será título valor negociable por endoso por el emisor y lo deberá conservar el emisor, vendedor o prestador del servicio. Una de las copias se le entregará al obligado y la otra quedará en poder del emisor, para sus registros contables.”* (Negrilla fuera de texto), normatividad que como quedó visto en el citado artículo 4° del Decreto 3327 de 2009, señala el manejo que debe darse al original y copias para los efectos de la aceptación, acabando así la discusión que en pretérita época se dio sobre este especial tema, es decir, existe clara disposición que impone al vendedor la obligación de conservar el original de la factura para su cobro, incluso cuando de aceptación tácita se trata.

4. Ahora, si bien el canon 430 del G.G.P. dispone que: *“Los requisitos formales del título sólo podrán discutirse mediante recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo”;* y que *“No se admitirá ninguna controversia sobre los requisitos del título que no haya sido planteada por medio de dicho recurso. En consecuencia, los defectos formales del título ejecutivo no podrán reconocerse o declararse por el juez en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante la ejecución, según fuere el caso”,* esta Sala de Decisión, con apoyo en la jurisprudencia, es del criterio conforme al cual el juzgador tanto de primer grado como de segundo tienen la facultad-deber de examinar, antes de proferir la sentencia que corresponda, tales requisitos de manera oficiosa.

Así lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al decir que:

“... la hermenéutica que ha de dársele al canon 430 del Código General del Proceso no excluye la «potestad-deber» que tienen los operadores judiciales de revisar «de oficio» el «título ejecutivo» a la hora de dictar sentencia, ya sea esta de única, primera o segunda instancia (...),

dado que, como se precisó en CSJ STC 8 nov. 2012, rad. 2012-02414-00, «en los procesos ejecutivos es deber del juez revisar los términos interlocutorios del mandamiento de pago, en orden a verificar que a pesar de haberse proferido, realmente se estructura el título ejecutivo (...) Sobre esta temática, la Sala ha indicado que “la orden de impulsar la ejecución, objeto de las sentencias que se profieran en los procesos ejecutivos, implica el previo y necesario análisis de las condiciones que le dan eficacia al título ejecutivo, sin que en tal caso se encuentre el fallador limitado por el mandamiento de pago proferido al comienzo de la actuación procesal (...)”.

“De modo que la revisión del título ejecutivo por parte del juez, para que tal se ajuste al canon 422 del Código General del Proceso, debe ser preliminar al emitirse la orden de apremio y también en la sentencia que, con posterioridad, decida sobre la litis, inclusive de forma oficiosa (...)”⁵.

5. Conforme al anterior precedente, se evidencia que resulta errada la consideración de la Jueza de primera instancia, cuando señaló su imposibilidad de estudiar de fondo la excepción de falta de legitimación por activa e ineficacia de la acción cambiaria, que se fundamentaron precisamente en la aportación del título valor en copia, al estimar que debió cuestionarse por los ritos establecidos en el artículo 430 del C.G.P., esto es, mediante la interposición del recurso de reposición al mandamiento de pago, al estar en discusión los requisitos formales del título y que, en tal sentido, le era vedado volver sobre dicho punto.

Al respecto, lo primero que se debe aclarar es que el mandato del artículo 430 citado está dirigido al demandado, no al juez que siempre está en el deber de revisar de oficio dichos requisitos a efectos de establecer que reúne todos y cada uno de los previstos en la ley comercial para los títulos valores, como lo es la factura; además, la norma en comento debe armonizarse también con los cánones 4, 11, 42-2 y 430, párrafo 1, del mismo Estatuto Procesal Civil. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia sostiene:

*“Y es que, valga precisarlo, el legislador lo que contempló en el inciso segundo del artículo 430 del Código General del Proceso fue que la parte ejecutada no podía promover defensa respecto del título ejecutivo sino por la vía de la reposición contra el mandamiento de pago, cerrándole a esta puertas a cualquier intento ulterior de que ello se ventile a través de excepciones de fondo, en aras de propender por la economía procesal, **entendido tal que lejos está de erigirse en la prohibición que incorrectamente vislumbró el tribunal constitucional a quo, de que el juzgador natural no podía, motu proprio y con base en las***

⁵ CSJ STC14164-2017, 11 sep., rad. 2017-00358-01

facultades de dirección del proceso de que está dotado, volver a revisar, según le atañe, aquel a la hora de dictar el fallo de instancia; otro entendido de ese precepto sería colegir inadmisiblemente que el creador de la ley lo que adoptó fue la ilógica regla de que de haberse dado el caso de librarse orden de apremio con alguna incorrección, ello no podía ser enmendado en manera alguna, razonamiento que es atentatorio de la primacía del derecho sustancial sobre las ritualidades que es postulado constitucional y que, por ende, no encuentra ubicación en la estructura del ordenamiento jurídico al efecto constituido (...)⁶.
(negrita fuera del texto original)

Entonces, tratándose de procesos ejecutivos, antes de emitir sentencia, el juez está facultado para reexaminar de oficio y sin limitación alguna el título presentado como soporte del cobro, por cuanto el comentado artículo 430 del C.G.P., como se vio, no le cierra las puertas para desplegar tal labor, puesto que éste es el primer aspecto sobre el que debe pronunciarse la jurisdicción, ya sea a través del juez *a quo* o del *ad quem*⁷.

6. En esa tarea, al realizar el Tribunal la revisión de las dos facturas que se adosaron como base de la ejecución⁸, en verdad, se evidencia que resultan ser una reproducción fotostática escaneada del documento original, presumiblemente en papel químico, debido a las marcas características que contiene y que son visibles en la digitalización aquí arrimada, a más que contienen estampada la palabra copia.

Aunado a lo anterior, según se extracta de lo manifestado por el demandante quien al descorrer el traslado de las excepciones al respecto afirmó que “(...)hay quienes inclinándose por la estricta aplicación de los principios de los títulos valores, la propenden por la validez del original para respetar el derecho de hacer exigible la obligación consagrada que tiene únicamente el tenedor de éste y hay otros que han considerado como válida la copia de la factura cambiaria para iniciar el proceso ejecutivo”, es decir, aceptó que esos títulos son una copia del original, pero no estableció en poder de quién se encuentran los originales de esos cartulares.

En esas condiciones, a esta Sala no le queda camino distinto al de revocar la sentencia apelada, en tanto que, en virtud del principio de

⁶ CSJ. STC4808 de abril de 2017, exp. 11001-02-03-000-2017-00694-00

⁷ CSJ STC 2020 1072

⁸ 03AnexosDemanda fols. 20 a 23

incorporación que rige en materia cambiaria, la ejecución de un título valor sólo puede adelantarse con base en su original, donde está contenido el derecho de crédito cuyo recaudo se persigue, y no con la copia de ese documento por más que allí se hubiera impuesto, directamente, una firma o un sello atribuibles al deudor.

Lo anterior por cuanto, “los títulos valores son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora”⁹, regla que se armoniza en la ley comercial con el precepto que refiere que “el ejercicio consignado en un título valor requiere de la exhibición del mismo”¹⁰.

En virtud de lo anterior, la doctrina ha precisado lo siguiente:

“El principio de la incorporación hace que no sea posible tener sobre el título dos derechos igual incorporados: uno en el original y otro en la copia, pues obligaría al deudor dos veces o cuantas veces fuera el original reproducido externamente en las fotocopias. Por eso, cuando un título valor a la orden o nominativo se ha extraviado, o hurtado, o robado, o destruido, procede pedir su cancelación mediante el procedimiento señalado hoy en el Código General del Proceso como verbal sumario (arts 390-6 y 398-12) que excluye la aptitud cambiaria de las copias (...)

(...) El Título valor es un bien mueble. Por eso también es imposible que una fotocopia tenga el valor del original. Y es un bien mueble que está integrado por un papel (documento) y un derecho en ese papel incorporado de manera inseparable, formando una sola sustancia, un solo cuerpo que no se transmuta a ningún otro papel sino en el expresado caso de la cancelación en que, por una ficción de la ley, los derechos incorporados en el título perdido o destruido, se transfieren con la sentencia del Juez a otro que lo sustituye con todas sus virtudes (...)”¹¹.

De esta manera, al estar acá establecido que el documento que se aportó con la demanda no corresponde al original de las facturas, sino a una copia de ellas, resulta inviable la ejecución por no cumplir con el presupuesto de ser el título valor en su noción de original.

7. Conclusión, se revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar se otorga viabilidad a la excepción denominada “Falta de legitimación en la causa por activa e Ineficacia de la acción cambiaria”, pero

⁹ Art. 619, C. de Co.

¹⁰ Art. 624, C. de Co

¹¹ Libro de los Títulos Valores/ Autor Bernardo Trujillo Calle Tomo I Edición 19, folios 56 y 57

limitada exclusivamente a la ineficacia de la acción cambiaria, habida cuenta que las reproducciones de las facturas no logran ser exigibles.

