



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL

1º DE SEPTIEMBRE DE 2021

EL CONTENIDO DE ESTE BOLETÍN ES DE CARÁCTER INFORMATIVO, SE RECOMIENDA REVISAR DIRECTAMENTE LA PROVIDENCIA O EL VIDEO.

EL DOCUMENTO SE ENCUENTRA EN LA PÁGINA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/relatoria-tribunal-superior-de-bogota/44>

SALA CIVIL

INTERMEDIACIÓN DE SEGUROS	PÁG 3 - 8.
ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR	PÁG 8 - 12.
ACTIVIDADES PELIGROSAS – PRESCRIPCIÓN – CONCURRENCIAS DE CULPAS	PÁG 13 - 23.
RESTITUCIÓN DE INMUEBLE	PÁG 23 - 30.
CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN	PÁG 30 - 37.
PERTENENCIA – INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN	PÁG 37 - 44.

SALA CIVIL

INTERMEDIACIÓN DE SEGUROS MP ADRIANA AYALA PULGARÍN RADICADO 110013103 028 2009 00295 03

TESIS: La Sala advierte que efectivamente se estaba negociando un nuevo contrato por las partes, bajo otras condiciones económicas que requería forzosamente el acuerdo de voluntades, el que finalmente no se suscribió, pero lo que no está acreditado es que fuera condición *sine qua non* que para firmarse el acuerdo de terminación debía celebrarse un nuevo contrato.

Finalmente, resáltese que los acuerdos se celebran para cumplirse, y sólo se puede invalidar “sino por consentimiento mutuo o por causas legales” conforme lo prevé el artículo 1602 del C.C., y aquí no se acreditó la existencia de ninguna causa legal que permita invalidar el acuerdo de 25 de febrero de 2005, a lo que cabe agregar que la parte actora no formuló pretensión alguna en ese sentido.

OBJETO DE LA DECISIÓN

La Sala Segunda Civil de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 8 de octubre de 2019 proferida por el Juzgado Cuarenta y Seis Civil del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. Central Outsourcing de Fianzas S.A. Calinco S.A. (antes Castillo Link y Cortes S.A.S.) formuló demanda verbal en contra de QBE Seguros S.A. (antes Compañía Central de Seguros S.A.), para que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas:

1.1 Declarar que “la terminación por mutuo acuerdo del contrato SG-20-04 llevado a cabo entre” dichas sociedades, “contenida en el acta suscrita entre” las mismas “el 25 de febrero de 2005, “no produjo efecto alguno, comoquiera que estaba sujeta a la condición de la celebración del nuevo contrato entre las partes, distinguido con el número SG-05-05, el cual nunca se perfeccionó” y, como consecuencia, **declarar** “que para todos los efectos el contrato SG-20-04 [...] no terminó” de tal manera.

1.2. Asimismo, **declarar** que la sociedad demandada “incumplió el contrato SG-20-04 [...] por las razones señaladas en el acápite de los hechos”; **consecuencialmente, declarar** que la demandante “dio por terminado válidamente, a partir del día once (11) de marzo de dos mil cinco (2.005), de forma unilateral y con justa causa, el contrato SG-20-04 suscrito con la sociedad demandada” y, a su vez, **condenar** a la pasiva al pago de: (i) **\$362'700.665.91** o lo que resultara probado en el proceso, por concepto de **daño emergente** correspondiente “al monto que la sociedad demandante invirtió en la ejecución del contrato de agencia comercial SG-20-04”, (ii) “el valor de la pérdida de poder adquisitivo [...] desde el momento en que se produjeron todos y cada uno de los gatos reseñados en la

pretensión anterior [i], hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia”; (iii) “el valor de los intereses moratorios calculados a la máxima tasa vigente por cada periodo de mora, calculados sobre la suma a la que resulte condenada de acuerdo con las dos pretensiones anteriores [i y ii], desde el momento de la ejecutoria de la sentencia [...] hasta que se lleve a cabo el pago respectivo”; (iv) **\$7.753'700.000,00** o lo que resultara probado en el proceso, por concepto de **lucro cesante** correspondiente a “las comisiones a las que la sociedad demandante tendría derecho de no haber mediado la terminación unilateral con justa causa del contrato SG-20-04”; (v) “el valor de la pérdida de poder adquisitivo desde el trece (13) de junio de dos mil cinco (2.005)”, sobre el monto de cada una de las indemnizaciones anuales que conforman el lucro cesante antedicho [iv], “hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia”; (vi) “el valor de los intereses moratorios calculados a la máxima tasa vigente por cada periodo de mora, calculados sobre la suma a la que resulte condenada de acuerdo con las dos pretensiones anteriores [iv y v], desde el momento de la ejecutoria de la sentencia [...] hasta que se lleve a cabo el pago respectivo”; (vii) **\$5.243'247.000,00**, o lo que resultare probado en el proceso, por concepto de **lucro cesante** correspondiente a “la participación de utilidades a la que la sociedad demandante tendría derecho según parágrafo primero de la cláusula séptima del contrato, de no haber mediado” su terminación; (viii) “el valor de la pérdida de poder adquisitivo desde el trece (13) de abril de dos mil cinco (2005)”, sobre el monto de cada una de las indemnizaciones anuales que conforman el lucro cesante precitado [vii], “hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia”; (ix) “el valor de los intereses moratorios calculados a la máxima tasa vigente por cada periodo de mora, calculados sobre la suma a la que resulte condenada de acuerdo con las dos pretensiones anteriores [vii y viii], desde el momento de la ejecutoria de la sentencia [...] hasta que se lleve a cabo el pago respectivo”.

1.3. Por otra parte, **declarar** que QBE Seguros S.A. está obligada a pagar a Central Outsourcing de Fianzas S.A. Calinco S.A., “*el valor de la participación de utilidades pactada en el parágrafo primero de la cláusula séptima del contrato SG-20-04, correspondiente*” al año 2004 y, como consecuencia, **condenarla** al pago de: **1. \$21'278.826,00** equivalentes al valor de las facturas No. 0012 de 16 de agosto de 2005 y 0023 de 12 de septiembre de 2005, correspondientes al cobro de utilidades del año 2004 y, **2.** de los intereses moratorios cuantificados a la máxima tasa vigente por cada período de mora, sobre la suma a la que resultare condenada en la pretensión anterior [1.], desde el 2 de septiembre de 2005, hasta la fecha de pago efectivo.

1.4. En igual sentido, **declarar** que la fustigada está obligada a pagar a la pretensora “*el valor de sus servicios por gestión administrativa pactados en la cláusula séptima del contrato SG-20-04*”, correspondientes al “*primer*” así como al “*tercer*” trimestres del año 2005 y, como consecuencia, **condenarla** al pago de: **a. \$132.724.964,00**, correspondientes al valor de la factura de venta No. 0015 de 5 de septiembre de dicha anualidad; **b. \$22.423.085,00**, correspondientes al valor de la factura de venta No. 0022 de 12 de septiembre del mismo calendario y; **c.** de los intereses moratorios cuantificados a la máxima tasa vigente por cada período de mora, sobre las sumas a las que resultare condenada en las pretensiones anteriores [a. y b.], desde el 19 de septiembre - para la factura No. 0015- y 12 de septiembre - en lo que toca con la factura No. 0022-, ambas fechas, del precitado año 2005 y hasta la fecha de pago efectivo.

1.5. Finalmente, **condenarla** en costas y agencias en derecho.

2. Para soportar lo así pedido se invocaron los hechos que se compendian así:

2.1. Las sociedades Central Outsourcing de Fianzas S.A. Calinco S.A. (antes Castillo Link y Cortés S.A.) y QBE Seguros S.A. (antes Compañía Central de Seguros S.A.), el pasado 12 de abril de 2004, celebraron el contrato de agencia SG-20-04.

2.2. Que, en virtud de la cláusula primera del contrato celebrado, el objeto que se pretendía era que Calinco S.A. abriera y conquistara nuevos mercados, en especial, relacionados con la fianza contractual, fianza judicial y responsabilidad civil en favor de QBE Seguros S.A.

2.3. Así mismo, el contratista -hoy demandante- se comprometió al cumplimiento de unas metas que incrementaban para cada una de las vigencias comenzando por el

equivalente a \$11.500.000.000 en primas emitidas para la primera anualidad.

2.4. Que el suscriptor de la compañía demandada nunca fue enviado a las instalaciones del extremo convocante, por lo que se incumplió la cláusula tercera del contrato, en concordancia con el Programa de Mercadeo Especializado de Seguros de Cumplimiento.

2.5. En su criterio, la demandada incumplió la cláusula cuarta del contrato, por no establecer o designar la cuenta corriente de la que trata la prerrogativa en mención.

2.6. Además, que nunca se entregó el sistema información que permitieran dar cumplimiento al objeto contractual, conforme a lo dispuesto en el literal G de la cláusula cuarta del convenio.

2.7. El 25 de febrero de 2005, de común acuerdo, las partes optaron por terminar anticipadamente el contrato SG-20-04, documento que, en criterio del convocante, estaba “*sujeto necesariamente a la suscripción de un nuevo contrato que recogiera los acuerdos a los que se había llegado*”.

2.8. No obstante, dado que el día 25 de febrero de 2005 se pretendía la suscripción de un nuevo acuerdo; que fue fallida por la negativa de firmarlo por el representante legal de la demandada, el demandante solicitó “*que le devolviera el acta de terminación por mutuo acuerdo del contrato SG-20-04 [que había sido firmada], ya que, al no cumplirse la condición pactada, la terminación por mutuo acuerdo se había tornado inexistente*”.

2.9. Sin respuesta o manifestación positiva para la celebración de un nuevo contrato, el día 11 de marzo de 2005, la compañía demandante dio por terminado el contrato con justa causa, por el “*incumplimiento de la sociedad demanda a sus obligaciones contractuales*”. Esto, pues en su criterio el acuerdo suscrito el 25 de febrero de 2005, carece de efectos jurídicos por no haberse cumplido con la condición para la terminación de común acuerdo.

2.10. Que, por haber terminado el contrato con justa causa, el demandante tiene derecho al pago conforme se deduce de lo estipulado en la cláusula séptima, de conformidad con el plazo de 5 años según consta en el numeral décimo segundo del convenio; así como de la cláusula penal.

2.11. Que la Sociedad presentó las facturas 0015 correspondiente al primer trimestre de 2005; 0022 conveniente al tercer trimestre del mismo año; 0012 y 0023 relacionadas a

participación de utilidades, sin que a la fecha se haya efectuado el pago por éstas.

3. El libelo fue admitido por el Juzgado Veintiocho Civil del Circuito de Bogotá, mediante auto del 29 de mayo de 2009, en el que se dispuso su traslado al extremo demandado. La convocada, a través de apoderado judicial, en la contestación a la demanda se opuso a las pretensiones y como medios defensivos invocó las excepciones previas de *“ineptitud de la demanda: existencia de un contrato de transacción que hizo tránsito a cosa juzgada”*, las que se declararon no probadas mediante proveído de 19 de abril de 2010.

3.1. La demandada igualmente formuló las excepciones de mérito que denominó: (i) *“inexistencia de terminación unilateral por justa causa del contrato por parte de Calinco S.A.”*; (ii) *“eficacia y validez del acuerdo de terminación por mutuo acuerdo”*; (iii) *“inexistencia de los supuestos incumplimientos a las obligaciones contractuales por parte de la compañía central de seguros”*; (iv) *“cobro de lo debido”*; (v) *inexistencia del supuesto incumplimiento a la obligación contractual por parte de la Compañía Central de Seguros porque el demandante no puede alegar su propia culpa”*; (vi) *“declaración recíproca de paz y salvo y renuncia a cualquier reclamación”*; (vii) *“no hay mora sin incumplimiento”*; (viii) *“excepción de contrato no cumplido”*; y, (ix) *“la que establezca o verifique la honorable juez de acuerdo a la sana crítica”*.

3.2. El día 25 de septiembre de 2009, se presentó reforma a la demanda en la que modificó las pretensiones declarativas y condenatorias en el sentido de que también se declare que el acuerdo de 25 de febrero de 2005 no produjo efecto alguno, la que fue admitida mediante proveído de 30 de septiembre de 2009, en el que se dispuso su traslado a la convocada, quien se opuso y reiteró sus excepciones.

3.3. El 19 de julio de 2010 se decretaron como pruebas del proceso las documentales aportadas por las partes; el interrogatorio de parte; las testimoniales pretendidas; la prueba pericial pedida; los oficios solicitados; y, la exhibición de documentos. No obstante, denegó la impugnación de pruebas y aplazó la inspección judicial propuesta.

LA SENTENCIA APELADA

La jueza de primer grado declaró probadas las excepciones de *“inexistencia de terminación unilateral por justa causa del contrato por parte de Calinco S.A.”* y la de *“eficacia y validez del acuerdo de terminación por mutuo*

acuerdo” invocadas por el apoderado de QBE Seguros S.A. y, en consecuencia, denegó las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos

La relación contractual suscitada entre la demandante y demandada, fue acreditada con la celebración del negocio de agencia comercial SG-20-04 suscrita el 12 de abril de 2004, en el que reposan cuáles fueron las condiciones y obligaciones que nacieron a la vida jurídica como resultado de ese convenio; no obstante, la vigencia de éstas no ha sido ratificada para la época de que la parte actora aduce haberlo finalizado unilateralmente y con justa causa debido a un presunto incumplimiento de su contraparte.

Reconoció que existió un acuerdo interpartes que, hasta la fecha, no ha logrado ser desvirtuado; por lo cual el mismo goza de plena eficacia jurídica para los contratantes, máxime si el contenido literal del acta de terminación demuestra que voluntariamente aceptaron rescindir sus efectos y declararse a paz y salvo recíprocamente respecto de las obligaciones que emanaron del mismo. Además, de común acuerdo, decidieron otorgar efecto de cosa juzgada a ese documento.

Asentó que el clausulado del documento de terminación solo hace referencia a la finalización del *primer* contrato en atención a la imposibilidad de alcanzar las metas que habían sido proyectadas; y no lo subordinó a la condición referente a la suscripción de un nuevo contrato, aun cuando se haya dejado la posibilidad de pactar otro convenio previos estudios económicos y financieros.

De modo que, en su sentir, se trató de una mera expectativa de suscribir un nuevo acuerdo que no alcanzó a materializarse, por lo que no podría entenderse que se han generado derechos en su favor.

Señaló que no fueron probadas las presuntas maniobras fraudulentas por parte de la demandada y/o sus representantes, que hayan podido coaccionar a la actora a aceptar la terminación por mutuo acuerdo.

Descartó la terminación con justa causa de la demandante, pues de un lado, el contrato había finalizado de común acuerdo con anterioridad, y del otro, consideró que no estaba legitimada para solicitar el incumplimiento ajeno, teniendo en cuenta que ésta no alcanzó los porcentajes de venta que se habían comprometido a vender en la primera vigencia del contrato

De ese modo, concluyó el contrato de agencia terminó con fundamento en lo consignado y firmado por las partes en el clausulado del

documento de 25 de febrero de 2005; documento que, además, irradia una presunción de autenticidad tal como lo dispone el artículo 244 del Código General del Proceso. Con tal convicción, denegó las pretensiones del libelo.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la determinación atrás reseñada, por intermedio de la formulación del recurso de apelación, el extremo demandante resistió a la sentencia dictada por considerar que incurrió en error de hecho en la apreciación la apreciación y valoración de los medios probatorios, por no considerar que el acta de terminación de 25 de febrero de 2005 y el documento del nuevo contrato se encontraban ligados y los efectos de uno dependían, necesariamente, del otro.

En ese sentido, arguye que hubo vicio en el consentimiento por parte de Calinco S.A., e razón a que, al momento de la firma de la terminación del contrato, se creía que habían llegado a un nuevo acuerdo. De modo que, en su criterio, el documento de 25 de febrero reseñado *“no tiene capacidad de producir efectos jurídicos por sí solo teniendo en cuenta que Calinco S.A. la suscribió bajo el convencimiento absoluto de estar modificando y no terminando sus relaciones comerciales con QBE Seguros S.A.”*.

Indica, entonces, que, aunque ese vicio en el consentimiento no *“haya sido alegado de esa manera en la demanda, [este] debió ser reconocido en la sentencia porque el Juez tiene la obligación de interpretar y apreciar adecuadamente el libelo donde se redactan los hechos que dan origen al proceso”*.

CONSIDERACIONES

1. Los presupuestos procesales se encuentran acreditados y no se observa causal de nulidad que pueda invalidar la actuación surtida ni impedimento alguno para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponda.

2. El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (ESOF) regula en el capítulo XII los intermediarios de seguros previendo como tales las sociedades corredoras de seguros, los agentes y agencias de seguros, cada una con una normatividad específica en lo tocante a la naturaleza jurídica, organización, capital, inspección, control y vigilancia.

2.1. Sobre la intermediación de seguros la jurisprudencia ha precisado que:

“3.4.8. En definitiva, memórase, la agencia, el agente y el corredor de seguros son instituciones relacionadas entre sí, por cuanto

median frente al cliente o posibles tomadores de seguros en la obtención y celebración del respectivo contrato, para la materialización de la relación aseguraticia tomador-aseguradora.

3.4.8.1 No obstante, el corredor ejerce su actividad de manera independiente, por cuenta propia, en su nombre y representación, a pesar de someterse a controles legales y administrativos en el ejercicio de su actividad profesional; de tal modo que en la vida cotidiana están desvinculados de las aseguradoras porque son independientes en su ejercicio.

El agente, también es intermediario, pero sigue las pautas de la agenciada o aseguradora, pues descansa en un vínculo contractual expreso o de hecho, observando cierta dependencia. La aseguradora responde por el agente, pero éste actúa en su nombre, con o sin su exclusividad, evento este último, en el que funge como simple vinculado”.

2.2. Ahora bien, las empresas de seguros y la actividad aseguradora son actividades mercantiles conforme lo prevé el numeral 10 del artículo 20 del C. Co., por lo que en principio el contrato celebrado por las partes contendientes es comercial, al que se le aplican normas del Código Civil conforme lo prevé el artículo 822 *ejusdem* al preceptuar que:

“Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.”

A su turno el artículo 1602 del C.C., prevé que *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*. Norma que debe concordarse con el artículo 1625 *ibidem* que consagra las formas de extinguir las obligaciones que reza *“Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula (...)”*, precepto sobre el cual la jurisprudencia ha precisado que:

“El Código Civil consagró como el modo por antonomasia de extinción de toda obligación el negocio jurídico o ‘convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula’ (artículo 1625, inciso 1º). Ese negocio jurídico o convención ha sido denominado por la doctrina y la jurisprudencia con la expresión ‘mutuo disenso’. Lo novedoso del

aspecto puede ser, entonces, la forma como se denomina, pero no la institución misma, que es tan antigua como el régimen de la creación de obligaciones a través de declaraciones de voluntad. Simplemente si el negocio jurídico plurivoluntario tiene la connotación jurídica de servir como fuente de obligaciones (el contrato), otro negocio jurídico de los mismos contratantes puede extinguir las obligaciones que surgieron de aquel. Las cosas en derecho se deshacen como se hacen”.

Ahora bien, el mutuo disenso puede ser expreso o tácito, siguiendo los mismos principios que sobre el particular rigen en punto a la formación del contrato vale decir, respetando las formas o solemnidades consagradas por el legislador como requisitos para la validez del negocio jurídico”

3. En el presente caso obra el siguiente acervo probatorio:

3.1. El contrato SG-20-04 celebrado entre la Compañía Central de Seguros S.A., y Castillo Link y Cortés S.A., hoy Central Outsourcing de Fianzas S.A. Calinco S.A., el que tenía como objeto que la segunda *“utilizando su propia organización, en su condición de Comerciante Persona Jurídica y previo el lleno de todos los requisitos legales y comerciales, se compromete para con LA COMPAÑÍA a desarrollar las labores de comercialización, asesoría y administración de pólizas de cumplimiento para otorgar las siguientes coberturas: Fianza Contractual (Seriedad de la oferta, Cumplimiento del Contrato, Buen manejo de anticipo, cumplimiento del contrato de suministro, pago de salarios y prestaciones sociales, estabilidad de obra, calidad y perfecto funcionamiento y calidad del servicio), Fianza Judicial (se amparan los artículos acordados entre las partes y están sujetos a revisión de acuerdo con las políticas de la Compañía), pólizas de Responsabilidad Civil (derivadas de los contratos que presenten los contratistas para las pólizas de cumplimiento), otras Garantías previamente acordadas entre las partes mediante documento suscrito que hará parte integral de esta acuerdo”*, determinándose las metas a cumplir respecto de las cinco vigencias pactadas, así como la exclusividad (cláusula segunda), las facultades del contratista (cláusula tercera), las obligaciones del contratista (cláusula cuarta), entre otras estipulaciones.

3.2. Igualmente obra el *“Acuerdo de terminación voluntaria del contrato SG-20-04, celebrado entre la Compañía Central de Seguros S.A., y Castillo Link y Cortes S.A., hoy Central Outsourcing de Fianzas S.A., Calinco S.A.”*, que data del 25 de febrero de 2005 en el que se estipuló en la cláusula primera que:

“En virtud de lo dispuesto en el artículo 1.602 del Código Civil, las partes pueden libremente extinguir por el consenso de sus voluntades los efectos que se generen de los acuerdos que éstas hayan contraído entre sí. Por esa razón, en ejercicio de su autonomía privada tanto CENTRAL como CALINCO manifiestan expresamente que a partir de la firma del presente documento dan por terminada su relación comercial consolidada mediante el contrato SG-20-04, suscrito el pasado 12 de abril de 2004.”

Y en la cláusula segunda se indicó que

“Terminado el contrato de común acuerdo, las partes expresamente renuncian a presentar cualquier reclamación presente o futura, judicial o extrajudicial, en la cual soliciten la indemnización de perjuicios patrimoniales o extrapatrimoniales derivados de la finalización de dicho contrato, pues es claro en su entender, que la relación jurídica ha concluido por el concurso de sus voluntades y sin que para ello haya mediado ningún tipo de presión o motivo diferente al mutuo beneficio de las mismas, dada la sustancial variación de las circunstancias económicas, comerciales y administrativas que inspiraron la suscripción del negocio que se extingue mediante el presente documento”.

4. Corresponde entonces a la Sala analizar, en primer lugar, si como lo aduce la parte demandante en la reforma de la demanda la terminación atrás referida *“no produjo efecto alguno, comoquiera que estaba sujeta a la condición de la celebración del nuevo contrato entre las partes, distinguido con el número SG-05-05, el cual nunca se perfeccionó”.*

Para dilucidar si ese acuerdo de terminación estaba sujeto a condición, es decir, a un acontecimiento futuro, que puede suceder o no, debe analizarse las consideraciones indicadas en el acuerdo atrás citado y los correos electrónicos cruzados entre las partes, así como el restante acervo probatorio.

Al efecto se tiene, comunicación de 1° de diciembre de 2004 de Patricia Londoño Forero, ejecutiva de cumplimiento, a Calinco S.A., Ricardo Castillo, con referencia: *“Acta de terminación de mutuo acuerdo”*, y en el que se indica *“Acorde a lo convenido, adjunto remitimos el documento anunciado para revisión y posterior firma”.*

Correo de Ricardo Castillo dirigido a Patricia Londoño y Rafael Perez (central) de 10 de diciembre de 2014 en el que se indica *“Hola Patricia, a continuación encontraras respuesta a (los) puntos solicitados por ti:*

1. *En principio estamos de acuerdo con el acuerdo de terminación voluntario del contrato SG -20 -04 y quedamos a la espera del contrato nuevo”.*

Testimonio de Patricia Londoño Forero quien luego de referir los incumplimientos que consideraba había incurrido Calinco, narró que *“me consta que las partes tuvieron la intención de poner fin al contrato de fianzas del 2004, lo cual se produjo en el mes de febrero del 2006 con miras a la intención o factibilidad de suscribir un nuevo contrato que recogiera plenamente la voluntad de las partes”* y agregó que *“ese nuevo contrato no se suscribió por falta de acuerdo de voluntad de las partes”.*

En la consideración No. 3 del contrato se indica que *“Siendo imposible la obtención de los objetivos definidos por las partes bajo la actual redacción del contrato SG-20-04, resulta benéfico para éstas darlo por concluido de mutuo acuerdo, mientras se elabora un nuevo estudio económico que permita establecer unos parámetros financieros que sean óptimos para CENTRAL y CALINCO”*, de la que se deduce la intención de las partes de terminar el contrato, y de volver a celebrar a otro si era posible obtener parámetros financieros óptimos para ambas partes.

Pero lo que si no se puede afirmar es que el acuerdo de terminación estuviera condicionada a la celebración de un nuevo contrato, en razón a que dependía de que se logaran las condiciones financieras para su celebración, y si estas no se obtenían la consecuencia obvia era que no se celebrara, sin que ello tuviera incidencia sobre la terminación acordada. Nada distinto se deduce de los testimonios recaudados, puesto que era claro que Calinco

no había podido cumplir con las metas fijadas en el contrato, y en esas circunstancias la terminación de este resultaba siendo la mejor solución.

La Sala advierte que efectivamente se estaba negociando un nuevo contrato por las partes, bajo otras condiciones económicas que requería forzosamente el acuerdo de voluntades, el que finalmente no se suscribió, pero lo que no está acreditado es que fuera condición sine qua non que para firmarse el acuerdo de terminación debía celebrarse un nuevo contrato.

Finalmente, resáltese que los acuerdos se celebran para cumplirse, y sólo se puede invalidar “sino por consentimiento mutuo o por causas legales” conforme lo prevé el artículo 1602 del C.C., y aquí no se acreditó la existencia de ninguna causa legal que permita invalidar el acuerdo de 25 de febrero de 2005, a lo que cabe agregar que la parte actora no formuló pretensión alguna en ese sentido.

En lo que atañe con las demás pretensiones, no es viable su análisis porque se formularon de manera consecencial, lo que implica que solo se podrían examinar en el evento de que se haya accedido a la primera, lo que aquí no ocurrió, amén de que si el contrato se terminó por mutuo acuerdo desde febrero de 2005 no resultaba viable ni la terminación del mismo por justa causa que pretende la demandante, ni mucho menos el cobro de valores causados con posterioridad a dicha data.

De acuerdo con lo discurrido se deberá confirmar la sentencia recurrida y condenar en costas a la parte demandante.

ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOS
MP ADRIANA AYALA PULGARÍN
RADICADO 110013199 001 2019 80785 01

TESIS De tal manera, de entrada, debe dilucidarse si operó o no la prescripción decenal consagrada en el artículo 8° de la Ley 1480 en cita, en lo que toca con la garantía legal respecto de inmuebles, como lo resolvió el *a quo*.

[...] Por lo que, si los inmuebles fueron adquiridos en el año 2008, como puede evidenciarse, la garantía no se rige por la Ley 1480 de 2011, artículos 7° y 8°, por las siguientes razones: La ley en comento sólo entró a regir el 12 de abril de 2012, como se deduce de lo reglado en el artículo 84 de la misma, sin que pueda aplicarse de manera retroactiva a situaciones consolidadas antes de su vigencia, conforme lo ha precisado la jurisprudencia al decir, que: *“en principio, toda disposición legal surte sus efectos atribuyendo consecuencias normativas a aquellas situaciones de hecho que cumplan dos condiciones: 1) que sean subsumibles dentro de sus supuestos, y 2) que ocurran durante la vigencia de la ley. Esto es, como regla general las normas jurídicas rigen en relación con los hechos que tengan ocurrencia durante su vigencia, lo cual significa que, en principio, no se aplican a situaciones que se hayan consolidado con anterioridad a la fecha en que hayan empezado a regir –no tienen efectos retroactivos-, ni pueden aplicarse para gobernar acontecimientos que sean posteriores a su vigencia –no tienen efecto ultraactivo-.”*

Ahora bien, como la sociedad demandada formuló la excepción de prescripción con fundamento en lo reglado en el artículo 8° de la Ley 1480 de 2011, inciso final, fuerza concluir que no estaba llamada a prosperar ya que,

como atrás se explicó, dicho precepto no podía utilizarse en el presente asunto, por no estar autorizada su aplicación de manera retroactiva, a situaciones consolidadas con anterioridad al 12 de abril de 2012, como ocurre en el presente caso.

OBJETO DE LA DECISIÓN

La Sala Segunda Civil de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia anticipada de 7 de septiembre de 2020, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales.

ANTECEDENTES

1. Henry y Juan Carlos Jiménez Martínez, por intermedio de apoderado judicial, demandaron a la sociedad Pijao Grupo de Empresas Constructoras S.A., para que previos los trámites de un proceso verbal - Acción de Protección al Consumidor, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“1. Que se ordene a la empresa constructora a realizar la devolución del precio (de) dichos inmuebles por la suma correspondiente al valor comercial de los mismos al momento de la sentencia, el cual en este momento calculamos en seiscientos diecisiete millones novecientos treinta y dos mil pesos MCTE (\$617.932.000).

2. Que se declare el incumplimiento por parte de la sociedad demandada del régimen de protección de los derechos de los consumidores Decreto 3466 de 1982 y Ley 1480 de 2011 especialmente el incumplimiento de la garantía y de las condiciones de calidad, idoneidad y seguridad de los bienes que componen el Conjunto Residencial Parques de Pontevedra.

3. Que se declare judicialmente que resulta imposible reparar los bienes que componen el Conjunto Residencial Parques de Pontevedra de manera completa a tal punto de dejarlos en el estado en el que debieron ser entregados con equivalencia entre lo ofrecido y lo entregado.

4. Que como consecuencia de la procedencia de las pretensiones se imponga a las demandadas una multa de hasta ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes de conformidad con el artículo 58 de la Ley 1480 de 2011”.

2. Como sustento de las súplicas en comento se invocaron los hechos que a continuación se resumen:

i. Los inmuebles objeto del proceso fueron comprados inicialmente por medio de la Escritura Pública No. 3296 del 8 de agosto de 2008, protocolizada ante de la Notaría Primera

del Círculo de Bogotá D.C., por parte del señor Omar Alexander Farrieta Rodríguez.

ii. El citado señor Farrieta Rodríguez por medio de la Escritura Pública No. 0892 del 14 de abril de 2013, corrida ante la Notaría Cuarenta y Dos del mismo Círculo notarial, transfirió dicha propiedad a los señores Henry Jiménez Martínez, Alonso Jiménez Hoyos y Amalia Martínez de Jiménez.

iii. A su vez, Alonso Jiménez Hoyos y Amalia Martínez de Jiménez, por medio de la Escritura Pública No. 2755 del 4 de mayo de 2018 de la Notaría Cincuenta y Uno de la ciudad, transfirieron el dominio de los inmuebles a favor de los señores Henry y Juan Carlos Jiménez Martínez.

iv. Desde que los demandantes son propietarios de los inmuebles objeto de la demanda, se han evidenciado grandes inconsistencias y deficiencias en la calidad y especificaciones inicialmente ofrecidas por parte de la empresa constructora, especialmente, en los bienes comunes, pues fueron apareciendo grietas y fisuras, y en la administración hubo desprendimiento de las paredes con respecto al techo, así como agrietamiento en las paredes de los depósitos, placas de parqueaderos y las vigas de las torres.

v. Los copropietarios han presentado múltiples reclamaciones al constructor con el fin de que este realice las reparaciones que sean necesarias, sin que hasta la fecha hubiere habido una reparación integral de los bienes comunes que componen la edificación.

3. Mediante proveído de 15 de agosto de 2019 se admitió la demanda y se dispuso su notificación a la sociedad demandada, la que oportunamente formuló las excepciones de mérito que denominó: **a.** “falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva” con sustento en que los demandantes no tuvieron relación comercial alguna con los enajenadores del proyecto, razón por la cual, no están legitimados para pretender garantía alguna de su parte; **b.** “caducidad de la acción y prescripción del derecho” sustentada en que “desde la primera transferencia del derecho de dominio realizada sobre los inmuebles objeto del litigio y hasta la fecha de presentación de esta acción, han transcurrido más de los diez años de los que contempla la norma como término de garantía” y, **c.** “inexistencia de los requisitos para que se configure la responsabilidad civil, hecho de un tercero, culpa exclusiva de la víctima”, al estimar que “las molestias de los demandantes versan sobre presuntas deficiencias en las zonas comunes de la copropiedad y en ningún momento se

relacionan deficiencias propias del apartamento de los demandantes”.

4. A la acción mencionada se acumularon los procesos radicados bajo los Nros. 19-180752 y 19-162439; el primero de los cuales fue presentado por la señora Blanca Isabel Sacristán Prieto, quien actúa en calidad de propietaria del apartamento 301 de la Torre 4, del parqueadero No. SS-31 y el depósito No. 168, todos ellos ubicados en la carrera 70 C No. 80 -48 del Conjunto Residencial Parques de Pontevedra, y quien solicitó que se declarara el incumplimiento por parte de la sociedad demandada del régimen de protección de los derechos de los consumidores [Decreto 3466 de 1982 y Ley 1480 de 2011] especialmente, el incumplimiento de la garantía y de las condiciones de calidad, idoneidad y seguridad de los bienes que componen el Conjunto Residencial Parques de Pontevedra, así como que se ordenara a la empresa constructora realizar la devolución del precio de dichos inmuebles por la suma correspondiente al valor comercial de los mismos, que asciende a \$531'662.000,00.

4.1. Dicha demanda fue admitida por auto de 4 de septiembre de 2019; se notificó el 9 de septiembre siguiente a la demandada, la cual formuló las excepciones de *“caducidad y prescripción”*, *“inexistencia de los requisitos para que configure la responsabilidad civil”*, *“hecho de un tercero”*; *“cumplimiento de las normas de construcción, urbanísticas y civiles”*; *“inexistencia de daño o perjuicio a favor de la demandante”* y la *“genérica”*.

5. Por su parte, la demanda radicada bajo el No. 19-162439 fue presentada por Angela María Moreno Orjuela y Héctor Hernando Acosta Jiménez, quienes actúan en calidad de propietarios actuales del apartamento 603 de la Torre 3 y del parqueadero No. S1-77 y del depósito 164, todos ellos ubicados en el Conjunto Residencial Parques de Pontevedra, quienes solicitaron la devolución del valor comercial de los inmuebles que se calculó en la suma de \$493'170.000,00.

5.1. Acción que fue admitida el 13 de agosto de 2019 y notificada a la pasiva el 16 de agosto siguiente, la cual formuló las excepciones de *“falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva”* y *“caducidad de la acción y prescripción del derecho”*, sustentadas en que *“desde la primera transferencia del derecho de dominio realizada sobre los inmuebles objeto del litigio y hasta la fecha de presentación de esta acción, han transcurrido más de los diez años de los que contempla la norma como término de garantía”*; así como la de *“inexistencia de los requisitos para que se configure la responsabilidad civil, hecho de un tercero, culpa exclusiva de la víctima”*.

6. La Superintendencia de Industria y Comercio puso fin a la primera instancia en audiencia de 7 de septiembre de 2020, en la que de manera anticipada declaró probada la excepción de prescripción de la acción de protección al consumidor y, en consecuencia, denegó las pretensiones solicitadas por la parte demandante, al considerar que en efecto operó dicha figura, a la luz de lo consagrado en la Ley 1480 de 2011.

7. La parte actora apeló la sentencia, centrando su inconformidad en que el delegado de la superintendencia incurrió en múltiples errores al momento de proferir la misma, indicando que existe prescripción de la acción, lo cual es contrario a la realidad y principalmente a las pruebas documentales allegadas.

8. Mediante auto de 23 de febrero de 2021 se aceptó la acumulación de las apelaciones concedidas por la autoridad de primer grado frente a los procesos radicados bajo los Nros. 001-2019-80752-01 y 001-2019-62439-01, seguidos entre las mismas partes en conflicto.

CONSIDERACIONES

1. No existe objeción respecto a los presupuestos procesales, ni tampoco se observa causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado.

2. La protección del consumidor es una de las tareas más importantes de la sociedad moderna, calificada como *“sociedad de consumo”*, ya que éstos *“en este tipo de sociedad aparecen como las víctimas de un conjunto de abusos, daños, contra los cuales las reglas de Derecho común constituían una protección ilusoria”*. Tal amparo en nuestra legislación se consagró inicialmente en el Decreto 3466 de 1982 y, posteriormente, en la Ley 1480 de 2011, normatividad que actualmente se encuentra vigente.

3. El presente asunto versa entonces sobre la declaración del incumplimiento por parte de la sociedad demandada del régimen de protección de los derechos de los consumidores [Decreto 3466 de 1982 y Ley 1480 de 2011] especialmente, el de la garantía y de las condiciones de calidad, idoneidad y seguridad de los bienes que componen el Conjunto Residencial Parques de Pontevedra, y las consiguientes condenas al pago de las indemnizaciones pedidas por los demandantes.

3.1. De tal manera, de entrada, debe dilucidarse si operó o no la prescripción decenal consagrada en el artículo 8° de la Ley 1480 en cita, en lo que toca con la garantía legal respecto de inmuebles, como lo resolvió el *a quo*.

Para tal efecto, recuérdese que el artículo 2512 del Código Civil preceptúa que "*La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo y concurriendo los demás requisitos legales*"; precepto que comprende tanto el modo de adquirir los derechos reales, como el modo de extinguir las obligaciones en general; tema último este sobre el cual, ha previsto la ley, se trata de una forma de oponerse a la efectividad de las obligaciones, cuyo fundamento, a voces del canon normativo *ut supra* referido, radica en "*no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo*", a lo que se agrega lo dicho en el artículo 2535 *Ibidem*, según el cual, tal figura "*exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta ese tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible*", es decir, desde que el acreedor queda en la posibilidad jurídica de exigir, de inmediato y sin más formalidades, el pago de la prestación a cargo del obligado.