Ante la prosperidad de las excepciones que da lugar a la terminación del proceso, al tenor del numeral 3 del artículo 443 del C.G.P., en concordancia con el 597 (numeral 10 parte final) se condenará al ejecutante en costas y perjuicios sufridos con la práctica de las medidas cautelares. Para las primeras, la Magistrada Sustanciadora, con soporte en el Acuerdo PSAA 10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, señala la suma de \$2´160.000 como agencias en derecho de segundo grado. Las de primera instancia serán fijadas por el *a quo*. Respecto de los perjuicios, reclámense a través del correspondiente incidente.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia que profirió el Juzgado 45 Civil del Circuito de Bogotá el 2 de marzo de 2023 para en su lugar:

1. DECLARAR PROBADA la excepción “*Ineficacia de la acción cambiaria*”, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
2. REVOCAR el mandamiento ejecutivo.
3. ORDENAR la terminación del proceso y el levantamiento de las medidas cautelares, salvo que existan remanentes.
4. CONDENAR al ejecutante al pago de perjuicios ocasionados a la demandada, por razón de la práctica de medidas cautelares, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR por las costas de ambas instancias y perjuicios a la demandante. El Juzgado proceda a liquidar estas últimas de conformidad con lo previsto en el artículo 366 del Código General del Proceso, para cuyos efectos se fija como agencias en derecho la suma de \$2.160.000 M/cte. Las agencias de primera instancia fijen por el *a quo*.

TERCERO. REMITIR de manera oportuna el expediente al Despacho de origen, para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE,

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

45 2021 00175 01

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

45 2021 00175 01

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

45 2021 00175 01

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: **133236fd125a0785a3ae271bdfc5d9dd48c0883572481e2c6d4e83d086cf26d3**

Documento generado en 27/10/2023 10:32:22 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

MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO
Magistrada Ponente

Bogotá D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Proceso.	Verbal
Radicado N.º	11001 3103 047 2020 00292 01
Demandante.	Bernarda Esperanza Castañeda y Otros.
Demandado.	Fundación Hospital San Carlos y Otro.

1. ASUNTO A RESOLVER

El recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante Bernarda Esperanza Castañeda en contra del auto fechado 30 de marzo de 2023, proferido por la Juez 47 Civil del Circuito de Bogotá D.C., donde decretó la terminación del proceso por desistimiento tácito¹.

2. ANTECEDENTES

2.1. Por auto adiado 30 de marzo de 2023, confirmado en proveído del 27 de julio del presente año², la Juez de primer grado decretó la terminación del proceso de la referencia por desistimiento tácito, dado el incumplimiento de la carga impuesta, cuando indicó que “*resulta inconcebible que el demandante señale que dio cumplimiento a cabalidad al auto de fecha 26 de septiembre de 2022, en diciembre de aquel año, sin arrimar ninguna pieza que respaldara sus suplicas. Con ello se torna ausente en el término de los treinta días que se hubiere dado total cumplimiento a lo allí ordenado, pues el lapso inició a contabilizarse desde el 28 de septiembre de 2022 y feneció silente.*”; además que “*entre la notificación por estado de la determinación del mes de septiembre de 2022 y la providencia de terminación*

¹ Asunto asignado mediante Acta Individual de Reparto de fecha 11 de septiembre de 2023, Secuencia 7841.
² Expediente digital, 01CuadernoPrincipal, Archivo 47.

del pleito, de marzo de 2023, no existió ningún impulso procesal que pudiese interrumpir el término que estaba corriendo, lo que permite entrever la despreocupación del actor para con el trámite.”, y concluyó que “es evidente el incumplimiento de la carga que correspondía asumir el actor, pues a la fecha de la providencia no se ha acreditado todas las cargas puestas en sus manos mediante adiado del 14 de julio de 2022 requerida el 26 de septiembre siguiente, por ende, es pertinente aplicar la sanción del desistimiento tácito.”; en consecuencia, concedió el recurso de apelación en el efecto suspensivo.

2.2. Inconforme con la decisión³, el togado de la demandante Bernarda Esperanza Castañeda, interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación. Para el efecto adujo lo siguiente:

“... ha intentado realizar la notificación a la llamada dentro del proceso de la referencia SERVIMED- INSTITUCION PRESTADORA DE SERVICIOS DE SALUD, tanto por vía electrónica, correo electrónico, tanto por correo certificado por la empresa interrapidísimo, tal y como se prueba con el documento el cual allego, oficio de notificación, con sello de la empresa de correo certificado del día 12 de diciembre de 2022, sin lograr obtener notificación ni respuesta positiva por parte de la entidad demandada, ni por vía electrónica, correo electrónico, como por correo certificado en la dirección física que conozco, sin embargo no ha sido posible la notificación, por cuanto por correo electrónico se envía al correo que aparece registrado, y físicamente a la única dirección que conozco, y bajo gravedad de juramento me permito manifestar al despacho que no conozco otra dirección más las que aporté en la notificación realizada, bajo el término otorgado por el despacho.

Así las cosas solicito dando prioridad al debido proceso, autorizar el emplazamiento de la demandada y no dar por terminado el proceso, por desistimiento tácito.

*Por lo expuesto, En los anteriores términos y habiendo hecho claridad, y agradeciendo a su señoría, considero es procedente la continuidad del proceso de la referencia; para ello, solicito respetuosamente revoque el auto de la referencia **o en su efecto me conceda el Recurso de Apelación ante el Ad Quen, para que sea quien revoque el Auto mencionado, y ordene la continuidad procesal.***”.

3. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

3.1. Competencia

La suscrita Magistrada sustanciadora es competente para desatar el recurso de apelación, en razón a lo previsto en el literal e) del numeral 2º del artículo 317, numeral 7º del art. 321 del Código General del Proceso, con arreglo a lo dispuesto en el canon 35 *ibídem*.

³ Expediente digital, 01CuadernoPrincipal, Archivo 46.

3.2. Normatividad aplicable

La figura del desistimiento tácito fue implementada por el legislador como una herramienta para evitar la paralización o dilación injustificada de los procesos, con el objeto de cumplir los principios de celeridad, economía procesal, efectividad de las decisiones judiciales, y pronta y cumplida administración de justicia que conforman el proceso civil.

Por ende, el artículo 317 numeral 1º del Código General del Proceso, establece que:

“1. Cuando para continuar el trámite de la demanda, del llamamiento en garantía, de un incidente o de cualquiera otra actuación promovida a instancia de parte, se requiera el cumplimiento de una carga procesal o de un acto de la parte que haya formulado aquella o promovido estos, el juez le ordenará cumplirlo dentro de los treinta (30) días siguientes mediante providencia que se notificará por estado.

Vencido dicho término sin que quien haya promovido el trámite respectivo cumpla la carga o realice el acto de parte ordenado, el juez tendrá por desistida tácitamente la respectiva actuación y así lo declarará en providencia en la que además impondrá condena en costas.

El juez no podrá ordenar el requerimiento previsto en este numeral, para que la parte demandante inicie las diligencias de notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, cuando estén pendientes actuaciones encaminadas a consumir las medidas cautelares previas.”

De la normatividad transcrita, se desprende que, para que el juez de conocimiento pueda dar aplicación a las consecuencias previstas en dicho precepto, las cuales tienen un efecto sancionatorio, le corresponde: **i)** indicar en el respectivo auto cuál es el acto o la carga procesal que se encuentra pendiente, **ii)** establecer a qué parte le corresponde cumplirla, **iii)** notificar la providencia por estado, y **iv)** verificar que ésta se haya abstenido de acatar lo ordenado en el término de 30 días.

3.3. Caso concreto

Trasladado lo anterior al *sub examine*, la circunstancia fáctica que motivó la declaratoria de desistimiento tácito en la decisión recurrida (auto de 30 de marzo de 2023⁴, confirmado en proveído del 27 de julio del presente año⁵), tuvo origen en la inactividad de la parte demandante al no atender el requerimiento efectuado por el despacho cognoscente mediante

⁴ Expediente digital, 01CuadernoPrincipal, Archivo 45.

⁵ Expediente digital, 01CuadernoPrincipal, Archivo 47.

providencia de 5 de mayo de 2022⁶ y reiterado en proveído de 26 de septiembre de 2022⁷, tendiente a lograr la notificación de las personas jurídicas al litigio, Sociedad de Cirugía de Bogotá Hospital de San José y Servimed Institución Prestadora de Servicios de Salud S.A. –Servimed I.P.S S.A., del admisorio de la demanda y de la determinación citada (auto de 5 de mayo de 2022); esta última en la que se dispuso bajo los lineamientos del artículo 61 de Código General del Proceso, su integración al contradictorio por pasiva.

En ese sentido, de la revisión de las actuaciones surtidas al interior del asunto que nos concita, refulge acertada la providencia de la funcionaria de primer grado, dado que la parte demandante no cumplió con la carga de vincular al proceso a la primera entidad prenombrada, como se dispuso, puesto que la notificación realizada a través de correo electrónico⁸, no contenía la providencia que ordenó su vinculación, esto es, la de fecha 5 de mayo de 2022; por ende, no fue tomada en cuenta de conformidad con lo dispuesto en proveído de 14 de julio de 2022⁹; además, el término que trata la norma referida (art. 317, num. 1º, C.G.P.), venció en silencio, dado que *“... entre la notificación por estado de la determinación del mes de septiembre de 2022 y la providencia de terminación del pleito, de marzo de 2023, no existió ningún impulso procesal que pudiese interrumpir el término que estaba corriendo, lo que permite entrever la despreocupación del actor para con el trámite”*¹⁰; además, *“... resulta inconcebible que el demandante señale que dio cumplimiento a cabalidad al auto de fecha 26 de septiembre de 2022, en diciembre de aquel año, sin arrimar ninguna pieza que respaldara sus suplicas. Con ello se torna ausente en el término de los treinta días que se hubiere dado total cumplimiento a lo allí ordenado, pues el lapso inició a contabilizarse desde el 28 de septiembre de 2022 y feneció silente.”*¹¹, tal y como lo concluyo la A quo.