3.2. Para lo que habrá de resolverse, ha de tenerse en cuenta que los inmuebles objeto de este proceso fueron vendidos por Alianza Fiduciaria S.A., como vocera del Patrimonio Autónomo denominado Fideicomiso Parques de Pontevedra, a los compradores iniciales y de la siguiente manera:

a. El Apartamento 603 Torre 3, Garaje SS 77, depósito 164 de la Etapa II, de los que son propietarios actuales Angela María Moreno Orjuela y Héctor Hernando Acosta Jiménez, fueron adquiridos mediante Escritura Pública 2594 de 21 de julio de 2008, y entregados el 26 de julio de 2008, conforme da cuenta la cláusula 7° del instrumento en cita.

b. El Apartamento 1802 Torre 3 de la etapa II, garaje S2 105, del que son propietarios actuales Henry y Juan Carlos Jiménez, fueron enajenados mediante Escritura Pública 3296 de 8 de agosto de 2008, y entregados el 11 de agosto de 2008, como lo refiere la cláusula 7° de este acto formal y,

c. El Apartamento 301, Torre 4, Garaje SS-31, depósito 168 de la Torre 4 etapa II, de los que es propietaria actual Blanca Isabel Sacristán Prieto, fueron tomados mediante Escritura Pública 2443 de 20 de junio de 2008, y entregados el 6 de agosto de 2008, con vista en la cláusula 7 de dicho negocio.

3.3. Por lo que, si los inmuebles fueron adquiridos en el año 2008, como puede evidenciarse, la garantía no se rige por la Ley 1480 de 2011, artículos 7° y 8°, por las siguientes razones:

3.3.1. La ley en comento sólo entró a regir el 12 de abril de 2012, como se deduce de lo reglado en el artículo 84 de la misma, sin que pueda aplicarse de manera retroactiva a situaciones consolidadas antes de su vigencia, conforme lo ha precisado la jurisprudencia al decir, que:

"en principio, toda disposición legal surte sus efectos atribuyendo consecuencias normativas a aquellas situaciones de hecho que cumplan dos condiciones: 1) que sean subsumibles dentro de sus supuestos, y 2) que ocurran durante la vigencia de la ley. Esto es, como regla general las normas jurídicas rigen en relación con los hechos que tengan ocurrencia durante su vigencia, lo cual significa que, en principio, no se aplican a situaciones que se hayan consolidado con anterioridad a la fecha en que hayan empezado a regir –no tienen efectos retroactivos–, ni pueden aplicarse para gobernar acontecimientos que sean posteriores a su vigencia –no tienen efecto ultraactivo–."

3.3.2. En segundo lugar, al tratarse del término de una garantía es un tema de derecho sustancial que se rige por la ley vigente al momento de la consolidación de la relación de consumo, que conforme atrás se advirtió, fue el año 2008, por lo que la norma vigente era el Decreto 3466 de 1982, el cual establecía en su artículo 11, que:

"Se entiende pactada en todos los contratos de compraventa y prestación de servicios la obligación a cargo del productor de garantizar plenamente las condiciones de calidad e idoneidad señaladas en el registro o en la licencia correspondiente, con las adecuaciones derivadas de la oficialización de normas técnicas o de la modificación del registro, así como las condiciones de calidad e idoneidad correspondientes a las normas técnicas oficializadas aunque el bien o servicio no haya sido objeto de registro."

Para los efectos de lo dispuesto en el inciso anterior, es requisito obligatorio de todo registro indicar el término durante el cual se garantizan las condiciones de calidad e idoneidad que se ofrecen, cuando la autoridad competente no haya fijado mediante resolución el término de dicha garantía mínima presunta, según la naturaleza y clase de los bienes y servicios; cuando el término señalado por la autoridad competente afecte algún término ya registrado, este último se entenderá modificado automáticamente de acuerdo con aquel, a menos que el término registrado previamente sea mayor al fijado por la autoridad competente, caso en el cual prevalecerá el registrado por el productor"

Ante los consumidores, la responsabilidad por la garantía mínima presunta de que trata este artículo, recae directamente en los proveedores o expendedores, sin perjuicio de que estos puedan, a su turno, exigir el cumplimiento de dicha garantía mínima a sus proveedores o expendedores, sean o no productores.

La garantía de que trata este artículo podrá hacerse efectiva en los términos previstos en el artículo 29”

3.3.3. A lo que se suma que el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 instituyó como principio que en todo negocio jurídico se entienden incorporadas las leyes vigentes en el instante de su celebración; en armonía de lo anterior, también establece el artículo 2036 del Código de Comercio, que *“Los contratos mercantiles celebrados bajo el imperio de la legislación que se deroga conservarán la validez y los efectos reconocidos en dicha legislación, con arreglo a lo establecido en los artículos 38 a 42 de la Ley 153 de 1887”.*

3.4. Ahora bien, como la sociedad demandada formuló la excepción de prescripción con fundamento en lo reglado en el artículo 8° de la Ley 1480 de 2011, inciso final, fuerza concluir que no estaba llamada a prosperar ya que, como atrás se explicó, dicho precepto no podía utilizarse en el presente asunto, por no estar autorizada su aplicación de manera retroactiva, a situaciones consolidadas con anterioridad al 12 de abril de 2012, como ocurre en el presente caso.

3.5. Por otra parte, porque las normas que consagran términos de prescripción sólo rigen hacia el futuro, y no pueden aplicarse retroactivamente como lo hizo de manera equivocada el *a quo*, en franca violación de lo reglado en el artículo 41 de la Ley 153 anotada, temática sobre la cual la doctrina ha precisado:

“Lo mismo puede decirse de las prescripciones de obligaciones constituidas antes de la nueva ley, pero cuya prescripción inicia dentro de la vigencia de ésta última, ya que en virtud del artículo 41 de la Ley 153 de 1887 ‘la nueva ley’, en caso de entrar aplicarse, solo lo haría a partir del momento en que ‘ha empezado a regir”

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de 14 de mayo de 2008 asentó:

“En este sentido ha de recordarse que en el ámbito propio de la aplicación temporal de la ley, es suficientemente conocido el principio de la irretroactividad, según el cual las normas legales, por regla general, dado que están llamadas a gobernar las situaciones que a

partir de su vigencia se presenten en el futuro, no pueden tener efectos sobre el pasado, lo que se explica por el hecho de que como las personas por diversas circunstancias adquieren confianza en los preceptos legales vigentes, y con fundamento en ello ajustan sus actos, convenios y cumplen las obligaciones y deberes jurídicos, permitir el efecto contrario -el retroactivo-, equivaldría a destruir la confianza y seguridad que la sociedad tiene en sus normas jurídicas. Como lo tiene dicho la jurisprudencia, “con base en la preservación del orden público y con la finalidad de plasmar la seguridad y estabilidad jurídicas”, en la generalidad de los casos se prohíbe “que una ley tenga efectos con anterioridad a su vigencia, salvo circunstancias especiales que favorezcan, tanto al destinatario de la norma como a la consecución del bien común de manera concurrente” (sentencia 072 de 20 de abril de 2001, exp.#5883). O como lo enseña la doctrina foránea, en orden a “que la ley inspire confianza a quienes han de obedecerla... es indispensable que los actos verificados bajo su égida subsistan, sin variación, y ocurra lo que ocurra. Si no fuera así, las transacciones estarían amenazadas de destrucción y la vida jurídica carecería de seguridad, tanto que, en definitiva, quedaría arruinada la autoridad misma de la ley. No se creería en ella, siendo sustituido el orden legal por el régimen de la arbitrariedad” (Josserand Louis. Derecho Civil, tomo I, volumen I, - Teorías Generales del Derecho y de los Derechos. Las Personas-, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1952, pag. 79).

Como se advierte, el fundamento del principio de irretroactividad no sólo está íntimamente cohesionado con la necesidad de amparar la seguridad jurídica en los términos que impone el artículo 2° de la Carta Política, según el cual, las “autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos fundamentales y libertades” (inciso 2°), sino que constituye una garantía para la protección de los derechos adquiridos y de los intereses legítimamente constituidos, porque, como lo dijo la Corporación en el precedente jurisprudencial atrás citado, “cuando de conductas se trata, está de por medio el valor fundamental de la libertad, merecedor de la mayor de las tutelas, que se manifiesta precisamente en la opción de elegir de conformidad con la significación legal que a la misma se le ha dado”.

3.6. De manera que, si se aceptase en gracia de discusión que en el presente caso operaba la prescripción, lo cierto del caso es que para el momento en que se presentaron las demandas no habían transcurrido los diez (10) años

contados desde el 12 de abril de 2012, en que empezó a regir la Ley 1480 varias veces mencionada.

4. Puestas así las cosas, la excepción en comento no estaba llamada a prosperar, lo que conlleva a que la sentencia anticipada opugnada deba revocarse, para devolver la actuación al *a quo* para lo de su cargo.

ACTIVIDADES PELIGROSAS
MP CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ
RADICADO 110013103007201400723 01

RESTRICTORES: Prescripción - concurrencia de culpas.

TESIS: Así las cosas, lo cierto es que el argumento según el cual el siniestro es atribuible única y exclusivamente al señor Pedro Alejandro Sánchez, conductor del automotor, se encuentra condenado al fracaso toda vez que en el asunto *sub-examine*, los elementos de convicción apuntan a establecer que fue por las maniobras conjuntas de este y del peatón González Guzmán que se produjo el accidente.

Desde esa perspectiva, es procedente entrar a determinar cuál de los involucrados tuvo mayor incidencia en el hecho dañoso.

De ese modo, tal como lo consideró la juez de instancia, en aplicación del artículo 2357 del Código Civil, deberá tenerse que la contribución del agente es mayor, en proporción al 60%, en tanto que el de la víctima es menor, correspondiendo al 40%. Lo anterior porque desde el punto de vista del factor causal, la cuantificación de los comportamientos confluyentes en la producción del resultado, no resultan igualitarios.

[...] Sin embargo, amén de la especialidad del artículo 1131 del C. de Co., relativo a la prescripción en el seguro de responsabilidad civil (en el que debe manejarse el plazo de cinco (5) años, como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia), en el *sub-examine*, en todo caso, no se advierte la concurrencia de este modo extintivo, toda vez que, como se expuso, la prescripción ordinaria no corre contra quien no ha conocido ni podido o debido conocer el hecho, y no viene a dudas que la señora Viuchi no se enteró sobre la muerte de Juan de Dios González Guzmán el 13 de diciembre de 2010, sino tiempo después; en consecuencia, el término extintivo no podría contabilizarse, respecto de ella, a partir de la fecha de fallecimiento de aquel.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por ambos extremos procesales contra la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2019, por el Juzgado 47 Civil del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

Las señoras Derly Yuliana González Viuchi, Laura Juanita González Viuchi, María Alejandra Tovar Viuchi y Patricia Ibeth Viuchi Vargas, actuando en nombre propio y en representación de su menor hijo Juan David González Viuchi, por medio de apoderado judicial, convocaron a juicio a Pedro Alejandro Sánchez Álvarez, Nohemí López de Mejía, Flota Magdalena S.A. y Axxa Colpatria Seguros S.A., solicitando que, previo el trámite del proceso ordinario, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“1. DECLARAR que los demandados SON CIVIL Y SOLIDARIAMENTE RESPONSABLES por los perjuicios materiales y morales causados a la parte demandante, con ocasión del accidente de tránsito ocurrido el día 13 de diciembre de 2010, en el cual falleció el señor JUAN DE DIOS GONZÁLEZ GUZMÁN (Q.E.P.D.) (...)

2. Como consecuencia de la anterior declaración, CONDENAR a los demandados A PAGAR EN FORMA SOLIDARIA Y A FAVOR de la demandante PATRICIA IBETH VIUCHI VARGAS, en su condición de COMPAÑERA PERMANENTE del señor JUAN DE DIOS GONZÁLEZ GUZMÁN (Q.E.P.D.), la suma de (\$135'000.000,00) N/cte., por concepto de LUCRO CESANTE.

3. (...) CONDENAR a los demandados A PAGAR EN FORMA SOLIDARIA Y A FAVOR de la demandante PATRICIA IBETH VIUCHI VARGAS, en su condición de Representante Legal del menor JUAN DAVID GONZÁLEZ VIUCHI (HIJO) y descendiente en primer grado de consanguinidad por la línea recta del señor JUAN DE DIOS GONZÁLEZ GUZMÁN -Q.E.P.D.-, la suma de (\$14'625.000,00 M/cte.), por concepto de LUCRO CESANTE.

4. (...) CONDENAR a los demandados A PAGAR EN FORMA SOLIDARIA Y A FAVOR de la demandante DERLY YULIANA GONZÁLEZ VIUCHI (HIJA y descendiente en primer grado de consanguinidad por línea recta del señor JUAN DE DIOS GONZÁLEZ GUZMÁN -Q.E.O.D.-), la suma de (\$11'250.000,00 M/cte.), por concepto de LUCRO CESANTE.

5. (...) CONDENAR a los demandados A PAGAR EN FORMA SOLIDARIA Y A FAVOR de la demandante LAURA JUANITA GONZÁLEZ VIUCHI (HIJA y descendiente en primer grado de consanguinidad por línea recta del señor JUAN DE DIOS GONZÁLEZ GUZMÁN -Q.E.P.D.-), la suma de (\$10'125.000,00 M/cte.), por concepto de LUCRO CESANTE.

6. (...) CONDENAR a los demandados A PAGAR EN FORMA SOLIDARIA Y A FAVOR de la demandante PATRICIA IBETH VIUCHI VARGAS, en su condición de COMPAÑERA PERMANENTE del señor JUAN DE DIOS GONZÁLEZ GUZMÁN -Q.E.P.D.-, la suma de CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (equivalentes en éste momento a \$61'600.000,00 M/cte.); por concepto de PERJUICIOS MORALES O DAÑO MORAL sufrido con ocasión del fallecimiento de JUAN DE DIOS GONZÁLEZ GUZMÁN (Q.E.P.D.) en el accidente de tránsito ocurrido el día 13 de Diciembre de 2010.

7. (...) CONDENAR a los demandados A PAGAR EN FORMA SOLIDARIA Y A FAVOR de la demandante PATRICIA IBETH VIUCHI VARGAS, en su condición de Representante Legal del menor JUAN DAVID GONZÁLEZ VIUCHI (HIJO y descendiente en primer grado de consanguinidad por la línea recta del señor JUAN DE DIOS GONZÁLEZ GUZMÁN -Q.E.P.D.-) la suma de CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (equivalentes en éste momento a \$61'600.000,00 M/cte.); por concepto de PERJUICIOS MORALES O DAÑO MORAL sufrido con ocasión del fallecimiento de JUAN DE DIOS GONZÁLEZ GUZMÁN (Q.E.P.D.) en el accidente de tránsito ocurrido el día 13 de Diciembre de 2010.

8. (...) CONDENAR a los demandados A PAGAR EN FORMA SOLIDARIA Y A FAVOR de la demandante DERLY YULIANA GONZÁLEZ VIUCHI (HIJA y descendiente en primer grado de consanguinidad por la línea recta del señor JUAN DE DIOS GONZÁLEZ GUZMÁN -Q.E.P.D.-), la suma de CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (equivalentes en éste momento a \$61'600.000,00 M/cte.); por concepto de PERJUICIOS MORALES O DAÑO MORAL sufrido con ocasión del fallecimiento de JUAN DE DIOS GONZÁLEZ GUZMÁN (Q.E.P.D.) en el accidente de tránsito ocurrido el día 13 de Diciembre de 2010.

9. (...) CONDENAR a los demandados A PAGAR EN FORMA SOLIDARIA Y A FAVOR de la demandante LAURA JUANITA GONZÁLEZ VIUCHI (HIJA y descendiente en primer grado de consanguinidad por la línea

recta del señor JUAN DE DIOS GONZÁLEZ GUZMÁN -Q.E.P.D.-), la suma de CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (equivalentes en éste momento a \$61'600.000,00 M/cte.); por concepto de PERJUICIOS MORALES O DAÑO MORAL sufrido con ocasión del fallecimiento de JUAN DE DIOS GONZÁLEZ GUZMÁN (Q.E.P.D.) en el accidente de tránsito ocurrido el día 13 de Diciembre de 2010.

10. (...) CONDENAR a los demandados A PAGAR EN FORMA SOLIDARIA Y A FAVOR de la demandante MARÍA ALEJANDRA TOVAR VIUCHI (HIJA de crianza del señor JUAN DE DIOS GONZÁLEZ GUZMÁN -Q.E.P.D.-), la suma de CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (equivalentes en éste momento a \$61'600.000,00 M/cte.); por concepto de PERJUICIOS MORALES O DAÑO MORAL sufrido con ocasión del fallecimiento de JUAN DE DIOS GONZÁLEZ GUZMÁN (Q.E.P.D.) en el accidente de tránsito ocurrido el día 13 de Diciembre de 2010.

11. CONDENAR a los demandados A PAGAR EN FORMA SOLIDARIA Y A FAVOR DE LA PARTE DEMANDANTE los intereses generados por los montos dinerarios referidos en los numerales 2), 3), 4), 5), 6), 7) y 8) del presente acápite, los cuales habrán de liquidarse según las tasas que para tal efecto certifique la Superintendencia Financiera de Colombia, desde el día 13 de Diciembre de 2010 (momento en que se produjo el deceso) hasta el día en que se verifique el pago total de dichos montos.

12. SUBSIDIARIA: En caso de no encontrar los presupuestos necesarios para acoger lo dispuesto en la pretensión formulada en el numeral anterior, CONDENAR a los demandados A PAGAR EN FORMA SOLIDARIA Y A FAVOR DE LA PARTE DEMANDANTE los valores correspondientes a la indexación o corrección monetaria generados por los montos dinerarios referidos en los numerales SEGUNDO, TERCERO, CUARTO, SEXTO, SÉPTIMO y OCTAVO del presente acápite, los cuales habrán de liquidarse desde el día 13 de Diciembre de 2010 (momento en que se produjo el accidente) hasta el día en que se verifique el pago total de los montos dinerarios cuyo reconocimiento y pago se solicita en los numerales ya referidos en el acápite de pretensiones.

13. CONDENAR a la parte demandada al pago de las cosas que se generen dentro del trámite del presente proceso.”

2). CAUSA:

Los fundamentos de hecho en que se soportaron las pretensiones admiten el siguiente compendio:

➤ Informaron que el 13 de diciembre de 2010, alrededor de las 4:30 a.m., en la vía Espinal-Melgar, el señor Juan de Dios González Guzmán fue atropellado por el bus de placas UQT-365, accidente que produjo su deceso de manera instantánea.