Se suma a lo anterior que, no es de recibo para esta Corporación, que el recurrente tan sólo con el recurso pretenda autorizar el emplazamiento de la demandada aludida, puesto que el término de que trata norma procesal señalada (art. 317, num. 1º, C.G.P.), se encuentra más que fenecido en procura de acatar el mencionado requerimiento; en consecuencia, no quedaba otro camino que, en obediencia de tal disposición, dar por terminada la actuación.

⁶ Expediente digital, 01CuadernoPrincipal, Archivo 39.

⁷ Expediente digital, 01CuadernoPrincipal, Archivo 44.

⁸ Expediente digital, 01CuadernoPrincipal, Archivo 42.

⁹ Expediente digital, 01CuadernoPrincipal, Archivo 42.

¹⁰ Expediente digital, 01CuadernoPrincipal, Archivo 44 (auto de 26 de septiembre de 2022, en donde se dispuso lo siguiente: *“En razón de la inactividad del expediente, se requiere a la parte actora para que en el lapso de 30 días so pena de aplicar las sanciones contempladas en el Art. 317 del Código General del Proceso, adelante las gestiones pertinentes para integrar el contradictorio, teniendo en cuenta lo dispuesto en proveído del 14 de julio del año que avanza.”*.)

¹¹ Expediente digital, 01CuadernoPrincipal, Archivo 47.

3.4. Lo brevemente expuesto es suficiente para confirmar el auto apelado, sin condena en costas, por no aparecer causadas. (ver numeral 8º del artículo 365 del Código General del Proceso).

En mérito de lo expuesto, la suscrita Magistrada Sustanciadora integrante de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá D.C.,

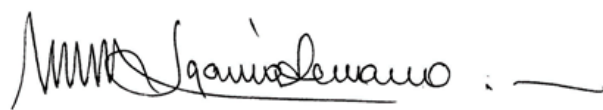
4. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto de 30 de marzo de 2023, proferido por la Juez 47 Civil del Circuito de Bogotá D.C., por las razones señaladas en esta providencia.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas, en esta instancia.

TERCERO: DEVOLVER el proceso al juzgado de origen, por Secretaría de la Sala Civil, una vez en firme este proveído.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO
Magistrada

Firmado Por:

Martha Isabel Garcia Serrano

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 009 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: **ad2ab4c12517a42daee82e435bdcc75a8d01d53f686e9f0e5bdf1c81baa571b6**

Documento generado en 26/10/2023 05:43:33 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
SALA CIVIL

Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	:	LUZ MILA MARTÍNEZ JIMÉNEZ
DEMANDADA	:	CORA PILAR RAMÍREZ GÓMEZ
CLASE DE PROCESO	:	EJECUTIVO
MOTIVO DE ALZADA	:	APELACIÓN SENTENCIA

Previo a resolver la instancia se cita a las partes y sus apoderados, da una audiencia de conciliación, que se llevará a cabo de forma presencial, en las instalaciones del Tribunal, el día martes **7 de noviembre de 2023**, a la **9:00 a.m.**

Se advierte a los procuradores judiciales de los extremos procesales que, deberán informar a sus representadas, su obligación de comparecer presencialmente a la audiencia aquí programada, conforme a lo normado en el numeral 11° del artículo 78 del C. G. del P.

Notifíquese,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

*Bogotá D. C., veintisiete (27) de octubre de dos mil
veintitrés (2023).*

*Ref: RENDICIÓN PROVOCADA DE CUENTAS de
SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.S. SAE S.A.S. contra
CORPORACIÓN CLUB SAN FERNANDO. Exp. 049-2020-00222-02.*

*MAGISTRADO PONENTE: JORGE EDUARDO
FERREIRA VARGAS.*

*Discutido y aprobado en Salas de Decisión de 7, 13,
20 de septiembre y 25 de octubre de 2023.*

*Decide el Tribunal el recurso de apelación
formulado por las partes contra la sentencia dictada de manera escritural el
doce (12) de julio de dos mil veintitrés (2023), por el Juzgado Cuarenta y Nueve
Civil del Circuito de la ciudad.*

I. ANTECEDENTES

*1.- El 5 de octubre de 2020 (Derivado 002) la
persona jurídica Sociedad de Activos Especiales S.A.S., actuando mediante
apoderado judicial, convocó en demanda verbal a la Corporación Club San
Fernando, pretendiendo se le ordene rendir cuentas, causadas por el tiempo
comprendido entre el 14 de enero de 2011 y el 16 de octubre de 2015 respecto
del inmueble con folio de matrícula No. 370-25995, por tanto, presente las
cuentas, cotizaciones, recibos y demás soportes de ingresos y egresos, “así
como las autorizaciones expresas, en la administración de los asuntos a ella
encomendados. Así como los recibos de pago de las obligaciones a su cargo,
tales como impuesto predial y servicios públicos” (Derivado 03).*

*2.- Las pretensiones tienen su fundamento en los
supuestos fácticos que enseguida se sintetizan (ib.):*

Exp. 2016-00908-01 Rendición Provocada de Cuentas de Sociedad de Activos Especiales S.A.S. SAE S.A.S. contra Corporación Club San Fernando.

2.1.- De conformidad con el artículo 2º del Decreto 494 de 1990 fue creada la Dirección Nacional de Estupefacientes (DNE) con el objetivo de dar una eficaz ejecución a las decisiones del Consejo Nacional de Estupefacientes. Adicionalmente, el Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado (FRISCO) fue creado en virtud del canon 25 de la Ley 333 de 1996.

2.2.- El DNE a través del FRISCO bajo la vigencia de la Ley 793 de 2002 tenía la calidad de secuestre de los bienes objeto de medidas cautelares decretadas en los procesos de extinción de dominio. Sin embargo, acorde con de lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 3183 de 2011 la DNE fue suprimida y ordenada su liquidación.

2.3.- Así, según lo previsto en el párrafo segundo del artículo 88 de la Ley 1708 de 2014 el FRISCO continúa siendo el secuestre de los bienes sobre los cuales se hayan adoptado o se adopten medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio. Y de conformidad con el artículo 90 de la Ley 1708 de 2014 la demandante es administradora del FRISCO, “y en representación de este fondo es la secuestre de los bienes respecto de los cuales se han decretado medidas cautelares de embargo, secuestro y de suspensión del poder dispositivo”.

2.4.- El inciso 1º del artículo 99 de la Ley 1708 de 2017 define el depósito provisional, por tanto, el depositario tiene como obligación emanada de la Ley y el acto administrativo, la gestión y administración de bienes inmuebles, sociedades, personas jurídicas, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica.

2.5.- El artículo 2.5.5.6.7 del Decreto 2136 de 2015 dispone que los depositarios provisionales serán considerados como auxiliares de la justicia y/o secuestres. A su turno, “el inciso cuarto del artículo 10 del Código de Procedimiento Civil” aplicable al caso por la época en que fue nombrado el demandado como depositario provisional, disponía que todo auxiliar de justicia debía presentar informe mensual de su gestión.

2.6.- El 2 de febrero de 2009 se llevó a cabo la diligencia de secuestro del inmueble con folio de matrícula 370-25995 quedado a disposición de la DNE.

2.7.- La DNE a través del artículo 2º de la Resolución 0071 de 27 de enero de 2011 designó como depositario provisional de dicho inmueble al convocado. Y en consonancia del literal “D” del artículo 3º de ese acto administrativo, el club se encontraba en la obligación de rendir cuentas mensuales justificadas.

Exp. 2016-00908-01 Rendición Provocada de Cuentas de Sociedad de Activos Especiales S.A.S. SAE S.A.S. contra Corporación Club San Fernando.

2.8.- “Producto de las funciones de gestión y administración que tenía la CORPORACIÓN CLUB SAN FERNANDO respecto del inmueble anteriormente descrito, igualmente tenía la obligación de rendir informe de gestión y contable, el cual debía ser presentado dentro de los cinco primeros días de cada mes (...)”.

2.9.- “En el mismo sentido, el señor CORPORACIÓN CLUB SAN FERNANDO en virtud de su calidad de depositario provisional, tenía la obligación de trasladar mensualmente al FRISCO representado por la SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.S. los recursos recibidos durante el mes, obligación que debía cumplir los cinco primeros días de cada mes (...)”, adicionalmente, los numerales 4º y 7º de la Resolución 15 de 2015 imponen la obligación de rendir informes mensuales y final de cuentas.

2.10.- “Sin embargo, debido a que la CORPORACIÓN CLUB SAN FERNANDO no cumplió su deber de información a través de la Resolución No. 377 del 16 de octubre de 2015 fue removido del cargo de depositario provisional, exigiéndole la rendición de cuentas comprobadas respecto del inmueble (...)”.

2.11.- Como causas de la remoción se indicaron las siguientes:

“Del ítem 1 al 120, corresponden a las aprobaciones de la Sesión N° 23 y del ítem 121 a 189, corresponden a las aprobaciones de la Sesión N° 25 con las siguientes Causales de Remoción:

1. El depositario Provisional **No reporta Informes de Gestión** ante la Gerencia de Bienes Inmuebles adscrita a la Vicepresidencia de Bienes Muebles e Inmuebles.
2. El Depositario Provisional No hace parte de la Lista de Elegibles de acuerdo con las Resoluciones 0836 de fecha 27 de noviembre de 2012 y 2016 del 23 de abril de 2013.
3. Depositario Provisional fue requerido mediante oficio, **para presentar informes de Gestión, sin que se contara con respuesta alguna por parte del Depositario** a la fecha de realización del Comité de Depositarios, Mandatarios y Liquidadores N° 23 y 25.
4. (...)”¹⁰ (Resaltado ajeno al texto)

2.12.- El canon 17 de la Resolución 0001 de 20 de agosto de 2014 dispone que los depositarios removidos deberán rendir un informe final de cuentas.

2.13.- “A pesar de la remoción como depositario provisional, la CORPORACIÓN CLUB SAN FERNANDO no ha rendido cuentas de su gestión y administración del inmueble no sólo desde su nombramiento, a la vez, con posterioridad a la remoción incumpliendo lo dispuesto en el Decreto 1068 de 2015 así como lo impuesto en el artículo 17 de la Resolución No. 0001 del 20 de agosto de 2014”.

2.14.- “La productividad del bien se estima en un total de DOSCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES OCHOCIENTOS

Exp. 2016-00908-01 Rendición Provocada de Cuentas de Sociedad de Activos Especiales S.A.S. SAE S.A.S. contra Corporación Club San Fernando.

SESENTA MIL CUATROCIENTOS PESOS (\$ 224'860.400) entre el 14 de febrero de 2011 y el 16 de octubre de 2015”.

3.- La Corporación Club San Fernando, por intermedio de apoderado judicial, se pronunció frente a los hechos de la demanda, las pretensiones, el juramento estimatorio y elevó los siguientes medios exceptivos: **i).** “Inexistencia de obligación legal o contractual de rendir cuentas”; **ii).** “No se acreditó que durante el periodo de tiempo al cual corresponden las cuentas requeridas, el predio hubiera sido entregado materialmente al demandado”; y, **iii).** “Cumplimiento de la obligación de entregar informes y cuentas” (Derivado 028 del expediente digital).

4.- Surtido el trámite de rigor, se dictó sentencia que declaró no probadas las excepciones propuestas, por tanto, ordenó a la pasiva “RENDIR CUENTAS COMPROBADAS de su gestión, sobre la administración del bien identificado con folio de matrícula inmobiliaria 370-25995, que tenía en su custodia, en el periodo comprendido entre el 31 de agosto de 2012, al 16 de octubre de 2105, para lo cual se le concede un término de quince (15) días”, y finalmente, condenó a la pasiva en costas (Derivado 52, ib.).

II. FUNDAMENTOS DEL FALLO

5.- Tras compendiar los hechos y pretensiones de la demanda, así como el trámite procesal y luego de encontrar presentes los presupuestos procesales para definir la instancia, el juez a quo procedió a definir el problema jurídico y el alcance de la acción invocada. En ese camino, indicó que se allegó la Resolución 0071 del 27 de enero de 2011, mediante el cual se dejó el inmueble determinado en la demanda en depósito provisional y gratuito a la corporación citada, documento en el que se impuso, la obligación de rendir informes, entre ellos, el de rendición final de cuentas.

De otro lado, hizo alusión al canon 2244 del Código Civil, el canon 10º del Código de Procedimiento Civil, para concluir: “(...) por el hecho de que la propia ley le asigne al demandado la condición de secuestre, en términos de la ley, está obligado a rendir cuentas de su gestión, en forma periódica. Adicionalmente, a términos del artículo 3º ordinal (sic) D, F y N, de la resolución 0071 del 27 de enero de 2011, la sociedad demandada, está en la obligación de rendir cuentas, en especial, conforme a lo señalado en el literal F, así: ‘Presentar la rendición final de cuentas al terminar el Depósito en sede administrativa’”, de modo que, “desde el punto de vista legal y por disposición administrativa, le asiste claramente a la demandada el deber de rendir cuentas, no solo las que periódicamente establecía la resolución sino la que es materia de la presente actuación, la rendición final de cuentas, las que, por cierto, no fueron

Exp. 2016-00908-01 Rendición Provocada de Cuentas de Sociedad de Activos Especiales S.A.S. SAE S.A.S. contra Corporación Club San Fernando.

rendidas por la pasiva, como fuera confesado en el interrogatorio de parte llevado a cabo por el representante legal de la entidad demandada”.

En esa línea, sostuvo: “(...) queda suficientemente claro, se reitera, que, el depositario, ya sea a título oneroso, o gratuito, como es el caso que nos ocupa, están en la obligación de rendir cuentas comprobadas de su gestión, máxime que como se indicó, en la resolución 0071 de 27 de enero de 2011, mediante la cual se dejó en depósito gratuito y provisional a la CORPORACION CLUB SAN FERNANDO, el inmueble identificado en el libelo, se le impuso la obligación de ‘presentar la rendición final de cuentas al terminar el depósito, en sede administrativa’, de donde se establece, sin el menor asomo de duda, que la demandada si está en la obligación de rendir cuentas de su gestión, sin perjuicio que en las mismas se tenga en cuenta el componente o la condición de la gratuidad del depósito”.

Finalmente, puntualizó: “habrá de ordenarse a la demandada, que rinda cuentas comprobadas de su gestión, empero desde la fecha en que ella recibió el inmueble, esto es, desde el-31 de AGOSTO DE 2012, al 16 de octubre de 2015, frente al inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria 370-25995” (Derivado 52).

III. EL RECURSO

6.- Inconformes con lo decidido, las partes impugnaron la decisión.

Sociedad de Activos Especiales SAE.

- La administración del inmueble comenzó el 31 de agosto de 2012 y finalizó el 4 de abril de 2018, última fecha en la que entregó el inmueble. Por tanto, no acertó el juzgador en el periodo de administración objeto de la rendición en el límite final.

-Se desconoce la confesión de la pasiva, “realizada mediante escrito presentado el siete de julio de 2023 por el apoderado del demandado reconociendo que la entrega de inmueble como consecuencia de la remoción de la calidad de depositario provisional se realizó el cuatro de abril de 2023 (sic)”.

En conclusión, “la CORPORACIÓN CLUB SAN FERNANDO debe rendir cuentas de su administración por el periodo comprendido entre el 31 de agosto de 2012 y el cuatro de abril de 2018” (Derivado 53).

Corporación Club San Fernando

- La decisión viola el principio de congruencia, puesto que la rendición se solicitó entre el mes de octubre de 2011 al mes de agosto de 2012. “Así se desprende de las cuentas contenidas en el juramento estimatorio, donde se hace una relación de cuentas referidas al mencionado período”.

La defensa se estructuró y proyectó en el sentido de desvirtuar la existencia de la obligación de rendir cuentas en ese lapso, por no haber estado en su poder o bajo su custodia dicho bien, mas el fallo reconoció un periodo distinto al señalado en el juramento estimatorio.

-El demandante presentó una estimación referida al lapso de noviembre de 2011 a agosto de 2012, por tanto, es en cuanto a ese periodo que debió referirse el juez, y al haberse demostrado que el bien no estaba en poder o custodia del demandado, debió declarar improcedente las pretensiones.

-Frente al periodo de 31 de agosto de 2012 al 15 de octubre de 2015 el demandante omitió la exigencia prevista en la ley de presentar la respectiva estimación de lo adeudado. “La omisión de este requisito legal, es suficiente para revocar el fallo recurrido y declarar la improcedencia de la pretensión de presentar cuentas respecto de este periodo”.

- Se advierte la violación del derecho de defensa y contradicción, en tanto, que la oposición estuvo orientada a desvirtuar la obligación de rendir cuentas en la época señalada en el juramento estimatorio.

- Finalmente, reiteró el sustento de las excepciones, sin duda, “la actora omitió probar la existencia de la obligación legal o contractual a cargo de la demandada, de rendir cuentas solicitadas y de pagar las sumas de dinero relacionadas en las pretensiones (...)”. “(...) de las cláusulas contenidas en el contrato de depósito celebrado, se concluye la inexistencia de la pretendida obligación de entregar las cuentas requeridas y los montos indicados en la demanda”.

En la Resolución 0071 de enero de 2011 se establecieron entre otras, las siguientes condiciones de depósito: **i).** El contrato era a título gratuito; **ii).** La DNE prohibió la celebración de todo tipo de contrato sobre el bien; sin embargo, no se acreditó que se hubiera autorizado para la suscripción del alguno; y, **iii).** Su compromiso era el relativo a entregar un informe mensual sobre el uso, explotación y estado del predio, por tanto, remitió varias comunicaciones.

“Sin embargo, el depositario sí se comprometió a rendir informes sobre el estado de conservación y los eventos o actividades realizadas por el depositario provisional durante el tiempo en que tuvo física y materialmente el inmueble, informes que fueron debidamente presentados por la CORPORACIÓN (...). Ello consta entre otros, en las siguientes comunicaciones que me permito adjuntar con el presente escrito.”

- Comunicación de fecha 19 de junio de 2013.
- Comunicación de fecha 16 de abril de 2013.
- Comunicación de fecha 22 de abril de 2013.
- Comunicación de fecha 23 de diciembre de 2013.
- Comunicación de fecha 31 de enero de 2014.
- Comunicación de fecha 20 de junio de 2014.
- Comunicación de fecha 06 de octubre de 2015.
- Comunicación de fecha 30 de enero de 2016.
- Comunicación de fecha 31 de marzo de 2016.
- Comunicación de fecha 03 de mayo de 2016.
- Comunicación de fecha 02 de junio de 2016.
- Comunicación de fecha 12 de julio de 2016.
- Comunicación de fecha 09 de septiembre de 2016.
- Comunicación de fecha 28 de noviembre de 2016.

7.- Así mismo, por auto adiado 1º de septiembre de la presente anualidad se ordenó correr el traslado previsto en las Leyes 2213 de 2022 y 472 de 1998.