➤ Señalaron que, de conformidad con el Informe de Accidente de Tránsito, el mismo ocurrió *“a causa de la imprudencia manifiesta del señor PEDRO ALEJANDRO SÁNCHEZ ÁLVAREZ quien conducía el rodante,”* y *“quebrantó las disposiciones de los artículos 60. 68 y concordantes de la Ley 679 de 2002.”*

➤ Alegaron que, como consecuencia del fallecimiento del señor Juan de Dios González Guzmán *“se generaron serios, graves y considerables perjuicios”* a los demandantes, *“como quiera que el patrimonio de la compañera permanente y de los hijos del occiso ha experimentado difíciles y penosos menoscabos, en razón al detrimento de los valores económicos que lo componen”* *“se han visto sometidos a trascendentales afecciones, tristezas y angustias las cuales no pueden ignorarse ni desconocerse”* *“produjo un irreparable daño a todos mis poderdantes, en el aspecto afectivo, emocional, familiar y económico, y por ello se esfumaron todas las esperanzas y expectativas de todos sus allegados y parientes.”*

➤ Pusieron de presente que los señores Juan de Dios González Guzmán y Patricia Ibeth Viuchi Vargas convivieron en unión libre durante 17 años, procreando a Juan David González Viuchi, Derly Yuliana González Viuchi y Laura Juanita González Viuchi.

➤ Señalaron que durante toda su vida la señora Patricia Ibeth Viuchi Vargas se ha dedicado a las labores del hogar, por lo que tanto ella como sus hijos dependían económicamente del señor González Guzmán, quien *“era la persona quien les suministraba a los citados menores todos los elementos necesarios para su manutención, sostenimiento, cuidado, formación y crianza.”*

➤ Adujeron que María Alejandra Tovar Viuchi dependía económicamente del señor Juan de Dios González Guzmán, pues este la consideraba su propia hija, *“interés el cual se exteriorizó y se manifestó en el cumplimiento efectivo de todos los deberes espirituales y materiales que impone la calidad de padre, (...) como quiera que asumió en forma desinteresada, noble y altruista todas las cargas morales, éticas y económicas que son inherentes al rol propio de la crianza de su hija.”*

➤ Precisaron que el señor Juan de Dios González Guzmán no contaba con una pensión

de jubilación ni con emolumentos provenientes de una asignación, renta o auxilio monetario que pudiese dejar a sus hijos y a su compañera permanente para solventar las dificultades y requerimientos en el evento de su ausencia.

➤ Consideraron que el extremo pasivo incurrió en culpa aquiliana, *“la cual a la luz de la legislación civil sustancial se erige en fuente de obligaciones, tal como lo establecen los artículos 1494 y 2302 del Código Civil, en especial, la obligación de reparar e indemnizar los daños inferidos a una persona por quien ha cometido un cuasidelito o culpa, conforme con las voces del artículo 2341 del Código Civil (...).”*

3). ACTUACIÓN PROCESAL:

El litigio así planteado se admitió el 8 de octubre de 2014,2 ordenando el enteramiento a los demandados, quienes puestos a juicio contestaron la demanda oponiéndose a las pretensiones de la siguiente manera: Axxa Colpatria Seguros S.A. formuló las excepciones de mérito que denominó: *“FALTA DE PRUEBA DEL PERJUICIO MATERIAL”*, *“CONCURRENCIA DE CULPAS”* y *“PRESCRIPCIÓN.”*

Por su parte, Flota Magdalena S.A. interpuso las siguientes defensas: *“CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA, SEÑOR JUAN DE DIOS GONZÁLEZ GUZMÁN”* y *“REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR CONCURRENCIA DE CULPAS.”*

Los señores Pedro Alejandro Sánchez Álvarez y Nohemí López de Mejía guardaron silente conducta.

Agotado el trámite, la juez de instancia profirió sentencia declarando probadas las excepciones de *“concurrencia de culpas”* y *“reducción de la indemnización por concurrencia de culpas”* y, parcialmente probada, las denominadas *“falta de prueba del perjuicio material”* y *“prescripción.”*

Inconforme con lo así resuelto, ambos extremos procesales formularon recurso de apelación, los cuales fueron concedidos en el efecto de ley, situación por la que se encuentra el expediente ante esta Corporación.

III. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA

A través de providencia del 11 de diciembre de 2019, el Juzgado 47 Civil del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO.- Declarar no probada la excepción de mérito denominada “Culpa exclusiva de la víctima” conforme lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO.- Declarar probadas las excepciones denominadas “Concurrencia de Culpas” y “Reducción de la indemnización por concurrencia de culpas”, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO.- Declarar parcialmente probada la excepción denominada “Falta de prueba del perjuicio material” y “Prescripción”, conforme a lo discurre en la parte motiva de esta providencia. Esta última solo prosperó frente a la demandante Patricia Ibeth Viuchi Vargas.

CUARTO.- En consecuencia de todo lo anterior, Declarar que PEDRO ALEJANDRO SÁNCHEZ ÁLVAREZ, NOHEMÍ LÓPEZ DE MEJÍA, FLOTA LA MAGDALENA S.A. y AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. son responsables civil y extracontractualmente de los perjuicios causados a los demandantes PATRICIA IBETH VIUCHI VARGAS, JUAN DAVID GONZÁLEZ VIUCHI, DERLY YULIANA GONZÁLEZ VIUCHI, LAURA JUANITA GONZÁLEZ VIUCHI y MARÍA ALEJANDRA TOVAR VIUCHI, con ocasión del accidente de tránsito ocurrido el día 13 de diciembre de 2010, en proporción al 60%.

Con base a lo anterior, los demandados PEDRO ALEJANDRO SÁNCHEZ ÁLVAREZ, NOHEMÍ LÓPEZ DE MEJÍA, FLOTA MAGDALENA S.A. y AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. pagarán solidariamente a los demandantes, a JUAN DAVID GONZÁLEZ VIUCHI, la suma de \$11.664.038,4 Mcte., a DERLY YULIANA GONZÁLEZ VIUCHI, la suma de \$10.158.877,8 y a LAURA JUANITA GONZÁLEZ VIUCHI, la suma de \$9.225.485,4, por concepto de lucro cesante, según lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

A favor de la señora PATRICIA IBETH VIUCHI VARGAS la suma de \$40'451.405,4, por concepto de lucro cesante, que serán pagados únicamente por los demandados PEDRO ALEJANDRO SÁNCHEZ ÁLVAREZ, NOHEMÍ LÓPEZ DE MEJÍA, FLOTA MAGDALENA S.A., en virtud de la prosperidad de la excepción de prescripción.

QUINTO.- CONDENAR a los demandados PEDRO ALEJANDRO SÁNCHEZ ÁLVAREZ, NOHEMÍ LÓPEZ DE MEJÍA, FLOTA MAGDALENA S.A. y AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. a pagar por concepto de perjuicios morales para los hijos Juan David González Viuchi, Derly Yuliana González Viuchi, Laura Juanita González Viuchi e hijastra María Alejandra Tovar Viuchi, la suma de \$20'000.000,00 mcte., para cada uno por concepto de perjuicios morales.

Y para la demandante Patricia Ibeth Viuchi Vargas, compañera permanente del fallecido, la

suma de \$10.000.000,00 Mcte., que deberá ser pagada solo por los demandados PEDRO ALEJANDRO SÁNCHEZ ÁLVAREZ, NOHEMÍ LÓPEZ DE MEJÍA, FLOTA MAGDALENA S.A., en virtud de la prosperidad de la excepción de prescripción.

SEXTO.- Condenar a la parte demandada a favor del extremo activo por las costas del proceso, en proporción al 60%. En la liquidación inclúyase como agencias en derecho, la suma de \$7'000.000,00 Mcte.”

V. LA APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, ambos extremos procesales la recurrieron, alegando, en síntesis:

* Demandantes:

Señalaron que la juez de instancia se equivocó al no tener en cuenta que la causa del accidente, contemplada en el informe de accidente de tránsito, “*se trata de una mera hipótesis del agente de tránsito motivada por la versión de los hechos RENDIDA POR EL CONDUCTOR DEMANDADO, quien por lógica humana no va a inculparse asumiendo de entrada su responsabilidad.*”

Añadieron que la concurrencia de culpas desaparece cuando uno de los involucrados en el siniestro no tuvo en cuenta las precauciones y la pericia que amerita el ejercicio de una actividad peligrosa y por ende, la culpa es atribuible únicamente al conductor Pedro Alejandro Sánchez.

Señalaron que el agente de tránsito concluyó que el suceso ocurrió por exceso de velocidad, circunstancia agravada por la existencia de un peatón.

Precisaron que, en el caso de autos, se trata de una responsabilidad objetiva “*en la que sólo se atiende al hecho de haber causado un daño a un bien jurídico que el ordenamiento jurídico considera merecedor de indemnización. En esta especie de responsabilidad no es necesario probar que el demandado tenía un deber abstracto de evitar producir riesgos, o un deber concreto de actuar con prudencia en una situación específica; ni es posible eximirse de responsabilidad desvirtuando tales situaciones. (...) Es decir que el que causa un daño lo paga, sin más consideraciones o miramientos.*”

Adujeron que la juez de conocimiento interpretó de manera incorrecta el artículo 1081 del Código de Comercio, pues el tipo de prescripción que opera es la extraordinaria, toda vez que la presentación de la demanda tuvo la virtualidad de interrumpir el plazo prescriptivo, en la medida en que la notificación de la demandada se surtió

de conformidad con el inciso 1 del artículo 94 del Código General del Proceso.

Manifestaron su inconformidad por la condena a título de daño moral, toda vez que consideraron que el menoscabo moral experimentado por ellos, *“produjo trastornos en sus estados de ánimo, aflicción y desolación que debe ser resarcido de manera integral y no con meras indemnizaciones nominales,”* por lo que solicitaron modificar la sentencia apelada en punto de los perjuicios extrapatrimoniales para obtener el valor máximo reconocido jurisprudencialmente.

* Flota Magdalena S.A. y Pedro Sánchez Álvarez:

Señalaron que en la sentencia recurrida no se tuvo en cuenta la conducta de la víctima, *“pues no es usual que una persona transite a esa hora por una carretera solitaria, oscura y desnuda, estas circunstancias debieron incidir para que el fallador siguiendo las reglas de la sana crítica diera credibilidad a la declaración de PEDRO SÁNCHEZ y declarara probada la excepción de culpa exclusiva de la víctima.”*

Agregó que se omitió valorar el dictamen pericial, aunque este no hubiere sido objetado y *“se limitó a deducir de las sumas fijadas por el perito el 60% sin ninguna explicación.”*

Por último, dijo que del informe policial se concluye que *“fue notoria la imprudencia del peatón (...) por lo cual de no admitirse la culpa exclusiva de la víctima por lo menos debería disminuirse la cuantificación del daño en partes iguales (...)”*

* Axxa Colpatria Seguros S.A.:

La sociedad recurrente alegó que el extremo actor pidió el reconocimiento de perjuicios a título de lucro cesante, estimando los ingresos mensuales del señor Juan de Dios González Guzmán en la suma de \$1.000.000,00; sin embargo, no se aportó prueba alguna *“que permita siquiera inferir la probabilidad de que en vida se hubiera causado.”*

Además, señaló que, tal como lo afirmó el extremo actor, el mentado valor corresponde al ingreso bruto, que *“es aquel al que no se ha descontado siquiera el gasto en que debería incurrir un comerciante para generarlo necesariamente, representado cuando menos en el costo de adquisición de los bienes que dice comercializaba el difunto como toda fuente de ingreso más los gastos de transporte y bodega.”*

Dijo que, ante la ausencia de prueba del perjuicio material, la juez de instancia debió denegar la indemnización por este concepto.

Añadió que *“la prescripción de las acciones que nacen del contrato de seguro son de aquellas que la ley cataloga como de corto tiempo, y ellas no admiten suspensión alguna (...) luego existe en la sentencia error de derecho por inaplicación del artículo 2544, y por aplicación indebida de los artículos 2541 de la misma codificación y del 1081 del Código de Comercio.”*

En consecuencia, alegó que la juez de instancia debió declarar probada la excepción de prescripción de la acción en su totalidad, sin hacer distinción alguna entre la compañera permanente y los hijos del señor González Guzmán.

Adujo que la entidad aseguradora no es responsable *“directa ni solidaria con la presunta causante del perjuicio reclamado”*, por lo que no debió condenársela de manera solidaria.

Por último, dijo que su responsabilidad se encuentra limitada por el valor asegurado, *“que es el límite de indemnización establecido en la póliza de seguro 8001025736, que es de \$30.900.000,00 con un deducible del 10%”, motivo por el cual no podría ser condenada al pago de una suma de dinero mayor.*

CONSIDERACIONES

1). PRESUPUESTOS PROCESALES:

Sea lo primero advertir la presencia de los presupuestos procesales necesarios para considerar válidamente trabada la relación jurídico- procesal. En efecto, le asiste competencia al Juez de primer grado para conocer del proceso y al Tribunal para resolver la alzada; las personas enfrentadas en la litis ostentan capacidad para ser parte y procesal, dada su condición de personas jurídicas y naturales en ejercicio de sus derechos; por último, la demanda reúne los requisitos mínimos de ley. Por lo demás, no se vislumbra vicio de nulidad que afecte la tramitación, supuestos estos que permiten decidir de mérito.

Adicionalmente, la competencia de la Sala se limita al examen de los puntos específicos objeto de los recursos expuestos por ambos extremos procesales, en aplicación a lo consagrado en el artículo 328 del Código general del Proceso, según el cual *“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.”*

2). DE LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE ACTIVIDADES PELIGROSAS:

Aduce el extremo demandante la responsabilidad civil extracontractual también denominada delictual o aquiliana, la cual, a voces del artículo 2341 del Código Civil, establece 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 imponga por la culpa o el delito cometido”, lo que equivale a afirmar que el que por sí o a través de sus agentes cause a otro un daño, originado en hecho o culpa suya, está obligado a resarcirlo, por lo que, quien reclame indemnización por este concepto tendrá que demostrar, en principio, el perjuicio padecido o daño, el hecho intencional o culposo atribuible al demandado y la existencia de un nexo de causalidad entre ambos factores, la cual de vieja data se ha puntualizado no tiene origen en un incumplimiento obligacional, sino en un ‘hecho jurídico’, ya se trate de un delito o de un ilícito de carácter civil.

Se aduce igualmente que el daño se originó en el ejercicio de actividades peligrosas, que tiene su génesis en el ejercicio de una actividad que por su naturaleza o por los medios que se emplean para llevarla a cabo están “mayormente” expuestos a provocar accidentes; la jurisprudencia, con apoyo en el artículo 2356 del Código Civil, “ha implantado un régimen 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 en sus propias labores situaciones capaces de romper el equilibrio antes existente, coloca 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).

De ahí que “tan sólo se exige que el daño causado fuera de las relaciones contractuales pueda imputarse, para que ese hecho dañoso y su probable imputabilidad al agente contraventor constituya la base o fuente de la obligación respectiva”, motivo por el cual “...quien ejercita actividades de ese género es el responsable del daño que por obra de ellas se cause y por lo mismo le incumbe, para exonerarse de esa responsabilidad, demostrar la fuerza mayor, el caso fortuito o la intervención de un elemento extraño que no le sea imputable” (Se subraya; G.J. Tomo XLVI, pgs. 216, 516 y 561).

En todo caso, es indispensable en estos asuntos acreditar en debida forma los presupuestos de la responsabilidad, esto es, **la culpa, el daño y el nexo de causalidad**, en donde el primero, en presencia de las denominadas por la jurisprudencia actividades peligrosas se

presume en quien ocasionó los hechos, hasta que demuestre que existió una causa eximente de responsabilidad como son la fuerza mayor o la existencia de un caso fortuito o la culpa exclusiva de la víctima, o bien pueden darse eventos en que pese a existir la responsabilidad está puede verse reducida, como es el caso de la concurrencia de culpas previsto en el art. 2357 del C.C.; en caso contrario será perentorio que se responda por las consecuencias del hecho, a partir de la prementada presunción, como expresamente lo ha anotado el alto tribunal de la Jurisdicción Ordinaria:

“(...) que se encuentra consagrada en el art. 2356, opera a favor de la víctima pasiva del daño ocasionado por el manejo de cosas caracterizadas por su peligrosidad, la cual releva de la prueba de la existencia de la culpa en el acaecimiento del accidente, a la víctima, quien, demostrando el daño y la relación de causalidad entre éste y el perjuicio, vierte sobre el autor de aquel la obligación de acreditar una causa eximente de la culpa, si aspira a liberarse de toda responsabilidad.”

En este orden, “para que el demandado se libere completamente de la obligación indemnizatoria se requiere que la conducta de la víctima reúna los requisitos de toda causa extraña, en particular que se trate de un evento o acontecimiento exterior al círculo de actividad o de control de aquel a quien se le imputa la responsabilidad”, por tal motivo, “para que el comportamiento del perjudicado tenga influencia en la determinación de la obligación reparatoria, es indispensable que tal conducta incida causalmente en la producción del daño y que dicho comportamiento no sea imputable al propio demandado en cuanto que él haya provocado esa reacción en la víctima.”

Ello implica procesalmente, que la carga de la prueba, en relación a la culpa del actor, por excepción se invierte, es decir, se releva a la víctima del deber de probar la culpa del victimario, sin que en modo alguno pueda hacerse esta situación extensiva a la obligación de acreditar la existencia del daño, su cuantificación y la relación de causalidad entre la culpa y el daño, para lo cual se tiene libertad probatoria, es decir, que las partes pueden hacer uso de todos los medios de prueba autorizados por el legislador para acreditar tales supuestos.

3). CASO CONCRETO:

En el asunto bajo estudio, el extremo demandante busca desvirtuar el examen probatorio efectuado por la juez de primer grado, respecto de los medios de convicción, los cuales, en su criterio, demostraban que el

hecho dañoso padecido, con ocasión del accidente de tránsito ocurrido el día 13 de diciembre de 2010 en la vía Espinal- Melgar, en el que falleció el señor Juan de Dios González Guzmán, fue ocasionado por la maniobra imprudente del conductor del bus de placas UQT-365, el cual se movilizaba con exceso de velocidad y en consecuencia, a los actores se les relevaba del deber de comprobar la culpa, pues esta se presume.

Ahora, le asiste razón al extremo actor al afirmar que no les correspondía demostrar “la culpa” en el actuar de los convocados, por cuanto, como se anticipó, cuando el daño se origina en una actividad de las estimadas peligrosas (como lo es la conducción de automotores), “(...) *está sujeto a directrices específicas en su etiología, ratio y fundamento. Por su virtud, el fundamento y criterio de imputación de la responsabilidad es el riesgo que el ejercicio de una actividad peligrosa comporta por el peligro potencial e inminente de causar un daño a los bienes e intereses tutelados por el ordenamiento. La culpa no es elemento necesario para estructurar la responsabilidad por actividades peligrosas ni para su exoneración; no es menester su demostración, ni tampoco se presume; el damnificado tiene la carga probatoria exclusivamente de la actividad peligrosa, el daño y la relación de causalidad; y, el autor de la lesión, la del elemento extraño, o sea, la fuerza mayor o caso fortuito, la participación de un tercero o de la víctima que al actuar como causa única o exclusiva del quebranto, desde luego, rompe el nexo causal y determina que no le es causalmente atribuible, esto es, que no es autor. En contraste, siendo causa concurrente, pervive el deber jurídico de reparar en la medida de su contribución al daño. Desde este punto de vista, tal especie de responsabilidad, por regla general, admite la causa extraña, esto la probanza de un hecho causal ajeno como la fuerza mayor o el caso fortuito, la intervención exclusiva de un tercero o de la víctima, sin perjuicio de las previsiones normativas; por ejemplo, en el transporte aéreo, la fuerza mayor no es susceptible de desvanecerla (art. 1880 del Código de Comercio), más si el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima (Cas. Civ. de 14 de abril de 2008, radicación 2300131030022001-00082-01) (...)” (Destacado propio).*

Así las cosas, lo cierto es que el argumento según el cual el siniestro es atribuible única y exclusivamente al señor Pedro Alejandro Sánchez, conductor del automotor, se encuentra condenado al fracaso toda vez que en el asunto *sub-examine*, los elementos de convicción apuntan a establecer que fue por las maniobras conjuntas de este y del peatón González Guzmán que se produjo el accidente.

Al respecto, cabe destacar que, contrario a lo afirmado por los demandantes, las pruebas no son contundentes para endilgarle exclusivamente a la pasiva la conducta negligente.

Para arribar a lo dicho es importante resaltar, en primer término, que no hay discusión en torno a que el señor Juan de Dios González Guzmán perdió la vida en el accidente de tránsito acaecido con el mentado automotor, el 13 de diciembre de 2010 en la vía Espinal-Melgar; lo que corresponde dirimir es si existe un único responsable o si, por el contrario, hay una culpa compartida.

Obra en la foliatura el informe de tránsito levantado con ocasión del accidente visto a folios 3 y 4, en el que se consignó como hipótesis del vehículo “*exceso de velocidad*” y del peatón “*caminar por la zona destinada al tránsito de vehículos*”; así mismo, se concluyó que, como posibles causas del siniestro, eran el “*exceso de velocidad según la huella de frenado* y también por el posible tránsito del peatón”, plano que se entiende rendido bajo la gravedad de juramento y que no mereció objeción alguna ni fue desvirtuado por ninguna de las partes.

Lo anterior sin que sea de recibo la afirmación de los actores en el sentido de que “*se trata de una mera hipótesis del agente de tránsito basada en la versión de los hechos rendida por el conductor demandado, quien por lógica humana no va a inculparse asumiendo de entrada su responsabilidad*”, pues si bien lo relacionado en el informe de tránsito, citado líneas atrás, no deja de constituir hipótesis acerca de la causa del accidente, lo cierto es que éstas deben ser confrontadas con la totalidad de los medios de convicción recaudados, y no puede ser acogido por los actores únicamente en el aparte que le resulta favorable.

En ese sentido, se recaudó el testimonio del señor Pedro Alejandro Sánchez, quien conducía el rodante de placas UQT-365, y al rendir su versión manifestó: “*yo venía entre el trayecto entre las 3:30 y 4:00 de la mañana pasando el puente en la variante de Girardot, pongámosle 500 metros adelante del río Magdalena venía yo, no voy a decir que venía a 50 o venía a 70, venía a una velocidad en promedio de 80 a 85 kilómetros por hora (...)”*

Más adelante, al ser interrogado por la apoderada del extremo actor, precisó que “*a ese lado toca disminuir la velocidad para pasar el puente del río Magdalena por lo que a la entrada y a la salida siempre está el bache (...) esos vehículos no levantan más de 100 kilómetros por hora (...);*”¹² al indagársele sobre si había alguna señal que estableciera un límite de velocidad, dijo “*la verdad señorita no*

me acuerdo pero creo que son 60 (...) yo vengo a 80 bueno no le pongamos a 80 pongámosle a 90 para entrar al puente para cruzar el puente disminuyo la velocidad (...)”

Como viene de verse, los elementos de juicio recaudados con miras a establecer el grado de incidencia de los involucrados en el siniestro, no apuntan, indefectiblemente, a un único culpable, sino que del conjunto de pruebas se desprende que tanto el conductor del automotor como el peatón participaron en la causación del daño.

Por otra parte, ningún valor probatorio podría darse a las declaraciones del señor Pedro Alejandro Sánchez, conductor del automotor, atinentes a que *“(...) de repente me salió una persona como mi Dios la mandó al mundo, sin nada de ropa y así como salió se le mandó al bus (...) yo trato de maniobrar el vehículo y frenar pero ya cuando lo impacto,”* pues no existen otras evidencias que soporten esa afirmación.

Obsérvese que, distinto a lo señalado por él, del material probatorio adosado no se desgaja que el accidente se hubiere presentado en dichas circunstancias, pues en el informe policial de accidentes de tránsito visto a folio 6 del cuaderno principal, se consignó como causa del accidente *“atropellamiento”* en vía rural; empero, nada se dice sobre el estado en el que se encontraba el cuerpo del mismo.

Además, pese a que en la audiencia inicial llevada a cabo el 17 de octubre de 2018, se dispuso *“librar un oficio con destino a la Policía de Tránsito del municipio del Guamo (Tolima), o a la autoridad que ejerza esa función en el territorio del lugar donde ocurrió el accidente, para que suministre a este despacho toda la información relacionada con ese hecho, con indicación precisa de las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se sucedieron los hechos y el estado en que se encontraron a la persona que falleció, el conductor del vehículo y el rodante del mismo”*, lo cierto es que la misiva no recibió respuesta alguna, quedando ayuna de prueba la alegación del conductor del vehículo, en la medida que no se pudo verificar las condiciones en que se encontraba el cuerpo de la víctima en el momento del levantamiento de su cadáver.

Por ende, no existe una prueba contundente que lleve a la Sala a inferir que fue la conducta de uno solo de ellos la desencadenante del incidente, sin que pueda perderse de vista que de lo atrás reseñado cobra mayor fuerza la hipótesis conforme la cual fueron las maniobras concurrentes del conductor y del peatón (víctima), aunque no en el mismo grado, las que causaron el suceso.

Desde esa perspectiva, es procedente entrar a determinar cuál de los involucrados tuvo mayor incidencia en el hecho dañoso.

A juicio del Tribunal, se puede colegir que el bus de placas UQT-365 tuvo un mayor grado de responsabilidad en la producción del daño, habida cuenta que no se conducía a la velocidad permitida, acto que hubiese podido evitar el impacto.

Empero, de las referidas pruebas, también resulta claro la concurrencia del señor Juan de Dios González Guzmán en el hecho dañino, precisamente por cuanto transitaba por el área destinada al tránsito de vehículos.

De ese modo, tal como lo consideró la juez de instancia, en aplicación del artículo 2357 del Código Civil, deberá tenerse que la contribución del agente es mayor, en proporción al 60%, en tanto que el de la víctima es menor, correspondiendo al 40%. Lo anterior porque desde el punto de vista del factor causal, la cuantificación de los comportamientos confluyentes en la producción del resultado, no resultan igualitarios.

Ahora bien, en lo que hace al reparo incoado por los actores, según el cual se trata de un régimen de responsabilidad objetiva y *“el que causa un daño lo paga, sin más consideraciones o miramientos”*, baste señalar que, como se dijo, en el régimen de responsabilidad por actividades peligrosas contemplado en el artículo 2357 del Código Civil, el demandado puede liberarse de la obligación indemnizatoria en la medida en que el comportamiento del perjudicado tenga influencia en la determinación de la obligación reparatoria, o lo que es igual, en el evento de que tal conducta incida causalmente en la producción del daño y que dicho comportamiento no sea imputable al propio demandado en cuanto que él haya provocado esa reacción en la víctima.

En consecuencia, no le asiste razón a la recurrente, pues si bien en principio quien cause a otro un daño, originado en hecho o culpa suya, está obligado a repararlo, lo cierto es que la pasiva puede acreditar la existencia de una causa eximente de responsabilidad, o tal como ocurrió en el presente asunto, que pese a existir responsabilidad en la pasiva, está puede verse reducida por concurrencia de culpas.

De otra parte, con relación a la inconformidad planteada por la apoderada de los demandantes frente a la cuantía señalada por los perjuicios morales, considera la Sala acertada la decisión de instancia, por cuanto se basó en la finalidad de esta indemnización y el arbitrio judicial como forma de tasación, a la luz de los distintos

pronunciamientos emitidos al respecto por la Corte Suprema de Justicia.

Ahora bien, reprocha la aseguradora recurrente la falta de acreditación de los perjuicios materiales, en la medida en que se afirmó que los ingresos de la víctima ascendían a \$1.000.000,00 sin que se allegara prueba alguna que diera cuenta de ello, aunado a que de dicho valor no se ha descontado *“el gasto en que debería incurrir un comerciante para generarlo necesariamente, representado cuando menos en el costo de adquisición de los bienes que dice comercializaba el difunto como toda fuente de ingreso más los gastos de transporte y bodegaje.”*

Al respecto vale la pena precisar que del material probatorio adosado al plenario se extrae que la señora Patricia Ibeth Viuchi Vargas convivía con el Juan de Dios González Guzmán; obsérvese que tanto ella como sus hijos coincidieron en que la víctima residía con ellos y el día de los hechos había salido de viaje de negocios, pues era usual que se ausentara del domicilio por varios días.

Además, sobre este punto manifestó la señora Martha Nubia Rojas Forero: *“yo conocí al esposo, un señor muy respetuoso, él no tomaba, se dedicaba a trabajar, el vendía mercancía en los pueblos, traía su sustento a la casa y pues Patricia no trabajaba porque ella pues le tocaba cuidar los niños (...)”*

Así mismo, en la declaración rendida ante la Notaría Primera del Círculo de Girardot, vista a folio 16, las señoras Luz Mabel Bermúdez de Perdomo y Jaqueline Montoya Bejarano consignaron: *“conocimos de vista, trato y comunicación al señor JUAN DE DIOS GUZMÁN (q.e.p.d.), identificado con cédula de ciudadanía No. 17.328.136 de Villavicencio, quien era de estado civil soltero, con unión marital de hecho con la señora PATRICIA IBETH VIUCHI VARGAS que se identifica con la C.C. No. 39572393 de Girardot, que es cierto y nos consta que ellos convivían de forma permanente y continua en unión libre desde el año 1993 hasta el día que falleció (Diciembre 13/2010) en su residencia ubicada en la Manzana 40 casa 8 barrio Las Quintas de Flandes Tolima, que de esa unión procrearon a LAURA JUANITA GONZÁLEZ VIUCHI, DERLY YULIANA GONZÁLEZ VIUCHI Y JUAN DAVID GONZÁLEZ VIUCHI de 19, 17 y 15 años de edad respectivamente, que aparte de las personas antes mencionadas no existen otras con igual o mejor derecho para reclamar.”*

En relación con los ingresos percibidos por la víctima, al cuestionársele a la señora Patricia Ibeth Viuchi a cuánto ascendían, dijo que *“pues él era comerciante doctor, él viajaba a*

los pueblos compraba mercancía, nosotros viajábamos a los pueblos, yo muchas veces lo acompañaba, muchas veces era millón, millón quinientos, eso era relativo porque es mercancía, pero nos iba muy bien”

En ese mismo sentido, al interrogársele sobre el valor de las entradas económicas de la víctima, así como la periodicidad de las mismas a la señora Martha Nubia Rojas Forero, dijo que *“Patricia me decía que el ganaba más o menos bien para poder responder por el hogar y el siempre que se iba y venía demoraba de 15 a 20 días (...) ella me decía que el más o menos ganaba de 1 millón a millón 300 mensual, ella siempre me decía que sus 15 a 20 días siempre se traía sus 800 o 900.”*

Ciertamente se extrae de lo reseñado que la víctima se dedicaba a una actividad productiva y ante la imposibilidad de establecer el valor exacto al que ascendían sus ingresos mensuales, en la medida que no obran en el plenario certificados de ingresos ni extractos bancarios que respalden lo afirmado por los demandantes, distinto a lo alegado por Axxa Colpatria Seguros S.A., el perito designado por la juez *a quo* tomó como base para la liquidación de los perjuicios el salario mínimo legal mensual vigente.

Obsérvese que en el peritaje visto a folios 249 a 273 se consignó: *“(...) el suscrito perito no encontró evidencia de ningún documento, certificación o recibo de pago, que permitiera verificar o constatar el ingreso que estaba devengando la víctima en el momento de su deceso (...) En consecuencia y de acuerdo con la ley, se calculan los daños sobre la base de ingreso mensual básico, esto es un (1) salario mínimo mensual vigente (...) Se aplica el criterio del 25% de deducción para gastos personales (...)”*, lo que a todas luces desacredita el reproche de la aseguradora recurrente.

Por último, en lo que hace a la excepción de prescripción de la acción de seguro contra Axxa Colpatria Seguros S.A., memórese que el artículo 1081 del Estatuto Mercantil enseña lo siguiente:

“La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de **dos años** y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de **cinco años**, correrá contra toda clase de personas y

empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes” (Destacado propio).

Respecto del alcance de dicha disposición ha sostenido la jurisprudencia, que en ella se vinculó la prescripción ordinaria al **factor subjetivo**, al disponer que los dos (2) años para ésta corren desde el momento “*en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción*”, es decir desde el momento en que se tiene conciencia del derecho que da nacimiento a la acción y, por tanto, no corre contra los incapaces; al paso que la prescripción extraordinaria se ató al **factor objetivo**, pues dispuso que el término de 5 años previsto para ella comienza a partir del momento en que “*nace el respectivo derecho*”, se produce en todos los casos, o sea, aun cuando no se pueda establecer si el interesado tuvo o no conocimiento del hecho en cuestión.

La primera, según se acotó en líneas anteriores, de estirpe subjetiva, y la segunda, de naturaleza típicamente objetiva, calidades éstas que se reflejan, de una parte, en los destinatarios de la figura *sub-examine*: determinadas personas – **excluidos los incapaces**- y ‘*toda clase de personas*’ –incluidos éstos-, respectivamente.

Conforme la norma en cita, la prescripción ordinaria correrá desde el conocimiento real o presunto del hecho que da base a la acción, al paso que la prescripción extraordinaria, justamente por ser objetiva, corre sin consideración alguna el precitado conocimiento, no obstante, en uno u otro caso expirado el lapso, indefectiblemente, irrumpirán los efectos inherentes al fenómeno prescriptivo.

En cuanto a la aplicación del artículo 1081 del Código de Comercio, atendiendo la calidad del sujeto que la alega, la misma norma hace las distinciones pertinentes precisando que los dos años de la prescripción ordinaria **corren para todas las personas capaces**, a partir del momento en que conocen real o presuntamente del hecho que da base a la acción, por lo cual dicho término se suspende en relación con los incapaces (artículo 2541 C.C.), y **no corre contra quien no ha conocido ni podido o debido conocer aquél hecho**; mientras que los cinco años que se exigen para la extraordinaria correrán “*contra toda clase de personas*”; expresión ésta última cuyo alcance definió la Corte al sostener que “*La expresión ‘contra toda clase de personas’ debe entenderse en el sentido de que el legislador dispuso que la prescripción extraordinaria corre aún contra los incapaces (artículo 2530 numeral 1º y 2541 del C.C.), así como contra todos aquellos que*

no hayan tenido ni podido tener conocimiento (...) del hecho que da base a la acción” esto es, el término de la prescripción extraordinaria corre desde el día del siniestro, y no se suspende en ningún caso, como sí sucede con la ordinaria, sin solución de continuidad, desde el momento en que nace el respectivo derecho, contra las personas **capaces e incapaces, con total prescindencia del conocimiento de ese hecho**, y siempre que, al menos teóricamente, no se haya consumado antes la prescripción ordinaria.

En el asunto que ahora ocupa la atención de la Sala, consideró la juzgadora de instancia que respecto de la señora Patricia Ibeth Viuchi la acción de seguros se encontraba prescrita, en el entendido de que el siniestro acaeció el 13 de diciembre de 2010 y la demanda se instauró el 30 de septiembre de 2014, cuando ya se encontraba superado el término de 2 años.

Sin embargo, amén de la especialidad del artículo 1131 del C. de Co., relativo a la prescripción en el seguro de responsabilidad civil (en el que debe manejarse el plazo de cinco (5) años, como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia), en el *sub examine*, en todo caso, no se advierte la concurrencia de este modo extintivo, toda vez que, como se expuso, la prescripción ordinaria no corre contra quien no ha conocido ni podido o debido conocer el hecho, y no viene a dudas que la señora Viuchi no se enteró sobre la muerte de Juan de Dios González Guzmán el 13 de diciembre de 2010, sino tiempo después; en consecuencia, el término extintivo no podría contabilizarse, respecto de ella, a partir de la fecha de fallecimiento de aquel.

Obsérvese que la señora Laura Juanita González Viuchi depuso que “*ahí pasaron los 2 años, ya nos enteramos por medio de Alejandra, de mi hermana, que él estaba muerto, fuimos al Espinal y vimos las fotos, a él le tomaron unas fotos en la carita y ahí nos enteramos que definitivamente era mi papá (...)*”, mientras que Patricia Ibeth Viuchi dijo que “*el tenía no sé si un hábito o una maña pero él viajaba muchas veces sin la cédula y sin documentos y por ende yo pensé que se había ido a viajar y no más, no supe más de él, ni por la mamá, nunca cambié mi número telefónico (...) lo empezamos a buscar a preguntar no nos daban razón entonces me enteré ya mucho después de lo de la muerte de él, por medio de un fiscal en Flandes, mi hija mayor la mandé a averiguar por él, porque siempre fuimos a averiguar al CTI a la SIJIN en Fiscalía (...) me vine a enterar mucho tiempo después, como a los 2 años y 3 meses que aparecía como NN en el Espinal (...)*”

Además, si bien el accidente de tránsito en el que perdió la vida el señor González Guzmán

acaeció el 13 de diciembre de 2010 y la demanda se presentó el 30 de septiembre de 2014,20 lo cierto es que no había transcurrido el quinquenio previsto en el inciso 3° del artículo 1081 del Código de Comercio, computado desde la ocurrencia del accidente y mucho menos desde el momento en el que los actores tuvieron conocimiento del mismo.

Ahora bien, advierte esta Corporación que le asiste razón a la demandada Axxa Colpatria Seguros S.A., en tanto su responsabilidad va hasta el monto pactado en el negocio jurídico asegurativo, en consonancia con lo dispuesto con el artículo 1079 del Código de Comercio, según el cual “[e]l asegurador no estará obligado a responder sino hasta la concurrencia de la suma asegurada (...)”

Al respecto, ha decantado la Corte Suprema de Justicia que:

*“Los seguros de daños, por su parte, a pesar de estar reconocidos como de mera indemnización, no se rigen por el postulado de la reparación integral sino por el principio de la autonomía privada, porque **la obligación del asegurador no implica hacerse cargo de todas las consecuencias lesivas que el siniestro haya provocado, sino únicamente de aquellas que estén previstas en el contrato de seguro o la ley, hasta concurrencia de la suma asegurada** (artículo 1079 del Código de Comercio), y se hayan causado dentro del plazo convenido.” (Destacado propio)*

Así las cosas, deviene cristalino que en el asunto que ahora ocupa la atención de la Sala, Axxa Colpatria Seguros S.A. deberá responder en los términos de la póliza de responsabilidad civil No. 8001025736, obrante a folio 58, es decir, el valor asegurado menos el deducible del 10%, esto es, \$3.090.000; en consecuencia, responderá por la suma de \$27.810.000.