7.1.- A través de escrito enviado por correo electrónico a la Secretaría de este Tribunal los apelantes sustentaron en debida forma sus reparos.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORPORACION

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, con la consideración adicional referida a que la alzada fue presentada por ambas partes, por tanto, la Sala está revestida de la competencia para resolver sin limitaciones.

Exp. 2016-00908-01 Rendición Provocada de Cuentas de Sociedad de Activos Especiales S.A.S. SAE S.A.S. contra Corporación Club San Fernando.

2.- Ab-initio, debe resaltar esta Corporación que el proceso de rendición de cuentas, por su esencia, consagra una serie de etapas perfectamente definidas por el artículo 378 del Código General del Proceso. Así: “1ª. El demandante deberá estimar en la demanda, bajo juramento, lo que se le adeude o considere deber -primera regla- 2ª. Si dentro del término del traslado de la demanda, el demandado no se opone a rendir las cuentas, ni objeta la estimación hecha por el demandante, ni propone excepciones previas, se prescindirá de la audiencia y dictará auto de acuerdo con dicha estimación, el cual prestará mérito ejecutivo -segunda regla”.

Por su parte, el numeral 3º se refiere al supuesto en que el sujeto pasivo de la acción manifieste no estar obligado a rendir cuentas, como aquí ocurre, aspecto que habrá de resolverse en la sentencia, a su turno, el inciso 2º del numeral 5º, indica que, si el demandante formula objeciones, se tramitaran como incidente que se decidirá mediante sentencia, en la cual se fijará el saldo que resulte a favor o a cargo del demandado y se ordenará su pago.

De la precitada norma se tiene entonces que este proceso implica una necesaria administración de bienes ajenos, supuesto bajo el cual debe medirse la pretensión que lo originó y, que en principio, es materia de un juicio de valor en la sentencia, debiendo entonces examinarse si la referida obligación, para el caso, tiene su génesis en la ley o en un acuerdo de voluntades. Es por ello que está legitimado para el ejercicio de esta especial acción -rendición provocada de cuentas-, por activa quien de acuerdo con la ley tenga derecho a exigir las y por pasiva quien debido a su encargo o gestión esté obligado a rendirlas.

Brota de lo discurrido, que en estos juicios la legitimación en causa es objeto de obligado examen por parte del Juzgador al decidir el trámite de la primera etapa, si existe oposición al respecto, a efecto de establecer el derecho u obligación que asiste a cada una de las partes frente a las pretensiones de la demanda y que en caso de no encontrarse acreditado conlleva a que éstas sean desestimadas.

Las características de este especial procedimiento las sintetizó la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil de la siguiente manera:

“El proceso de cuentas, por su misma naturaleza, consta de dos partes. La primera tiende a **decidir si el demandado está en la obligación de rendir las que se le piden**; resuelto este punto en sentido afirmativo, el juez le exige que cumpla con ese deber; presentadas éstas, compete a la parte demandante estudiarlas y manifestar si las acepta o formularles los reparos que considere pertinentes. Si lo primero, el juez deberá impartirles su

Exp. 2016-00908-01 Rendición Provocada de Cuentas de Sociedad de Activos Especiales S.A.S. SAE S.A.S. contra Corporación Club San Fernando.

aprobación. Si por el contrario, el demandante objeta las cuentas presentadas, lo cual deberá hacer en forma clara y precisa, expresando discriminadamente los distintos reparos que formule contra ellas, surge entonces la segunda etapa del proceso, en la cual se van a discutir tales reparos, si son o no fundados. En esta las atribuciones jurisdiccionales del juez están limitadas a decidir sobre todos y cada uno de los reparos que se hayan formulado a las cuentas y como obvia consecuencia de ello, a fijar el saldo que resulte a favor o a cargo de la parte que las rindió. De ahí que en el ordenamiento procesal anterior, dispusiese el artículo 1132 del C.J. que ‘si el responsable no asiente a las objeciones, se abre a prueba y se sigue el juicio por los trámites de la vía ordinaria’ y que bajo la vigencia del actual, según el numeral 3° del artículo 432, ‘las objeciones deberán formularse como se dispone para el escrito que inicia un incidente...’ Según el artículo 137 ibídem, al señalar la forma como se propone un incidente, el numeral 1° dice que ‘el escrito deberá contener lo que se pide, los hechos en que se funda y la solicitud de las pruebas que se pretenden aducir, salvo que estas figuren ya en el proceso’¹.

3- El tema de la legitimación en la causa por pasiva, forzosamente debe abordarse de entrada, en la medida que es objeto de controversia por aquélla, pues como motivo de inconformidad, entre otras, iteró los argumentos en que sustentó las excepciones propuestas en primera instancia, por tanto, es el pilar de la alzada, ya que su prosperidad daría al traste con las súplicas sin siquiera analizar la controversia central del debate, como viene de advertirse.

La legitimación en la causa consiste en la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede acción o el derecho y en la igualdad de la persona del demandado con la persona contra la cual se le puede reclamar la prestación correlativa; esto es, que el demandante debe ser el titular del derecho que reclama y el demandado el único obligado a restituirlo; por ello no puede considerarse como presupuesto del proceso, sino que apunta a la súplica y no a las condiciones para la integración y el desarrollo regular de aquel; si no se presenta legitimación por activa o pasiva, pero concurren los cuatro presupuestos procesales, entonces la sentencia deber absolutoria, ya que mal podría condenarse a quien no es la persona que debe responder del derecho reclamado o a quien es demandado por quien carece de la titularidad de la pretensión que reclama; así mismo, sería absurdo declarar la inhibición por falta de legitimación en la causa, pues así se permitiría que el litigante ilegítimo promoviera nuevamente el proceso o contra él se suscitara otra vez, con lo que se originaría una cadena interminable de inhibiciones.

Sobre este punto la H. Corte ha sostenido: “No puede confundirse, pues, la legitimación para el proceso, llamada también para

¹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil Sentencia de 5 de noviembre de 1975

Exp. 2016-00908-01 Rendición Provocada de Cuentas de Sociedad de Activos Especiales S.A.S. SAE S.A.S. contra Corporación Club San Fernando.

comparecer a éste, con la legitimación en la causa. Es patente que aquélla es un presupuesto procesal, como ya se vió, en tanto que ésta es fenómeno sustancial que consiste en la identidad del demandante con la persona a quien la ley concede el derecho que reclama y en la identidad del demandado con la persona frente a la cual se puede exigir la obligación correlativa... ”².

Siguiendo la misma línea jurisprudencial en nuevo pronunciamiento expuso que: “para que [la] pretensión sea acogida en la sentencia es menester, entre otros requisitos, que se haga valer frente a la persona respecto de la cual el derecho puede ser reclamado (...), pues **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 aquél**”³ (Resaltado por la Sala).

Expresado con otras palabras, la ausencia de legitimación en la causa, tanto por activa como por pasiva, “no constituye impedimento para desatar el litigio, sino motivo para desatarlo en forma adversa al actor, 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 el litigio ”⁴.

4.- La pretensión invocada por la sociedad demandante no es otra que la rendición provocada de cuentas de la Corporación Club San Fernando dada su calidad de depositario provisional del inmueble con folio de matrícula inmobiliaria No. 370-25995, así se establece del fundamento fáctico de la demanda (Derivado 003 del expediente digital), esgrimiendo como argumento cardinal que como administradora del FRISCO y en representación de ese fondo, es la secuestre de los bienes respecto de los cuales se han decretado medidas cautelares de embargo, secuestro y de suspensión del poder dispositivo, en ese camino, que a propósito del artículo 2º de la Resolución No. 0071 de 27 de enero de 2011 se designó a la pasiva como depositaria provisional, y en virtud el literal “D” de esa resolución, se encuentra en la obligación de rendir cuentas mensuales justificadas de su gestión. Adicionalmente, que debía presentar un informe de gestión y contable, incluso, trasladar los recursos recibidos durante cada mes, acorde con lo dispuesto en la Resolución 15 de 2015, entre otros.

En esa misma tónica, resaltó que en la Resolución No. 377 de 16 de octubre de 2015 fue removida del cargo, “exigiéndole la rendición de cuentas comprobadas respecto del inmueble (...)”. Finalmente, precisó que el artículo 17 de la Resolución 0001 de 20 de agosto de 2014 dispuso que los depositarios removidos deberán rendir un informe final de cuentas.

² G.J. t. CXXXVIII, 364/65

³ sentencia de 14 de agosto de 1995, exp. 4268

⁴ MORALES MOLINA, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil – Parte General. Ed. ABC, Bogotá. 1983, p. 150.

5.- Ahora bien, revisados los anexos de la demanda se advierte que en virtud de la Resolución No. 0071 del 27 de enero de 2011 la Dirección Nacional de Estupefacientes nombró a la demandada como depositaria provisional del predio con folio de matrícula inmobiliaria No. 370-25995, hoy la pasiva.

En la parte resolutive de ese acto administrativo, se dispuso:

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: REMOVER del cargo de depositaria provisional a la LONJA DE PROPIEDAD RAIZ DE CALI Y VALLE DEL CAUCA, identificada con NIT 890.311.142-1 representada legalmente por el doctor Gustavo Adolfo Jaramillo Velásquez, a través de su afiliada INMOBILIARIA ASESORES INMOPACIFICO.