Por último, en lo que hace al reparo según el cual la entidad aseguradora no es responsable directa ni solidariamente del perjuicio reclamado, es necesario precisar que su obligación deriva del contrato de seguro suscrito, en virtud del cual el tomador traslada el riesgo a la entidad aseguradora con el fin de

proteger su patrimonio de un perjuicio pecuniario.

Al respecto, ha dicho la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

“De lo anterior se concluye que no es admisible interpretar el artículo 1127 del Código de Comercio como si prescribiera que el asegurador únicamente está obligado a indemnizar los perjuicios patrimoniales que sufre la víctima como resultado de una condena de responsabilidad civil, sino que hay que seguir interpretándolo en su acepción original, esto es desde el nivel de sentido del contrato de seguro, según el cual el asegurador está obligado a mantener al asegurado indemne de los daños de cualquier tipo que causa al beneficiario del seguro, que son los mismos que el asegurado sufre en su patrimonio, tal como se explicó líneas arriba y fue reconocido por esta Corte en fallo reciente, en el que indicó:

El perjuicio que experimenta el responsable es siempre de carácter patrimonial, porque para él la condena económica a favor del damnificado se traduce en la obligación de pagar las cantidades que el juzgador haya dispuesto, y eso significa que su patrimonio necesariamente se verá afectado por el cumplimiento de esa obligación, la cual traslada a la compañía aseguradora cuando previamente ha adquirido una póliza de responsabilidad civil.”

Es decir, en el asunto que ocupa ahora la atención de la Sala, la demanda se dirigió de manera directa en contra de Axxa Colpatria Seguros S.A.; en esa medida, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 1127 del Código de Comercio, las pretensiones no podían dirigirse a obtener una declaración judicial de responsabilidad solidaria en contra de la garante, en tanto la indemnización a su cargo no es solidaria sino que está supeditada a los términos del contrato que la vinculan con el asegurado.

En conclusión, de los argumentos que preceden se impone modificar la sentencia materia de alzada.

**RESTITUCIÓN DE INMUEBLE URBANO
MP IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA
RADICADO 11001310303720170054401**

TESIS: Se confirmará la sentencia impugnada. Los puntos de inconformidad no abren paso a las pretensiones. Los argumentos que respaldan esta tesis se analizan a continuación.

No puede extractarse indicios en contra de las demandadas por la conducta del testigo Fabio Peña Garzón, no tiene la calidad de parte. El artículo 241 del Código General del Proceso, dispone: “*el juez podrá deducir indicios de la **conducta procesal de las partes***”, (negrilla fuera de texto).

Finalmente, no habiendo prueba de la tenencia las pretensiones bajo cualquier circunstancia estaban fracasadas, situación que releva a la sala de resolver los demás puntos de apelación.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia del 15 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado 38 Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto en referencia.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

Sonia Johanna Ortega Chávez presentó demanda de restitución de inmueble urbano por tenencia en contra de Rosalba Isabel Núñez Velásquez, Yolanda Velásquez Vargas y Anselmo Ramírez Gaitán, a fin de que se ordene a estos “*restituir*” el inmueble ubicado en la calle 44 No. 7- 76 de Bogotá, M.I. No. 50C-698613 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de la misma ciudad, zona centro.

2. Fundamentos fácticos de las pretensiones

2.1. La actora adquirió el citado inmueble mediante compraventa protocolizada en E. P. No. 1411 del 13 de octubre de 1999 de la Notaría 3 de Bogotá. El 25 de octubre de 2008, suscribió contrato de arrendamiento sobre ese inmueble con Juan Pablo Ortega Acosta, la finalidad era que fuera habitado por la madre del último, señora María Lucía Acosta de Pinzón por un canon mensual de \$550.000.

2.2. Dado que el arrendatario incumplió con el pago de los cánones, el 18 de marzo de 2014 se inició proceso de restitución de inmueble arrendado y mediante sentencia del Juzgado 11 Civil Municipal de Descongestión se ordenó la restitución-. En acatamiento de esa providencia, el 4 de junio de 2014, el señor Ortega entregó el inmueble de manera voluntaria.

2.3. Desde el 4 de junio de 2014 la actora cambió las guardas de la puerta principal. El 6 de junio siguiente intentó ingresar, sorpresivamente encontró que Rosalba Isabel Núñez Velásquez y Yolanda Velásquez Vargas habían cambiado las guardas invadieron el predio e impidieron la entrega a la verdadera dueña.

El 9 de junio de la misma anualidad radicó denuncia penal por violación de habitación ajena contra Yolanda Velásquez Vargas que es de conocimiento de la Fiscalía 118 Local. De igual modo, inició querrela de policía de lanzamiento por ocupación de hecho, trámite

que se está surtiendo en la Inspección de Policía 2D de Chapinero, Rdo. 6299 del 2014.

2.4. Rosalba Isabel Núñez Velásquez inició proceso de pertenencia contra la demandante ante el Juzgado 32 Civil del Circuito de Bogotá, Rdo. 2015-00561.

En audiencia del 27 de febrero de 2017 asistió Anselmo Ramírez Gaitán en calidad de apoderado de la demandante y cesionario del 40% del inmueble, oportunidad en la que se profirió sentencia que negó las pretensiones y declaró única dueña a Sonia Johanna Ortega Chávez. El 9 de agosto de 2017, el Tribunal Superior de Bogotá emitió sentencia de segunda instancia, denegó nuevamente las pretensiones.

2.6. En diligencia de inspección ocular efectuada por el Inspector de Policía de Chapinero 2D del 24 de junio de 2015, las demandadas reconocieron que son poseedoras del inmueble objeto de restitución.

Anselmo Ramírez Gaitán “*tiene y ejerce posesión sobre el inmueble ya que es cesionario del 40% sobre la casa y le entregaron los derechos y privilegios de la tenencia y/o posesión la cual ejerce la señora Rosalba Isabel Núñez Velásquez*”.

Por lo anterior, “*se puede demostrar que los demandados tienen y ejercen la tenencia del inmueble objeto hoy de restitución*” (fls. 54).

Se pretende “*recuperar la tenencia del inmueble ya que las demandadas poseen una tenencia, la cual han ejercido desde el 12 de junio de 2014, hasta la fecha*” (fls. 67).

3. Posición de la parte pasiva.

Los demandados se opusieron a las pretensiones. Formularon las siguientes excepciones:

3.1. Rosalba Isabel Núñez Velásquez y Yolanda Velásquez Vargas (fls. 96).

i) “*Ausencia de los presupuestos procesales*”. La demandante confesó “*en una diligencia*” que el título de propiedad del inmueble que se pretende “*reivindicar, es totalmente simulado*”, carece de “*legitimidad para instaurar la presente acción reivindicatoria*”.

Quien ha poseído de manea real, material, pública, pacífica, quieta, tranquila, continua e ininterrumpida por espacio superior a 10 años es Rosalba Isabel Núñez Velásquez.

ii) “El título de propiedad del inmueble base y objeto de esta demanda, a favor de la demandante Sonia Johana Ortega Chávez, no produce ningún derecho ni efecto jurídico contra terceros”. La actora confesó que el título de propiedad es simulado, en ningún momento compró o pago el inmueble.

iii) “Prescripción extintiva del derecho de propiedad de la demandante sobre el inmueble objeto de la presente demanda”. La demandante no ha ostentado la posesión real y material del inmueble dentro de un término igual o superior a 10 años.

iv) “Prescripción adquisitiva del dominio a favor de la demandada Rosalba Isabel Núñez Velásquez”. La demandada es quien ha poseído por espacio superior a 10 años con ánimo de señora y dueña, sin reconocer dominio ajeno.

3.2. Curador Ad Litem de “demandados ausentes”- Anselmo Ramírez Gaitán-. Solicitó que se acceda a las pretensiones “si y solo si, se prueba dentro del proceso que (...) son procedentes” (fls. 129).

4. La Sentencia de primera instancia

El Juzgado 38 Civil del Circuito de Bogotá, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora.

Para ese efecto sostuvo que la demandada no tiene la tenencia del inmueble en los términos que contempla el artículo 775 del Código Civil, esto es, como acreedor prendario, secuestre, usufructuario, usuario con derecho de uso y habitación, menos como arrendatario.

Las pruebas obrantes en el proceso y en el mismo certificado de tradición del inmueble objeto de demanda, es claro que las demandas se reputan como poseedoras del bien, han iniciado proceso de pertenencia, no reconocen dominio ajeno, inclusive se controvierte la idoneidad del título de propiedad al denunciar simulación en la compraventa.

Las demandadas no reconocen dominio ajeno en cabeza de la demandante ni de alguna otra persona, no tienen la calidad de tenedoras, no reconocen que la señora María Lucía Acosta de Pinzón tuviese derecho alguno, se afirma que fue quien les entregó la posesión.

Al haber ejerciendo la acción de pertenencia por prescripción adquisitiva del bien objeto de demanda éstas se consideran poseedoras, no hay tenencia por parte de aquellas.

Dado que la acción restitutoria procede únicamente cuando la parte demandada ostenta la tenencia del bien objeto de demanda y no su posesión la acción intentada es improcedente,

las demandadas tienen la calidad de poseedoras.

5. Recurso de apelación.

La parte demandante interpuso recurso de apelación. Los argumentos sustentados en segunda instancia son los siguientes:

5.1. Se demostró que María Lucía Acosta en vida se encontraba en el inmueble como arrendataria, su hijo Juan pablo firmó contrato de arrendamiento desde el 2008 y las demandadas se encontraban bajo la misma condición -arrendatarias-.

La demandada Yolanda Velásquez Vargas confesó en interrogatorio que “los señores Sonia Johana Ortega, y el señor Juan Pablo Ortega llegaron junto con el doctor Camilo Andrés Peña, dos (2) policías del CAI de la 60 y la orden de un Juzgado 11 de Descongestión de Bogotá, ingresaron al inmueble cada de la calle 44 No. 7-6, cuando ella trato (sic) de ingresar a la casa, la policía la sacó de la casa, ya que ella no tenía ni vínculo familiar, no tenía relación alguna con el inmueble, demostramos que la casa sí estuvo bajo el poder y cuidado de la propietaria del inmueble”.

La señora Yolanda ingresó a la casa de manera violenta, rompió las chapas de la puerta principal cuando todos se retiraron, se aprovechó de la salida de la propietaria en búsqueda de elementos de seguridad.

Las demandadas tuvieron pleno conocimiento de que la actora era propietaria del inmueble y tomó posesión.

El Juzgado 11 de Descongestión de Bogotá emitió despacho comisorio No. 14-108 del 2 de mayo de 2014, la propietaria como señor y dueño cambió las chapas e ingresó a su inmueble por orden judicial.

Yolanda Velásquez Vargas confesó que entraron al inmueble porque María Lucia Acosta de Pinzón permitió la entrada con la condición de que la cuidara junto con el señor Mario Eduardo y de “esclarecer las cosas que estaban para allí colocar denuncias”, también que la dueña era la misma, nunca vendió su casa, la titular del inmueble es Sonia Johana Ortega y la señora Acosta entregó “la pertenencia”.

Las cinco veces que se preguntó como se entró al inmueble se cambio la versión: i) ingresó en 1986; ii) 2001 inicios de 2002; iii) eran amigas; iv) Lucía la dejó en la casa; y v) se entregó la pertenencia a la hija Rosalba; nunca pudo explicar como ingresó.

Se demostró que las demandadas vivían mediante contrato de arrendamiento que cobijaba a María Lucía Acosta y fue terminado en proceso de restitución por falta de pago.

Yolanda Velásquez Vargas reconoció bajo la gravedad de juramento que la titular del inmueble era la demandante, reconoce dominio ajeno.

Rosalba Isabel Núñez Velásquez confesó: *i)* Que les dejaron la casa porque no querían dejarla a Juan Pablo y tampoco a Sonia Ortega; *ii)* abrió la puerta María Lucía Acosta; *iii)* vivían en la casa como contraprestación a que cuidaban a esta última; y *iv)* no ingresó en calidad de poseedora, vivía María Lucía Acosta.

Las demandadas tampoco se reconocen como poseedoras, reconocen dominio ajeno, primero a la señora María Lucía Acosta de Pinzón quien fue propietaria del inmueble, posteriormente la actora, no cuentan con el *animus*, son unas simples tenedoras.

Se reconoce que como cuidadora de María Lucía estaban bajo el contrato de arrendamiento, vigente desde el 2008 hasta el 2014, alegan que aquella no vendió el inmueble.

Yolanda Velásquez dice que dejaron la posesión a la hija, no aportó documento alguno o testigo que lo acredite, estaban bajo la condición de cuidar a María Lucía Acosta y Mario Eduardo.

En el último pronunciamiento emitido por la Inspección de Policía de Chapinero 2D el 20 de noviembre de 2020, declararon a las demandadas perturbadoras de la posesión de la actora.

5.2. No se pidió reconocer a las demandadas como poseedoras, en sentencia del 9 de agosto de 2017, se tuvo como una “*tenencia clandestina*”, siempre se escondieron detrás de María Lucía Acosta, tema que fue ratificado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que negó el recurso de casación cuando interpusieron pertenencia sobre el mismo inmueble, no demostraron la posesión que se alega.

No se reconocieron en ninguna de las instancias como poseedoras, no se entiende por qué en el proceso de restitución a pesar de haberse aportado “*las sentencias del Juzgado 32 Civil del Circuito de Bogotá, la sentencia del Tribunal de Bogotá*” y mencionado que hacía falta la de casación, se otorgó dicha calidad sin haberse solicitado, se dio más de lo que se pedía.

Se actuó de manera arbitraria, se impuso la carga de la prueba al demandante de acreditar el ingreso las convocadas, cuando se demostró con confesiones que fue después de una restitución, el mismo día, antes no se había podido realizar porque estaba Juan Pablo Ortega Chávez y Martha Lucía Acosta de Pinzón.

5.3. Se está tratando de recuperar parte de la vivienda, no se ha perdido el *animus domini*, se comporta como dueña del inmueble, viene ejerciendo todas las acciones necesarias para recuperarlo.

Las demandadas no se comportan como poseedoras, saben y son conocedoras que se adeudan varios impuestos prediales, no han pagado uno solo, alegan que pagaron cuando estaba María Lucía Acosta en vida y los recibos los robaron, lo que es falso.

No se logró demostrar el momento en que pasaron a ser poseedoras, tampoco actos de posesión y en la página siglo XXI se pueden evidenciar los diferentes inmuebles que están solicitando pertenencia.

5.4. El Juzgador de primera instancia no valoró el testimonio de Fabio Peña Garzón, se dio cuenta que era amañado, cuando preguntó qué sabía de la demanda confesó que nada y que lo habían llevado para que confesara que el 6 de junio de 2014, el señor Juan Pablo ingresó a la casa en la que vivía María Lucía Acosta, cuando se siguió preguntando se salió de la diligencia, indicio grave en contra de las demandadas y por eso se descartaron los demás testigos.

5.5. Se alegó que el título en el que se basó la demanda era simulado y no aportaron pruebas de esas afirmaciones.

CONSIDERACIONES

1. La competencia del Tribunal está delimitada por los puntos de controversia expuestos en la sustentación de la apelación quedando vedados los temas que no hayan sido debatidos frente al fallo de primera instancia, como lo prevén los artículos 320 y 328 del CGP.

2. Se confirmará la sentencia impugnada. Los puntos de inconformidad no abren paso a las pretensiones. Los argumentos que respaldan esta tesis se analizan a continuación.

3. La parte actora enrostra yerro a la sentencia atacada, rebate que se demostró que los demandados son tenedores.

3.1. Para desatar la alzada es imperioso determinar la causa fáctica concreta invocada en la demanda que a juicio de la reclamante

soporta la restitución como marco para analizar los puntos de apelación.

En particular, establecer cuál fue la relación de tenencia denunciada, dado que el principio de congruencia impone: “[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 esta”.

Para el efecto, se observa que en el libelo genitor se formuló “*demanda de restitución de inmueble urbano por tenencia*”, sustentada en que la demandante es propietaria, suscribió contrato de arrendamiento con Juan Pablo Ortega Acosta (tercero en este juicio), adelantó proceso de restitución de inmueble arrendado contra este, fue fallado en favor de la primera y el 4 de junio de 2014 se efectuó “*entrega voluntaria (...) como consta en el acta (...) realizada por el doctor Uriel Leonardo Valderrama*”, oportunidad en la que cambió las guardas de la puerta principal.

También se relató que con posterioridad, esto es el 6 de junio de 2014 (2 días después) intentó ingresar y se encontró “*con la sorpresa que las señoras Rosalba Isabel Núñez Velásquez y la señora Yolanda Velásquez Vargas habían cambiado las guardas de la puerta principal, habían invadido el predio, con esto impidiéndole la entrada a su verdadera propietaria*”.

Se tiene entonces que la causa fáctica concreta invocada en la demanda como soporte de las pretensiones consistió en que después de la citada diligencia de entrega voluntaria por parte del arrendatario -tercero no vinculado- las demandadas: *i)* cambiaron las guardas de la puerta principal; y *ii)* invadieron el predio e impidieron la entrada a su propietaria.

Como puede verse, no se denunció relación de “*mera tenencia*” y menos una obligación de restituir cimentada en un título concreto mediante el cual se hubiese entregado la detentación material, tales como prenda, secuestro, usufructo, uso o habitación.

Recuérdese, según el artículo 775 del Código Civil “*se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece*”.

Cabe resaltar, la misma regla consagra: “[l]o dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno”. Sin embargo, se echa de menos en la demanda una causa fáctica concreta que a juicio de la

actora tradujera que la detentación de las demandadas fuera de mera tenencia a partir del 6 de junio de 2014 reconociendo dominio ajeno como elemento esencial de esta forma de detentación física de una cosa corporal.

3.2. Si se mira bien, la mera tenencia que se pretende restituir desde la génesis de este litigio de cierta manera ha estado permeada por razonamientos anfibológicos.

En particular, se sostuvo que las demandadas eran poseedoras (desconocían dominio ajeno), pero se quiere recuperar la tenencia (reconoce dominio ajeno), fenómenos jurídicos que como es sabido son antagónicos.

Nótese, en el escrito de subsanación de la demanda se dijo:

Me permito aportar **prueba de la tenencia del inmueble** en manos de las aquí demandadas (...). Rosalba Isabel Núñez Velásquez, como se puede demostrar con el acta de diligencia de inspección ocular realizada (...) el 24 de junio de 2015, **reconoce que es poseedora** y que tiene un proceso de pertenencia (...) en el Juzgado 32 Civil del Circuito. Con respecto a Yolanda Velásquez Vargas se manifestó: “esta (...) **reconoce que es poseedora** del inmueble. Sobre el señor Anselmo Ramírez Gaitán, este señor **tiene y ejerce la posesión** sobre el inmueble ya que este es cesionario del 40% sobre la casa y le entregaron los derechos y privilegios de **la tenencia y/o posesión** la cual ejerce la señora Rosalba Isabel Núñez Velásquez (fls. 54, negrilla fuera de texto).

Se entiende, si bien la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él (art. 765 C.C.), fue la misma convocante quien puso al descubierto que las llamadas no reconocían dominio ajeno, sino que eran poseedoras.

En efecto, en una segunda oportunidad se inadmitió la demanda para que se precisara “*con claridad si con la acción impetrada (...) pretende recuperar el inmueble en cuestión despojando a su contraparte de la tenencia o de la posesión, por cuanto en el escrito de la demanda indica que los demandados ejercen la tenencia del bien, más, sin embargo, en el escrito subsanatorio (...) afirma rotundamente que el extremo pasivo ejerce la posesión*”. (fls. 60, negrilla fuera de texto).

Ante ese requerimiento se dijo: “*la parte demandante pretende es recuperar a (sic) tenencia del inmueble ya que las demandadas poseen una tenencia, la cual han ejercido desde el 12 de junio de 2014 hasta la fecha*” (fls. 67, negrilla fuera de texto).

Surge entonces que este litigio quedó montado en que la prueba de la tenencia de las demandadas es una diligencia de inspección ocular donde estas reconocieron que son “poseedoras” y puntualmente que lo que se pretende recuperar es la tenencia.

3.3. Establecido lo anterior, se advierte que la recurrente formuló varios reparos enfilados a hacer ver que los convocados son tenedores del inmueble objeto de restitución por reconocer dominio ajeno, empero esto no se demostró, veamos.

3.3.1. Se rebate que las demandadas tienen la calidad de arrendatarias. Sin duda, se acreditó que el 25 de octubre de 2008, entre la demandante Sonia Johana Ortega y el señor Juan Pablo Ortega Acosta, se suscribió contrato de arrendamiento del inmueble situado en la calle 44 No. 7-76 de Bogotá (fls. 7).

También quedó probado que el Juzgado 11 Civil Municipal de Descongestión de Bogotá, mediante sentencia del 18 de marzo de 2014, por mora en el pago de cánones de arrendamiento decretó la terminación de ese negocio jurídico y, en consecuencia, ordenó la restitución del inmueble (fls. 16).

Sin embargo, es claro que la parte pasiva no hizo parte de ese vínculo y por tanto no está llamado a producir consecuencias respecto de estas. Recuérdese, *“los negocios jurídicos no están llamados a producir consecuencias sino respecto de quienes los celebran, lo que se conoce como el efecto relativo de los contratos o principio de la relatividad de los negocios jurídicos”*.

Igualmente ocurre con María Lucía Acosta quien en vida fue abuela de la actora y madre del arrendatario Juan Pablo Ortega Acosta, contrario a lo que se quiere hacer ver, no se acreditó que fuera cobijada por ese contrato, siendo insuficiente el parentesco para esa finalidad y sobre todo porque las manifestaciones de las partes en sus beneficios no son prueba.

La Corte Suprema de Justicia de antaño explicó: *“[l]as declaraciones de las partes alcanzan relevancia, sólo en la medida en que “el declarante admita hechos que le perjudiquen o, simplemente, favorezcan al contrario, o lo que es lo mismo, si el declarante meramente narra hechos que le favorecen, no existe prueba, por una obvia aplicación del principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba”*.

3.3.2. Se rebate también que con en el acta de Inspección de Policía Segunda de Chapinero dentro de la querrela No. 6299 de 2014, la

señora Yolanda confesó que Sonia Johana Ortega y Juan Pablo Ortega llegaron junto con Camilo Andrés Peña, dos (2) policías y orden del Juzgado 11 de Descongestión de Bogotá, con lo que se acredita que el inmueble estuvo en poder de la demandante.

Verificada esa acta se tiene que la señora Yolanda, entre otras dijo: *“[y]o no llegue aquí (...) el 6 de junio de 2014 (...) lo que ellos dice del 6 de junio que yo me metí a la casa es falso, porque ellos llegaron a las 7 pm de la noche (...) cuando yo tenía una medida de protección (...) pero los policías hicieron caso omiso dijeron que yo no era nadie que no tenía derecho, que yo no tenía nada que ver porque no tenía ningún grado de consanguinidad (...) el Policía me jala para quitarme el celular (...)”* (fls. 47).

Como puede apreciarse, aparte del ingreso de la actora al inmueble con acompañamiento de la fuerza pública, no es prueba de que las demandadas hubiesen sido sacadas en esa oportunidad como manifestación de señorío de la primera, menos que hubiesen quedado por acto de cortesía o mera tolerancia, tampoco que con posterioridad hubiesen ingresado de manera violenta, conducta esta que por demás no va de la mano con una mera tenencia.

3.3.3. Ciertamente la señora Yolanda en su declaración adujo que llegó al inmueble porque María Lucía Acosta en vida era su amiga quien permitió su entrada en 1986, con posterioridad se fue y luego volvió en el 2001 con la condición de que pusieran en conocimiento de las autoridades presuntas conductas punibles.

De igual modo, sostuvo que la misma señora era la que tenía la posesión, nunca vendió, la dejó en el inmueble y que quien figura como titular es la actora. Así mismo, refirió que en el proceso de pertenencia que adelantó su hija se dijo que la que venía ostentando la posesión era la señora María Lucía que estuvo en ese lugar hasta el día de su muerte y entregó a las demandadas la posesión.

De esas manifestaciones en principio podría sostenerse que se reconocía dominio ajeno sobre el inmueble mientras estuvo en vida María Lucía Acosta quien permitió el ingreso de las demandadas como acto de cortesía o tolerancia que como es sabido no tiene eficacia posesoria.

Sobre el tema la Corte Suprema de Justicia, ha dicho:

“Cuando se habla de posesión material, no se trata de actos de mera tolerancia (artículo 2520 del Código Civil), fundados en relaciones de amistad, de condescendencia, de parentesco, de coparticipación o de

comunidad (los copropietarios, comuneros o consocios, por ejemplo, en el caso de Falquez), de vecindad, de familiaridad (los cónyuges: Falquez-Donado), de benevolencia, de ocasión, o de licencias que otorga el titular del derecho de dominio; todos los cuales no tienen eficacia posesoria, por su carácter circunstancial, temporal o de mera cortesía, o por su naturaleza anfibológica o ambigua.

Empero, esa declaración no contiene un reconocimiento de dominio ajeno sobre el inmueble después del deceso de la señora Acosta -16 de agosto de 2014-, y menos respecto de la demandante con posterioridad a la rebelión expresa y pública contra su derecho -6 de junio de 2014-, oportunidad en la que impidieron su ingreso según se reconoció en la demanda (cfr. Hecho séptimo), acontecer que en verdad enerva una relación de tenencia.

Cabe advertir, el hecho de que la señora Yolanda hubiese referido en su declaración que la titular inscrita del inmueble es la demandante no significa que reconoció dominio ajeno porque no traduce admisión de la aprehensión material del inmueble supeditada a la aquiescencia o voluntad de otro.

3.3.4. Rosalba Núñez Velásquez manifestó que llegó a finales de 2001 o principios de 2002 porque la señora Lucía buscó a su señora madre. También que han sido poseedoras, adelantan proceso de pertenencia, nunca entraron rompiendo la puerta y tampoco de manera abrupta y que están ahí porque María Lucía Acosta fue como una abuela para ella.

Dijo que en un proceso de pertenencia tramitado en el Juzgado 32 Civil del Circuito se concluyó que la real poseedora fue María Lucía, también que nunca aceptó términos y condiciones de Sonia Johana a quien no reconoce como propietaria.

Tampoco hubo una entrega voluntaria del inmueble, sino a la fuerza el 6 de junio en horas de la noche, tumbaron la puerta y se introdujeron, época en la cual la primera estaba hospitalizada.

Sostuvo que es poseedora, inició ese proceso de pertenencia, declara que siempre es dueña del inmueble y que María Lucía manifestó no querer dejárselo a su hijo Juan Pablo y tampoco a Sonia Johana.

De igual manera, entró porque dicha señora se lo permitió y que en el proceso de pertenencia se dijo que quien realmente era poseedora era María Lucía Acosta y que la declarante ejercía posesión desde el fallecimiento de aquella -16 de agosto de 2014-.

Nótese, las demandadas si bien reconocen que en vida de la señora Acosta era la dueña y que llegaron por su invitación para entre otras brindarle cuidados, no brota con claridad que fallecida ésta, reconocieran dominio ajeno en la demandante quien en la demanda sostuvo que desconocen su derecho como titular de dominio impidiendo su ingreso, se itera conducta no acorde con la mera tenencia.

Es importante recordar que la actora llamó tenencia a la relación de las demandadas con el inmueble cuando a la par sostuvo que se proclamaban poseedoras, mismas que ahora siguen alegando esa calidad que en donde se halla esa voluntariedad de hacerse dueño. Hágase memoria, en materia posesoria *“es en el sujeto que dice poseer en donde debe hallarse la voluntariedad de la posesión, la cual es imposible adquirir por medio de un tercero, cuya sola voluntad resulta así, por razones evidentes, ineficaz para tal fin”*.

3.3.5. De otro lado, se incorporó en segunda instancia única y exclusivamente la providencia No. 000656 del 24 de diciembre de 2020 emitida en el expediente 6299 de 2014, correspondiente al trámite de perturbación a la posesión por ocupación proferida por la Dirección para la Gestión Administrativa Especial de Policía de la Alcaldía Mayor de Bogotá.

En esa oportunidad se confirmó *“la decisión adoptada por el inspector 2 D Distrital de Policía adoptada en diligencia celebrada el 11 de noviembre de 2020 que declaró perturbadoras a las querelladas de la posesión de la querellante respecto del predio de la calle número 7-76 y ordenó permitir el ingreso al inmueble a la querellante”*.

Cabe resaltar que no se ordenó el *“lanzamiento de la querellada”* porque respecto del acta de entrega del 4 de junio de 2014, se dijo:

La duda que plantea el inspector sobre si efectivamente el predio se encontraba totalmente desocupado de personas al momento de hacer la entrega es razonada y razonable (...) nada se dice de las cinco habitaciones, patio o el otra baño (...) esta autoridad encuentra razonable la observación de la autoridad de primera instancia a esa entrega (...) no hay certeza de que el predio haya sido entregado totalmente desocupado a la querellante (...) se tiene recibido el inmueble por la querellante con esa limitación que comporta la posibilidad de que para ese momento la querellada estuviese detentando la tenencia material de alguna de esas áreas.

Quiere decir entonces, a pesar de que las demandadas fueron declaradas perturbadoras de la posesión de la actora, no se ordenó que

desalojaran el inmueble, situación que sumada a la orfandad probatoria de este juicio impide concluir que lo estaban ocupando ilegalmente, esto es, con violencia o clandestinidad y que derruye cualquier viso de que solo tenían una mera tenencia.

4. Censura la recurrente que no se pidió reconocer que las demandadas eran poseedoras.

4.1. Se argumenta puntualmente que en sentencia del 9 de agosto de 2017, se tuvo que las demandadas tenían una “*tenencia clandestina*” porque siempre se escondieron detrás de María Lucía Acosta además que no se demostró la posesión alegada.

Revisado el expediente se puede evidenciar que no hay prueba de ese hecho. Se incorporó un acta de audiencia celebrada el 27 de febrero de 2017, en el Juzgado 32 Civil del Circuito de Bogotá, en el proceso Rdo. 032 2018 00561 00, promovido por Rosalba Isabel Núñez Velásquez contra Sonia Johana Ortega Chávez, en la que se negaron las pretensiones de la demanda, sin embargo, no es soporte de que hubiese sido por esas razones no contiene la parte motiva.

También se avizora que esa determinación fue confirmada en audiencia del 9 de agosto de la misma anualidad por la Sala Civil de este Tribunal, empero el acta arrimada no es prueba de que se hubiese declarado que las demandadas tenían una posesión clandestina tampoco que faltara acreditar alguno de los elementos que la integran por las mismas razones.

No puede entenderse entonces que en primera instancia se desconocieron esas decisiones o que se dio más de lo que se pedía, si las convocadas no tenían la calidad de tenedores sino que a juicio del Juzgador eran poseedoras,

el camino era denegar las pretensiones restitutorias como en efecto sucedió.

4.2. Con respecto a la carga de la prueba se recuerda que a voces del artículo 167 del Código General del Proceso, “*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”. Por eso, era la demandante quien debía demostrar que las llamadas a juicio tenían la calidad de tenedoras cosa que para su infortunio no ocurrió, sobre todo cuando desde el inicio dijo que se reconocían como poseedoras.

5. En relación con que la demandante tiene parte de la casa, basta mirar la demanda para detectar que se trata de un hecho novedoso, no fue objeto de debate en primera instancia, por eso se impone su descarte en segundo grado de conocimiento.

Por otra parte, la falta de prueba de pago del impuesto predial no es una conducta determinante para decir que las demandadas son meras tenedoras de cara a lo analizado.

6. No puede extractarse indicios en contra de las demandadas por la conducta del testigo Fabio Peña Garzón, no tiene la calidad de parte. El artículo 241 del Código General del Proceso, dispone: “*el juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes*”, (negrilla fuera de texto).

7. Finalmente, no habiendo prueba de la tenencia las pretensiones bajo cualquier circunstancia estaban fracasadas, situación que releva a la sala de resolver los demás puntos de apelación.

8. En suma, los puntos de inconformidad resultan estériles, se impone refrendar la sentencia atacada.

CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN
MP IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA
RADICADO 11001310304320180007802

Restrictor: Prescripción extintiva

Tesis: Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia anticipada del 18 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado 43 Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto en referencia.

[...] No puntualizó qué pretensión en concreto de las formuladas en la demanda o su reforma o cuál prueba se omitió analizar y cuyo abordaje hubiese dado lugar a resultados favorables a sus pedimentos. Es más, no se señaló un error preciso en el cómputo del término de prescripción efectuado en primera instancia o uno aplicable distinto que cobije las pretensiones objeto de su inconformidad, y que arrojen resultados propicios a sus intereses, cerrando de esta manera la puerta a esta Corporación para abordar esos temas por carencia de reparo concreto.

Una vez más se olvidó reclamar un término extintivo concreto y distinto al computado en primer grado de conocimiento respecto de las pretensiones que según se duce atañen “*ineficacia o invalidez*”. No se denunció siquiera un conteo que de haberse efectuado contradijera el reprochado y que fuera favorable a estas súplicas,

acontecimientos todos se itera cierran la puerta a esta Colegiatura para abordar de manera genérica temas carentes de reparo concreto (art. 322 del C. G. P.).

OBJETO DE LA DECISIÓN

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia anticipada del 18 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado 43 Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto en referencia.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

Mago Comunicaciones Ltda., en liquidación presentó demanda en contra de Comunicaciones Celular S. A. Comcel S.A. a fin de que se declare: *i)* el **7 de abril de 2006**, entre estos se suscribió contrato de distribución; *ii)* este último, sus modificaciones y demás documentos fueron de adhesión; *iii)* el término de duración fue impuesto por el demandado y no respondía a la naturaleza de las actividades que se debían desarrollar; *iv)* el demandado fue quien determinó las condiciones de selección de abonados o usuarios, fijó los criterios de evaluación crediticia para cumplir con el objeto del contrato de distribución; y *iv)* los contratos de prestación de servicios de telefonía móvil celular y demás servicios comercializados fueron celebrados entre Comcel S. A. y los abonados o usuarios sin que el actor hiciera parte.

De igual modo, se pidió declarar: *v)* el demandado era el llamado a asumir las consecuencias derivadas de la celebración del contrato frente al suscriptor o abonado; *vi)* incumplió el contrato, así como las demás obligaciones contenidas dentro de las modificaciones al omitir pagar las “*comisiones de activación*”; y no haber suministrado la información necesaria, completa y veraz sobre la que se efectuó la “*liquidación de la comisión residual*”; y *vii)* por terminación unilateral e injustificada de ese contrato el demandado perdió la facultad de aplicar penalizaciones y descuentos desde el **13 de noviembre de 2007**.

Así mismo, se declarara: *ix)* el demandado durante el tiempo de la relación contractual tuvo posición dominante y abuso de esta frente a la actora; *x)* no había fundamento legal o contractual para terminar de manera unilateral el contrato, tampoco para interponer penalizaciones y descuentos; *xi)* la comunicación del **13 de noviembre de 2013**, mediante la cual se decidió terminar unilateralmente el contrato y la liquidación no produce efecto; *xii)* nulidad de las actas de transacción suscritas por la demandante por vicios del consentimiento; y *xiii)* en subsidio declarar que el paz y salvo mencionado en la parte resolutive de las actas de transacción tiene un alcance restringido.

En consecuencia, se condene al convocado a pagar a título de indemnización de perjuicios: *i)* \$341.487.056 por daño emergente, integrado por descuentos por penalizaciones, datacrédito e incumplimiento bonificación camioneta; y *ii)* \$1.284.376.031, por lucro cesante que la actora dejó de percibir por la terminación unilateral del contrato.

2. Fundamentos fácticos de las pretensiones

2.1. La demandante desde su constitución el 22 de marzo de 2002, ejecutó su objeto social única y exclusivamente con el convocado. La relación contractual entre las partes se desarrolló desde el **7 de abril de 2006**, mediante suscripción de contrato de distribución y para su ejecución tuvo que acudir a préstamos bancarios.

Los contratos y demás documentos de la relación contractual fueron elaborados, entregados y utilizados por el convocado, sin que pudieran ser discutidos por la demandante. El marco contractual lo determina el contrato, sus anexos y otrosíes, así como el Manual de Procedimientos de Distribuidores.

2.2. Se estableció como contraprestación por actividades de promoción y mercadeo de productos y servicios de la convocada el pago en efectivo en favor de la demandante tanto por “*activaciones*” como por “*residual*”. De manera mensual se reconocieron bonificaciones e incentivos que se constituyeron en parte adicional de la remuneración ordinaria.

2.3. La convocante diligenció por cuenta de la convocada todas las solicitudes de activación de planes en la papelería consecutiva, suministrada por la demandada con sus marcas y emblemas comerciales.

También recibió todos los dineros provenientes de abonados por activaciones y pagos de equipos que estaba obligada a consignar a la demandada, los cuales solo ingresaron al patrimonio de esta.

Recibió en consignación equipos de telefonía celular que era de propiedad de la primera para la promoción y venta del servicio. Nunca compró para revender líneas telefónicas; y promocionaba el servicio de Comcel.

Logró la incorporación de un número importante de abonados en las regiones del Valle del Cauca, Cauca, Nariño y Quindío; la gestión de vinculación se hacía mediante contrato celebrado exclusivamente entre el cliente y demandado que era quien entregaba el correspondiente documento proforma.

2.4. La demandante realizó sus actividades

mercantiles como empresario independiente, infraestructura y organización administrativa propia, siguiendo los lineamientos establecidos por la demandada.

Para esa finalidad, contó con puntos de venta directo, subdistribuidores y empleados que desarrollaban su actividad en dichas regiones; suscribió por su cuenta contratos de arrendamiento con terceros y de trabajo con empleados, abrió establecimientos de comercio bajo el nombre comercial “Comcel”, con letreros y avisos conforme a las directrices de imagen corporativa.