PARAGRAFO: CONCEDER al depositario removido, el término de diez (10) días hábiles, contados a partir de la comunicación del presente acto administrativo, para que presenten por escrito ante la Subdirección de Bienes de esta Entidad, un informe detallado y soportado de su gestión.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOMBRAR como depositario provisional del Lote de Terreno ubicado en la Carrera 37 No. 5-39 ó Calle 5 No. 36 B - 85 ó Diagonal 29 No. 36 B - 31 Calle 14 S No. 15 - 20 Carrera 17 S No. 12 - 40 Carrera 15 S No. 13- 58 de la ciudad de Santiago de Cali, distinguido con folio de matrícula inmobiliaria 370-25995, a la CORPORACIÓN CLUB SAN FERNANDO con NIT 890.308.617-7, representada legalmente por el señor VICTOR MANUEL HERNANDEZ.

En dicha actuación, se estableció como obligación del depositario, entre otras, la de: “D. Entregar un informe mensual a la Dirección Nacional de Estupefacientes sobre el uso y estado de conservación, así como de la explotación del bien”; y, “F. Presentar la rendición final de cuentas al terminar el depósito, en sede administrativa”.

Es más, en la parte considerativa de dicho acto administrativo, la entidad pública resaltó: “Que el artículo 20 del Decreto 1461 de 2000 al referirse a los derechos, atribuciones, facultadas, deberes y responsabilidades de los depositarios y destinatarios provisionales señala: ‘Los Destinatarios o Depositarios Provisionales de los bienes materia de comiso o incautación tendrán todos los derechos, atribuciones y facultades y estará sujeto a todas las obligaciones, deberes y responsabilidades, que para los depositarios judiciales o secuestres determinan las leyes, debiendo rendir cuentas mensual de su administración a la Dirección Nacional de Estupefacientes’. Y más adelante, “Que teniendo en cuenta que el depositario provisional se asimila al secuestre judicial, le son aplicables las normas previstas en el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil”.

De otro lado, en lo que toca al contenido de la Resolución 377 de la Sociedad de Activos Especiales S.A.S., “Por medio de la

Exp. 2016-00908-01 Rendición Provocada de Cuentas de Sociedad de Activos Especiales S.A.S. SAE S.A.S. contra Corporación Club San Fernando.

cual se remueven unos Depositarios Provisionales y se dispone ejercer la administración directa de los bienes muebles por parte de la Sociedad de Activos Especiales S.A.S.”, se vislumbra que removió a la demandada del cargo de depositario provisional del bien en cuestión, “en atención a las causales señaladas en el mismo, quienes deberán rendir cuentas comprobadas de su gestión dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la comunicación del presente acto administrativo”.

Nº	Nº MATRIZ	Nº MATRICULA INMOBILIARIA	DIRECCION	MUNICIPIO - DPTO	DEPOSITARIO A REMOVER	Nº DE RESOLUCIÓN DE NOMBRAMIENTO O DILIGENCIA DE INCAUTACIÓN	FECHA DE RESOLUCIÓN O NOMBRAMIENTO	Nº DE CAUSAL DE REMOCIÓN
44	10101346001346-001	370-25995	KR 37 5 -39	CALI - VALLE DEL CAUCA	CORPORACIÓN CLUB SAN FERNANDO	0071	27/01/2011	1,2,3

5.1.- En el presente asunto, se desprende del material probatorio, en especial de los documentos aludidos, que la Dirección Nacional de Estupefacientes designó a la demandada –CORPORACIÓN CLUB SAN FERNANDO- como depositaria provisional del predio identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 370-25995, es más, que de ese cargo fue removida tiempo después por la demandante –Sociedad de Activos Especiales S.A.S.

Frente a última, es de señalar que en los antecedentes de la Resolución 377, se consignó: “De acuerdo con lo previsto en la Ley 1708 de 2014, por medio de la cual se expide el código (sic) de Extinción de Dominio, la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. -SAE S.A.S. asumió la administración y comercialización de los bienes inmuebles incautados, con extinción de derecho de dominio o comiso, que forman parte del Fondo de Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado FRISCO y que han sido puestos a disposición en virtud de las medidas cautelares decretadas por la autoridad judicial competente en procesos relacionados con delitos de narcotráfico, extinción de dominio y conexos”.

En dicho acto administrativo también se hace alusión a la Resolución No. 14 de 19 de febrero de 2015 de la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. “Por medio de la cual se establece el comité de depositarios provisionales, mandatarios y liquidadores, y se reglamenta su funcionamiento”. Incluso, se indicó: “Que uno de los objetivos de la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. -SAE S.A.S., es ejercer una adecuada y transparente administración de los activos entregados a la Nación a través del FRISCO, y que eran administrados por la extinta Dirección Nacional de Estupefacientes, por medio de depositarios provisionales designados por esa entidad”.

Exp. 2016-00908-01 Rendición Provocada de Cuentas de Sociedad de Activos Especiales S.A.S. SAE S.A.S. contra Corporación Club San Fernando.

Finalmente, obra en el plenario copia de la Resolución No. 001 del 20 de agosto de 2014 expedida por la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. *“Por medio de la cual establece el procedimiento de selección de los depositarios provisionales y se dictan otras disposiciones”, como de la Resolución 015 del 20 de febrero de 2015 “Por medio de la cual se modifica la resolución número 001 del 20 de agosto de 2014 (...)”.*

La primera, en el artículo 15 contempla las obligaciones generales de los depositarios provisionales, entre ellas, *“(r)endir informes mensuales de gestión, contables, financieros, de uso y estado, ingresos o gastos según la naturaleza del bien y relacionados con su administración, la omisión de este requisito dará lugar a la remoción del cargo de depositario y a su exclusión del Registro de Elegibles”.*

Y en el 17: *“El depositario deberá presentar la rendición de cuentas una vez termine su gestión o cuando así lo exija la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. –SAE (...)”*

El primer canon fue modificado en la Resolución 15 del 20 de febrero de 2015.

Finalmente, es de significar que, a propósito de la supresión y liquidación de la Dirección Nacional de Estupefacientes, el FRISCO *“(...) cuenta especial sin personería jurídica administrada por la Dirección Nacional de Estupefacientes (...)”* es administrada por la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. Al respecto, el artículo 90 de la Ley 1708 de 2014 establece:

“El Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado (Frisco) es una cuenta especial sin personería jurídica administrada por la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. (SAE), sociedad de economía mixta del orden nacional autorizada por la ley, de naturaleza única y sometida al régimen del derecho privado, de acuerdo con las políticas trazadas por el Consejo Nacional de Estupefacientes o su equivalente, con el objetivo de fortalecer el sector justicia, la inversión social, la política de drogas, el desarrollo rural, la atención y reparación a víctimas de actividades ilícitas, y todo aquello que sea necesario para tal finalidad (...)”.

5.2.- Así las cosas, se advierte que la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. tiene un derecho cierto y reconocido respecto de la Corporación Club San Fernando, ente que a propósito del cargo que desempeñó como depositario provisional del predio con folio de matrícula No. 370-25995 se encuentra obligado a rendir cuentas de gestión.

Cuestión que por lo demás, en el fondo, no desconoce, al señalar que *“(...) es inexistente la obligación contractual o legal de entregar*

Exp. 2016-00908-01 Rendición Provocada de Cuentas de Sociedad de Activos Especiales S.A.S. SAE S.A.S. contra Corporación Club San Fernando.

las sumas de dinero y/o rendir cuentas sobre la administración del bien, distintas a los informes mensuales sobre la administración del bien que fueron debidamente presentados”, incluso, “De esta manera queda acreditado que la CORPORACIÓN CLUB SAN FERANANDO (sic) cumplió su obligación de rendir informes sobre el estado de conservación del bien objeto del depósito provisional y gratuito, así como de los eventos o actividades ocasionales realizadas en desarrollo de su objeto, en el citado inmueble” (Recurso de apelación demandado).

6.- Ahora bien, en punto al espacio temporal sobre el que debe rendir las respectivas cuentas, memórese que de un lado, la parte actora aduce que debió ordenarse desde el 31 de agosto de 2012 al 4 de abril de 2018 -data en la que se restituyó formalmente el predio- ; y de otro, la pasiva hizo referencia a la violación al principio de congruencia, pues a su juicio, “(c)onforme a los términos de la demanda presentada, la rendición provocada de cuentas se presentó con relación al periodo comprendido entre el mes de octubre de 2011 al mes de agosto de 2012”, comoquiera que, “(a)sí se desprende de las cuentas contenidas en el juramento estimatorio, donde se hace una relación de cuentas referidas al mencionado periodo”.

Para resolver, de forma liminar debe decirse que la pretensión consiste en el reclamo que el actor hace de un derecho que considera vulnerado frente a otra y, debe estar contenida en un escrito llamado demanda, para que a través de ella se resuelva el interés jurídico invocado mediante una sentencia; o sea, que entre la demanda y el fallo debe existir estrecha conexidad, de lo contrario se estaría violando el principio de la congruencia consagrado en el artículo 281 del C. G. del Proceso, que necesariamente ha de presentarse entre estas dos piezas procesales.

Uno de los requisitos para que la demanda sea admisible es que se determine en forma clara y precisa “...lo que se pretende...”, esto es, indicar en forma concreta y transparente la súplica que implora o las varias pretensiones que haya acumulado, de ser el caso.

Sobre este tema nuestro máximo órgano de cierre de la especialidad civil ha sostenido: “[c]omo la pretensión, es la esfera del Derecho Procesal, implica generalmente la exigencia frente a una persona de determinada declaración judicial, tiene que deducirse mediante una demanda, o sea el escrito por el cual se pide tutela para un interés jurídico, a través de una sentencia. Es tan íntima la relación existente entre la demanda y la sentencia, que la doctrina ve en dichos dos actos los límites dentro de los cuales se desenvuelve ordinariamente todo el procedimiento. En verdad que cuando una persona quiere hacer valer un derecho suyo, en el escrito inicial debe solicitarle al juez la declaración que pretende, con invocación de una concreta situación de hecho, es decir, expresando tanto el petitum como la causa petendi de la

Exp. 2016-00908-01 Rendición Provocada de Cuentas de Sociedad de Activos Especiales S.A.S. SAE S.A.S. contra Corporación Club San Fernando.

pretensión. Dada la trascendencia que la demanda tiene en la constitución, desarrollo y culminación del proceso, dicho libelo debe ajustarse en su forma a ciertos requisitos, que en el ordenamiento procesal colombiano están determinados por los artículos 75, 76, 77, 78, 79 y 82 de la respectiva codificación. Según tal preceptiva, para que la demanda sea admisible debe determinar en forma precisa y clara “lo que se pretenda” por el demandante, o sea la nítida indicación de la pretensión incoada, o de las varias pretensiones que acumuladamente instaure; y, además, el señalamiento de los hechos que sirven de fundamento a las súplicas, “debidamente determinados, clasificados y numerados”, o sea formando grupos según la materia, con la lógica separación que la relación material exige... Cuando se trata de súplicas que atañen a una dualidad de relaciones jurídicas que no pueden coexistir por ser antitéticas, la ley posibilita su acumulación pero solamente en forma eventual o subsidiaria, pues en tal hipótesis el demandante subordina la estimación de una de ellas a la desestimación de la otra. En este acontecer nada impide, y antes bien la naturaleza de las cosas así lo requiere, que el demandante determine en su demanda hechos o fundamentos generalmente contradictorios o excluyentes...” (G.J., t. CLXXII (172), pág.234, 235).

Ahora bien, revisado el libelo introductorio se advierte que las pretensiones son del siguiente tenor:

Sírvase señor Juez realizar las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERA: Se ordene a la **CORPORACIÓN CLUB SAN FERNANDO** rendir cuentas comprobadas en el término de 10 días a la **SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.S.** de los actos, gastos, pagos, procesos, diligencias y demás hechos relacionados con su gestión como depositaria provisional, respectivamente, durante el periodo en el que obró en esa calidad, esto es, desde 14 de febrero de 2011 hasta el 16 de octubre de 2015, respecto del inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 370-25995.

SEGUNDA: Teniendo en cuenta la trascendencia del asunto, se ordene a la **CORPORACIÓN CLUB SAN FERNANDO** para que presente las cuentas, cotizaciones, recibos y demás soportes de ingresos y egresos, así como las autorizaciones expresas, en la administración de los asuntos a ella encomendados. Así como los recibos de pago de las obligaciones a su cargo, tales como impuesto predial y servicios públicos.

TERCERA: Se condene a la parte demandada a pagar las costas y gastos del proceso.

Luego de forma clara se advierte que el lapso del que solicitó la demandada la presentación de las cuentas en gestión, obedece al 14 de febrero de 2011 hasta el 16 de octubre de 2015, por tanto:

- No es posible atender la queja de la parte actora en punto a la finalización del ítem debe ser el 4 de abril de 2018, data en la que la demandada le entregó el inmueble en cumplimiento de la Resolución 377 de 16 de octubre de 2015, básicamente, porque acorde con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 281 del Código General del Proceso, “(n)o podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en ésta” (El resaltado no es original).

Adicionalmente, si bien ese canon contempla: “(e)n la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio”; no obstante, el libelo introductorio se presentó el 5 de octubre de 2020 (002Secuencia.pdf), de modo que, para tal calenda la demandante ya tenía certeza de la fecha en que había sido entregado el predio; sin embargo, no formuló las súplicas en debida forma.

- Por último, en lo que toca a la impugnación de la pasiva, atinente a la violación al principio de congruencia, basta señalar, que es la pretensión la que determina el alcance del litigio, mas no las afirmaciones contenidas en el acápite denominado: “VII. ESTIMACIÓN RAZONADA Y JURAMENTADA DE LA CUANTÍA”, sin duda, allí se hizo alusión con estribo en los artículos 206 y 379 del Código General del Proceso a que las cuentas se estimaban en \$224’860.400”.

Vale la pena anotar, adicionalmente, que las exigencias del citado artículo 206, no solo constituyen una obligación para darle apertura a la demanda, sino que resultan indispensables para que la parte opositora tenga la oportunidad de entender, objetar y desvirtuar, si a bien lo tiene, el reclamo de lo que se le adeude o considere deber.

Y, es que como lo expresó el máximo Tribunal Constitucional al estudiar una demanda de inconstitucionalidad en contra del párrafo del artículo 206 del Código General del Proceso, el juramento estimatorio no se trata de un mero requisito formal, sino de un verdadero deber dado que compromete la responsabilidad de la parte y su apoderado con el propósito que se obre con lealtad y buena fe al momento de formular su demanda, y no se haga por sumas exorbitantes y que no se acerquen a la realidad del proceso, juramento que entre otras cosas valga la pena precisar se encuentra regulado como medio de prueba mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria, implicando entonces que la parte interesada sea lo más comprometida, razonable y precisa al señalar las cifras que lo integren, de ahí que no sea admisible tener en cuenta el juramento en la forma aquí efectuada.

Sobre dicha temática, la Corte Constitucional expresó:

“5.2. Como se acaba de ver, y como lo advierte el Instituto Colombiano de Derecho Procesal en su intervención, el Código General del Proceso reconoce, incorpora y desarrolla el principio constitucional de la buena fe. Este principio y su valor correlativo: la probidad,

Exp. 2016-00908-01 Rendición Provocada de Cuentas de Sociedad de Activos Especiales S.A.S. SAE S.A.S. contra Corporación Club San Fernando.

son uno de los pilares de este sistema legal. De ahí que sus manifestaciones contrarias, la mala fe y la temeridad, sean combatidas y sancionadas en múltiples normas.

5.2.1. Por razones de probidad y de buena fe se exige, por ejemplo, que el demandante obre con sensatez y rigor al momento de hacer su reclamo a la justicia, en especial en cuanto atañe a la existencia y a la cuantía de los perjuicios sufridos. Como se ilustró atrás, no se trata de un mero requisito formal para admitir la demanda, sino que se trata de un verdadero deber, cuyo incumplimiento puede comprometer la responsabilidad de la parte y de su apoderado.

5.2.2. Por las mismas razones se permite que la parte estime de manera razonada la cuantía de los perjuicios sufridos, **bajo la gravedad del juramento**, y se reconoce a esta estimación como un medio de prueba que, de no ser objetada, también de manera razonada, o de no mediar una notoria injusticia, ilegalidad o sospecha de fraude o colusión, brinda soporte suficiente para una sentencia de condena. Esto quiere decir que basta con la palabra de una persona, dada bajo juramento, para poder tener por probada tanto la existencia de un daño como su cuantía.”⁵ (Resaltado del Despacho)

Y no se diga que las resultas del proceso resultaron ajenas a la pasiva, puesto en la contestación de la demanda a las pretensiones consideró: “Me opongo de manera expresa y concreta a la rendición de cuentas solicitadas, toda vez que no existe obligación legal ni contractual por parte del demandado de rendirlas, tal como se expone en el acápite de excepciones y argumentos de defensa. Mucho menos existe obligación legal o contractual de entregar las sumas de dinero indicadas en el juramento estimatorio” (Derivado 003).

Así las cosas, en consideración de esta Colegiatura el juez a quo no soslayó el principio de congruencia, mucho menos, desconoció el derecho de defensa y contradicción que le asisten a la corporación demandada.

De otro lado, se itera, a tono con lo dispuesto en el citado artículo 281 del Código General del Proceso “(l)a sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así la lo exige la ley”, de modo tal, que es la pretensión la que determina el objeto del litigio, mas no el juramento estimatorio, se insiste.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-157 de 2013. M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.

Exp. 2016-00908-01 Rendición Provocada de Cuentas de Sociedad de Activos Especiales S.A.S. SAE S.A.S. contra Corporación Club San Fernando.

- En lo que toca a la omisión de “la exigencia prevista en la ley de presentar la estimación de los valores adeudados, sí es que se considera que se le adeuda suma alguna, o de establecer la inexistencia de deudas pendientes”, es de anotar que de acuerdo a los numerales 4º, 5º y 6º del canon 379 ib., de ordenarse rendir las cuentas, una vez sean presentadas, se dará traslado al demandante para que si es del caso formule objeciones, aquéllas “que se tramitarán como incidente y en el auto que lo resuelva se fijará el saldo que resulte a favor o a cargo del demandado y se ordenará su pago”; no obstante, en ese escenario no se encuentra el expediente. Por tanto, el argumento no tiene la virtualidad para que el fallo sea objeto de revocatorio, máxime si hasta ahora se trataba de dilucidar la legitimación en la causa por pasiva.

6.1.- Sea este el escenario para referir que el alcance de las actuaciones surtidas por la pasiva con ocasión de la administración del bien deberá evaluarse en etapa posterior, según se indicó.

7.- Con estribo en lo antes discurrido, se confirmará la decisión objeto de censura, por las argumentaciones expuestas en esta instancia. Sin condena en costas.

V. DECISION

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

RESUELVE:

1.- CONFIRMAR la sentencia dictada el 12 de julio del año 2023 por el Juzgado Cuarenta y Nueve Civil del Circuito de Bogotá.

2.- SIN CONDENA en costas de esta instancia al no tener acogida los reparos de los extremos contendientes frente a la decisión de primer grado.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
MAGISTRADA

Exp. 2016-00908-01 Rendición Provocada de Cuentas de Sociedad de Activos Especiales S.A.S. SAE S.A.S.
contra Corporación Club San Fernando.

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA
MAGISTRADA

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: **1ebc8cfafc875132668d29b90450328686aafe1cc2abe1830c6df9c1c3759ace**
Documento generado en 27/10/2023 10:27:14 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., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: RICARDO ACOSTA BUITRAGO

Proceso:	Anulación
Demandante:	Comunicación Celular Comcel S.A.
Demandado:	Compañía de Celular Line Colombia Tecnología Celular S.A.S. en adelante Celular Line
Tema:	Solicitud

Teniendo en cuenta el informe que antecede, se le ordenará a la secretaría de este tribunal que entregue el depósito consignado por la sociedad Comunicación Celular Comcel S.A. por valor de \$7 000 000 a favor de Celular Line con ocasión a las costas impuestas mediante sentencia proferida el 2 de mayo de 2022, previa verificación del certificado de existencia y representación vigente o el poder debidamente conferido con facultad para recibir (inciso 1, artículo 461 CGP).

NOTÍFIQUESE,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: RICARDO ACOSTA BUITRAGO

Proceso	Liquidatorio de persona natural.
De	Misael Muñoz Robayo
Motivo:	Conflicto de Competencia

ASUNTO.

Se resuelve el conflicto que en torno a la competencia enfrentó a los Juzgados 51 y 1 Civiles del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El juzgado 51 del circuito de Bogotá, avocó conocimiento del presente proceso de liquidación judicial, el pasado 31 de marzo de 2016 (antes concursal) del señor Misael Muñoz Robayo iniciado en el año 1999¹, que provenía del juzgado 33 civil del circuito de la misma ciudad, en virtud de las medidas de descongestión de despachos judiciales adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura mediante acuerdo PSSAA-15-10371 del 31 de julio de 2015².

El 14 de junio de 2022, el apoderado de uno de los acreedores le presentó solicitud de pérdida de competencia, sustentándola en el artículo 121 del CGP, que fue denegada mediante providencia calendada 2 de septiembre de 2022, al señalar; *“Se recuerda al memorialista que la figura... tiene como finalidad establecer un término al juez para dictar sentencia dentro de determinado proceso, lo que no es aplicable al presente asunto, pues estos*

¹ Cuaderno Principal “Cuaderno Principal”. Subcarpeta “C079Cuaderno1SPrimeraInstancia” Archivo “Cuaderno1SPrimeraInstancia”. FI 313.

² “Por el cual se prorrogan, ajustan y adoptan unas medidas de descongestión y se dictan otras disposiciones”

procesos no terminan con sentencia, sino con el pago de las acreencias del deudor”.

Decisión que fue objeto de recurso de reposición, el cual fue resuelto de manera favorable por el juzgador en auto de fecha 30 de marzo de 2023 y, en consecuencia, ordenó la remisión del expediente al Juzgado 1 civil del Circuito, siguiente en turno, al considerar que le asistía razón al solicitante.

Sin embargo, el Juzgado 1 civil recibió el expediente, pero, en auto del 20 de junio de 2023, propuso conflicto de competencia, al mostrarse en desacuerdo con el anterior argumento, y ordenó la remisión del expediente a esta Corporación.

El asunto arribó al Tribunal el 17 de octubre de 2023.

CONSIDERACIONES.

Es competente el Tribunal Superior para dirimir el presente conflicto toda vez que los despachos judiciales pertenecen a este mismo distrito judicial, siendo la Sala Civil el superior funcional común de todos ellos de conformidad con los arts. 139 y 35 del C.G.P.

El Juez 1 Civil del Circuito de Bogotá considero que *“la pérdida de la competencia sólo se configura cuando, una vez expirado el plazo legal sin que se haya proferido la providencia que pone fin a la instancia procesal, una de las partes alegue su configuración, lo cual, según se vio, en este caso únicamente vino a ocurrir hasta el mes de junio de 2022 (archivo 5 Cdo.1), esto es, más de cinco (5) años después del instante a partir del cual feneció el plazo del artículo 121 del C.G.P.”* Fundamentándose en ello para concluir lo siguiente; *“es evidente que, una vez acaecido el término de un año en cuestión, el proceso siguió su curso normal, con la aquiescencia de todos los intervinientes, expresada con su silencio sobre el particular, con lo cual quedó subsanada cualquier irregularidad relacionada con el artículo 121 del Código General del Proceso”.*

Ciertamente, el artículo 121 del C.G.P. señala que *“será nula la actuación posterior que realice el juez que haya perdido competencia para emitir la respectiva providencia”* y que *“no podrá transcurrir un lapso superior a un (1) año para dictar sentencia de primera instancia, contando a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda o mandamiento ejecutivo a la parte demandada o ejecutada”*. No obstante, una es la situación de nulidad de las actuaciones que se pueden presentar vencido el término del periodo para fallar y otra la de la pérdida de competencia del encargado del asunto.

La primera, como bien dijo el juez receptor de las diligencias, es saneable por el actuar posterior sin proponerla. La segunda no cuenta con una forma de validación pero, aunque no conlleva nulidad, sí impide al juez seguir conociendo el proceso.

Frente al tema la Corte Constitucional ya ha expuesto, en la sentencia C-443 de 2019, al estudiar la constitucionalidad, precisamente, del inciso segundo de artículo aquí tratado, que en los supuestos en que ha vencido el plazo de duración del proceso es viable declarar la pérdida de competencia, con el argumento siguiente: *“Conformada la unidad normativa en función de la identidad de contenidos y con el propósito de evitar la inocuidad del fallo judicial, se declarará la exequibilidad condicionada del inciso 2 del artículo 121 del CGP, para aclarar que este es constitucional, en tanto se entienda que la pérdida de la competencia sólo se configura cuando, una vez expirado el plazo legal sin que se haya proferido la providencia que pone fin a la instancia procesal, una de las partes alegue su configuración”* (se subraya para destacarlo). Lo anterior, es suficiente para entender que siempre y cuando el plazo del proceso estuviere vencido, si la parte invoca esta situación y no se ha dictado previamente la sentencia, no queda otro camino que reconocerla.

Bajo ese entendido, cabe resaltar en torno a la nulidad prevista en el art. 121 del C.G.P. que no puede confundirse la saneabilidad con la pérdida de competencia, pues la actuación posterior no es nula, porque se saneó, pero a ello no le sigue que el juez no pierda competencia si el plazo de duración venció y una de las partes reclamó la aplicación de los efectos previstos en

dicha norma. Por eso, la misma Corte puntualizó en su decisión que *"la pérdida de la competencia y la nulidad consecuencial a dicha pérdida debe ser alegada antes de proferirse sentencia, y segundo, que la nulidad es saneable en los términos del artículo 136 del CGP.*

Ahora bien, en virtud a lo señalado por el juzgado 51, se advierte que el sub examine es un proceso especial que se rige por *"la Ley 222 de 1995, por ser un asunto iniciado antes de la entrada en vigencia de la Ley 1116 de 2006."* Entonces, el asunto no termina con una sentencia sino con el pago de las acreencias del deudor, como se vislumbra en la norma que se transcribe a continuación.

"ARTICULO 199. DECLARATORIA DE TERMINACION. *Efectuado el pago de los pasivos externo e interno, la Superintendencia de Sociedades declarará terminada la liquidación y ordenará el levantamiento de las medidas cautelares, si las hubiere. Cumplido lo anterior, se archivará el expediente, sin perjuicio de la responsabilidad penal que proceda contra el deudor, los administradores y el liquidador."*

De lo cual se infiere razonadamente que carece de sustento jurídico aplicar la regla de la pérdida de competencia del artículo 121 a este caso, porque no puede exigirse al operador judicial la expedición de una sentencia o de una providencia que ponga fin a la instancia como se entiende en el contexto de los procesos regulados por el C.G.P., en tanto que una vez el liquidador ha pagado las acreencias respectivas lo ordenado por la ley es emitir un auto donde se da por terminado el trámite liquidatario, mas no decidir de fondo sobre un asunto contencioso. Ciertamente la liquidación iniciada en el año 1999, que pasó a estar a cargo del juzgado 51 en el 2016, ahorra bajo las reglas de la Ley 222, según se informó, es un trámite especial distinto a los regulados por el nuevo código procesal, incluso de la liquidación patrimonial que se encuentra reglamentada en este cuerpo normativo.

Por lo tanto, tuvo razón el juez 51 civil en su razonamiento al negar en una primera oportunidad la solicitud impetrada, toda vez que en no puede predicar que ha perdido competencia para seguir conociendo de las diligencias. Otra cosa es que no haya dedicado la atención o desplegado las actuaciones que

como director del proceso puede acometer para evitar la dilación o detención del asunto a su cargo (art. 42 C.G.P.), aspecto que los interesados, concursado o acreedores, pueden reclamarle para lograr las medidas conducentes a su trámite.

Así las cosas, ni pérdida de competencia ni de nulidad de las actuaciones ha ocurrido y el proceso se remitirá al Juzgado 51 Civil del Circuito de Bogotá, para que reasuma su conocimiento y siga con el trámite procesal correspondiente.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá-Sala Civil,

RESUELVE:

Declarar que el Juzgado 51 Civil del Circuito de Bogotá es el competente para continuar conociendo de este proceso, a donde será enviado inmediatamente el expediente.

Infórmese mediante oficio, lo aquí decidió al Juzgado 1 Civil del Circuito de la misma ciudad.

Devuélvanse las diligencias al juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE,


RICARDO AGOSTA BUITRAGO
Magistrado