De igual modo, mantuvo durante la vigencia de la relación contractual las garantías que el demandado exigió; y aplicó al público las tarifas fijadas por el demandado, sin oposición de este a sus conductas empresariales.

La demandada prometió premios y bonificaciones que no cumplió. En efecto, prometió como premio una camioneta que la actora compró esperando la devolución del dinero, sin que se procediera en ese sentido.

2.5. Mediante comunicación del 13 de noviembre de 2007, de forma unilateral e infundada la sociedad convocada terminó el contrato, y la actora en comunicación del 8 de noviembre (sic), hizo la reclamación pertinente por incumplimientos contractuales.

Asumiendo facultades inexistentes, y en todo caso ilegales, abusivas y arbitrarias, en comunicación del 10 de marzo de 2008, envió una “supuesta” acta de liquidación del contrato que se hizo sin tener en cuenta la naturaleza típica, cobró sumas de dinero exageradas y no reconoció las prestaciones.

2.6. De manera abusiva el demandado obligó a la sociedad demandante a suscribir documentos contractuales por su posición de dominio, sin poder exigir cambios.

2.7. El 8 de noviembre de 2017, se radicó comunicación de reclamación en los términos del artículo 94 del C. G. P., sin respuesta a la fecha.

3. Posición de la parte pasiva

El demandado se opuso a las pretensiones. Formularon las siguientes excepciones:

i) “*Prescripción extintiva de cualquier derecho que considere la demandante que pueda tener respecto del contrato de distribución del 7 de abril de 2006 y su terminación del 13 de noviembre de 2007*”. La demanda se interpuso el 20 de febrero de 2018, después del vencimiento del término de 10 años contados desde la comunicación de terminación del 13 de

noviembre de 2007. Igual ocurre con las pretensiones de nulidad, se encuentra vencido el plazo de 2 años que contempla el artículo 900 del Código de Comercio, y los 4 años del 1750 del Código Civil.

ii) “*Cosa Juzgada*”. En el proceso ejecutivo 2011-00128-00, adelantado ante el Juzgado 16 Civil del Circuito de Santiago de Cali, se emitió sentencia del 28 de marzo de 2016 que hizo tránsito a cosa juzgada, se ordenó seguir la ejecución contra el demandante con base en el pagaré que suscribió en favor de Comcel S. A. para garantizar el pago de perjuicios o sumas que hubiera llegado a deber por incumplimiento de obligaciones en la ejecución del contrato de distribución. Se pretende revivir una contienda resuelta.

iii) “*Imposibilidad de declaración de incumplimiento del contrato por Comcel cuando ya terminó. Carencia actual de objeto o preclusión de oportunidad*”. Se pretende que se declare el incumplimiento de una relación contractual que desapareció desde hace más de 10 años.

iv) “*Preclusión de la oportunidad para alegar abuso de la posición dominante, invalidez, ineficacia o inoponibilidad de cláusulas contractuales, o cualquier otro defecto-carencia actual de objeto*”. El contrato terminó desde el 6 de diciembre de 2007, mal podría pretenderse que se declaren dichas pretensiones que nunca fueron manifestadas durante la ejecución.

v) “*Penalizaciones y descuentos sobre comisiones y otros créditos del demandante fueron válidos conforme lo pactado en el contrato de distribución y fueron aceptados libremente por éste en la celebración durante la ejecución del contrato*”. Se pretende desconocer el contrato en relación con penalizaciones y descuentos en caso de incumplimiento, cuando varias cláusulas establecen esa facultad conducta contraria a la buena fe.

vi) “*La demandante no puede ir contra de los actos propios -violación de la confianza legítima*”. La convocante ejerció actos que generaron la legítima confianza para creer que el contrato era de distribución, estaba conforme con las cláusulas contractuales y que esta era experta con la capacidad de desarrollar el contrato.

vii) “*Mala fe de la demandante. El contrato es ley para las partes*”. Se pretende constituir a la demandada en deudora con incumplimientos inexistentes y como retaliación al proceso ejecutivo.

viii) “*Justa causa para terminación unilateral del contrato*”. Se dio por terminado el contrato con base en lo estipulado en la cláusula 5.1 del

mismo. Se remitió preaviso el 13 de noviembre de 2007 para dar por terminado el contrato desde el 6 de diciembre del mismo año.

ix) *“Excepción de contrato no cumplido”*. La demandante incumplió innumerables veces sus obligaciones y lo dispuesto en el Manual de Procedimientos de Distribuidores. En comunicación del 7 de diciembre de 2007 reconoció su errada conducta contractual.

x) *“Cumplimiento de contrato de distribución por parte de Comcel”*. El demandado siempre cumplió con todas sus obligaciones contractuales.

4. La Sentencia de primera instancia

El Juzgado 43 Civil del Circuito de Bogotá, mediante sentencia anticipada declaró probada la excepción de *“prescripción extintiva de cualquier derecho que considere la demandante que pueda tener respecto del contrato de distribución del 7 de abril de 2006 y su terminación del 13 de noviembre de 2007”*. En consecuencia, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la actora.

Para el efecto sostuvo, son tres los momentos que cimantan las pretensiones de la demanda: i) 13 de noviembre de 2007, notificación de la terminación del unilateral del contrato por parte de Comcel S.A.; ii) 6 de diciembre de 2007, terminación efectiva del contrato; y iii) 7 de diciembre de 2007, fecha en que la actora presentó derecho de petición con ocasión de la terminación del contrato.

La solicitud de conciliación extrajudicial suspendió el término de prescripción hasta que se expidió la constancia de no acuerdo, no corrió desde el 14 de noviembre de 2017, hasta el 13 de diciembre del mismo año, inclusive.

Sin importar cuál de los citados términos se tenga en cuenta para computar el término prescriptivo en todos los casos transcurrió con suficiencia, no hay prueba en el expediente que acredite la interrupción civil o natural.

En relación con la interrupción natural, nada respalda que el demandado hubiese reconocido ser deudor de la actora, las pruebas señalan que es la acreedora de la actora, tales como la providencia emitida en el proceso ejecutivo radicado 2011-00128-00, adelantado por Comcel S. A. contra Mango Comunicaciones Ltda., y el acuerdo de pago del 25 de septiembre de 2007.

Con respecto a la interrupción civil, cuando se presentó la demanda el 16 de febrero de 2018, habían transcurrido más de 10 años para la prescripción de la presente acción. La suspensión por conciliación no duró más de un

mes, la actora tenía para presentar demanda hasta el 6 de enero de 2018.

Desde la terminación del contrato -6 de diciembre de 2007- hasta la solicitud de conciliación -14 de noviembre de 2017-, transcurrieron 9 años, 11 meses y 8 días. Desde el levantamiento del acta de no acuerdo -13 de diciembre de 2017- hasta la presentación de la demanda -16 de febrero de 2018- pasaron 2 meses y 3 días.

En suma, a partir de la terminación del contrato -6 de diciembre de 2007- a la fecha de la presentación de la demanda -16 de febrero de 2018- transcurrieron 10 años, 1 mes y 11 días.

No es de recibo que la prescripción se interrumpió por virtud de comunicación del 8 de noviembre de 2017, cuya búsqueda se pretende en los archivos de la demandada, no fue aportada en su oportunidad a pesar de que el Código de Comercio (art. 48-60) impone dejar copia de la correspondencia por un término de 10 años y la demandada al contestar la demanda negó su existencia.

Si algún documento pudiese tener la capacidad de interrumpir por una única vez la prescripción en los términos del artículo 94 del C. G. P., es el del 7 de diciembre de 2007, se presentó una verdadera reclamación con ocasión de la terminación del contrato.

Por lo anterior, *“todas las pretensiones que pretenden directa o indirectamente la revisión del contrato (...) celebrado entre las partes se encuentran afectadas por la prescripción de las acciones declarativas y de los derechos pretendidos, en aplicación del artículo 2536 del Código Civil, modificado por el artículo 8 de la Ley 791 de 2002”*

De otro lado, en materia mercantil el artículo 900 del Código de Comercio, establece una regla especial de dos (2) años contados a partir de la fecha del negocio jurídico respectivo para solicitar la anulación de los negocios que se hayan consentido por error, fuerza o dolo, las pretensiones relativas a la nulidad de las actas de transacción por vicios del consentimiento se encuentran igualmente prescritas.

5. Recurso de apelación.

La parte demandante interpuso recurso de apelación. Los argumentos sustentados en segunda instancia son los siguientes:

5.1. El Código General del Proceso fue adoptado con la Ley 1564 de 2012, promulgado el 12 de julio de 2012, en ninguna circunstancia se puede tener alguna comunicación radicada con anterioridad como suficiente para atender los requerimientos interrumpir la prescripción que

consagrar el artículo 94 de la mencionada reglamentación.

5.2. La comunicación de reclamación radicada el 8 de noviembre de 2017, cumple con los efectos señalados en el mencionado artículo. Fue radicada directamente en la oficina de Comcel e interrumpió el término de prescripción.

Con respecto a aportar la copia, el demandante la extravió, para el efecto pertinente se solicitó exhibición de documentos a la demandada que tendrá los efectos procesales. No se practicó y no se valoraron la totalidad de las pruebas.

5.3. No puede ser de recibo que el comerciante debía guardar copia de los documentos, dicho principio también debió aplicarse a la demandada quien recibió la comunicación y no contestó en debida forma el hecho 43 de la reforma a la demanda.

5.4. Respecto al conteo del término no se analizaron todas las pretensiones y las pruebas presentadas con la demanda. Las pretensiones no se refieren única y exclusivamente a la nulidad de los actos, sino a la ineficacia o invalidez de estas, las cuales no se acogen al término de prescripción indicado por el Despacho. Sino había certeza con el computo del término mal podría declararse la prescripción de la acción.

II CONSIDERACIONES

1. La competencia del Tribunal está delimitada por los puntos de controversia expuestos en la sustentación de la apelación quedando vedados los temas que no hayan sido debatidos frente al fallo de primera instancia, como lo prevén los artículos 320 y 328 del CGP.

2. Se confirmará la sentencia atacada. Los puntos de inconformidad no abren paso a revocar la sentencia atacada. Los argumentos que respaldan esta tesis se analizan a continuación.

3. Rebate el demandante que el Código General del Proceso fue promulgado el 12 de julio de 2012, por tanto, una reclamación radicada con anterioridad a esa fecha no interrumpe el término de prescripción en los términos del artículo 94 de esa Codificación.

3.1. Con miras a la resolución de la alzada, se estima importante recordar que según la Corte Suprema de Justicia: *“la prescripción liberatoria o extintiva de derechos personales es un modo de extinguir los derechos y las acciones a consecuencia del transcurso de un lapso predeterminado en la ley, sin que el titular de esos derechos y acciones los haya ejercido”*.

Continua la Alta Corporación: *“su consolidación se supedita a que la acción sea*

prescriptible, que es la regla general; a que transcurra el tiempo legalmente establecido teniendo en consideración la interrupción y suspensión de que puede ser objeto; y a que el titular del derecho de acción se abstenga en ese tiempo de ejercer el derecho en la forma legalmente prevenida. “Se cuenta este tiempo -establece el último inciso del artículo 2535 del Código Civil- desde que la obligación se haya hecho exigible” (negrilla fuera de texto).

En la sentencia confutada se concluyó que al momento en que se presentó la demanda **-16 de febrero de 2018-** habían transcurrido más de 10 años, razón por la que el término configurativo de prescripción extintiva se encontraba cumplido.

Para ese efecto, se tuvieron en cuenta tres fechas para iniciar el correspondiente cómputo: i) 13 de noviembre de 2007, fecha de notificación de la terminación del contrato de distribución; ii) 6 de diciembre de 2007, terminación efectiva del contrato; y iii) **7 de diciembre de 2007**, oportunidad en la que el demandante *“presentó derecho de petición con ocasión de la terminación del contrato”*, y en todos los casos se llegó a la misma conclusión.

Con respecto a este último evento o fecha que es la que es objeto de censura, se dijo en primera instancia:

*Si algún documento en el proceso pudiese tener la capacidad de interrumpir la prescripción en los términos del artículo 94 del CGP, al aceptarse **en gracia de discusión** que en determinado momento la demandante era acreedora de la demandada, se debe tener en cuenta que la interrupción aludida [civil] lo es solo por una única vez, y en fecha **7 de diciembre de 2007** (...) Mango Comunicaciones Ltda. Presentó reclamación con ocasión de la terminación del contrato (...).*

La prescripción contada desde de la presentación de dicha reclamación como el tercer hito señalado hasta la presentación de la demanda, descontando la suspensión por el trámite de conciliación, tenemos transcurrieron un total de diez (10) años un (1) mes y diez (10) días (fls. 392).

Quiere decir entonces que uno de los momentos a partir de los cuales se empezó a computar el término extintivo y con base en el cual también se llegó a la conclusión que la acción que nos ocupa se encontraba prescrita es el ocurrido el **7 de diciembre de 2007**, oportunidad en la que a juicio del juzgado de primera instancia pudo ocurrir una *interrupción civil de la prescripción* en los términos del artículo 94 del Código General del Proceso.

Sin embargo, asiste razón al recurrente en cuanto esta regla no estaba vigente al momento en que se hizo esa reclamación (2007). Por eso, sin mayores discusiones tiene que decirse que no había lugar a tenerla como un evento de interrupción civil de la prescripción extintiva analizada.

Sin duda el artículo 94 del Código General del Proceso, consagra la interrupción civil de la prescripción “*por el requerimiento escrito realizado al deudor directamente por el acreedor*”. Empero, solo cobró vigencia el 1 de octubre de 2012 (núm 4. Art. 627 del C. G. P.), tiempo después del 7 de diciembre de 2007 (fecha de la reclamación), y por eso no hubo interrupción del fenómeno extintivo.

No puede pasarse por alto que a voces de los artículos 12 y 13 del Código Civil, por regla general la ley surte sus efectos desde el día en que ella misma se designa, y en todo caso después de su promulgación, tema que no amerita profundizar porque así no se tenga en cuenta ese acontecimiento como evento interruptor de la prescripción el resultado en este juicio es el mismo, veamos.

3.2. Contada la prescripción desde que ocurrieron los otros dos eventos mencionados, fechas que no son materia de impugnación en esta instancia: *i) 13 de noviembre de 2007*, notificación de la terminación del contrato de distribución; o *ii) 6 de diciembre de 2007*, terminación efectiva del contrato, hasta que se presentó la demanda **-16 de febrero de 2018-**, se tiene que transcurrieron más de los 10 años contemplados en el artículo 2536 del Código Civil para la prescripción extintiva de la acción ordinaria.

Memórese, 10 años desde el **13 de noviembre de 2007** (notificación de terminación), se cumplieron el 13 de noviembre de 2017, esto es un día antes de la solicitud de conciliación (14 de noviembre de 2017). Así, el 16 de febrero de 2018, ese lapso se encontraba más que vencido.

De otra parte, si se cuenta desde el **6 de diciembre de 2007** (terminación efectiva), el término extintivo inicialmente se cumplía el 6 de diciembre de 2017.

No obstante, previo a esto se solicitó conciliación el 14 de noviembre de 2017 y se expidió constancia de no acuerdo el 13 de diciembre de la misma anualidad (fls. 28).

De esa manera, el computado término se suspendió por 29 días que sumados al vencimiento inicial (6 de diciembre de 2017), develan que ese fenómeno jurídico ocurrió el 4 de enero de 2018, y la demanda se presentó

después de 1 mes y 12 días de haberse cumplido el término prescriptivo -16 de febrero de 2018-.

Esas conclusiones se mantienen incólumes dado que no se demostró interrupción civil de la prescripción como se analiza a continuación.

4. Censuró el demandante que la reclamación que radicó en la oficina de Comcel el 8 de noviembre de 2017 cumple con los efectos señalados en el artículo 94 del Código General del Proceso, esto es interrumpió el término de prescripción.

4.1. Para desatar este punto de embate, es imperioso memorar que en la demanda inicialmente presentada, nada se dijo sobre la reclamación del 8 de noviembre de 2017.

Fue vía reforma en donde se manifestó: “*el día (8) de noviembre de dos mil siete (2017) mi poderdante envió comunicación de reclamación, en los términos del artículo 94 del Código General del proceso. Esta comunicación fue radicada en la oficina de Comcel*” (fls.219, hecho 43 de la reforma).

En respuesta a ese hecho, la convocada expresó (fls. 351, contestación a la reforma, hechos 43 y 44):

No le consta a mi representada, pues no cuenta con este documento en sus archivos, por lo que no hay prueba de ello. En todo caso resulta inane que esa comunicación se haya enviado, puesto que no tendría los efectos previstos del artículo 94 del CGP, dado que COMCEL no ha sido deudor de la Demandante, y, por tanto, ésta no ha sido acreedora de aquella, por lo que mal podría haber operado la interrupción de la prescripción pretendida (...). No es cierto en la forma en la que se presenta el hecho. Mi representada desconoce esa comunicación y, por tanto, mal podría haber dado respuesta a la comunicación que no recibió. En todo caso, si la recibió no estaba en la obligación de responderla (negrilla fuera de texto).

Al descorrer el traslado de las excepciones formuladas en la reforma de la demanda, la actora solicitó exhibición de documentos, en estos términos: “*Comcel deberá exhibir todos los documentos que se encuentran en su poder, los cuales bajo la gravedad de juramento se tiene conocimiento que reposan en el archivo de la empresa, relacionados con todas las reclamaciones de tipo contractual que hubiera realizado por Mango Comunicaciones, durante el periodo comprendido entre el 1º de noviembre de 2017 y el 15 de noviembre de 2017*”. El objeto de la exhibición de los documentos es demostrar que Mango Comunicaciones realizó la reclamación

contractual previa, en los términos del art. 94 del Código General del Proceso” (fls. 386).

Emerge claro de lo visto que en el expediente no hay prueba de la reclamación que según el demandante radicó en las oficinas de Comcel el 8 de noviembre de 2017, obstáculo insalvable para establecer si se ajustaba o no a lo dispuesto en el artículo 94 del Código General del Proceso, esto es, que corresponda a un *“requerimiento escrito realizado al deudor directamente por el acreedor”*, sobre todo de cara a cada una de las 19 pretensiones que se ventilan en este juicio.

4.2. A pesar de lo visto, vía sustentación del recurso de apelación se sostiene que la copia de esa reclamación se extravió, antecedente fáctico novedoso porque nada al respecto se dijo en la demanda y menos en su reforma.

Se argumenta que esa situación fue el cimiento de la solicitud de exhibición de documentos que el recurrente lamenta no haberse practicado. Sin embargo, atendiendo la realidad procesal de cara a los puntos de apelación surge que ese medio de convicción a nada diferente hubiese conducido.

El artículo 265 del Código General del Proceso, dispone que la exhibición se abre paso cuando se pretenda: *“utilizar documentos o cosas muebles que se hallen en poder de otra parte o de un tercero”*.

En este caso, el demandado frente a la controvertida reclamación dijo: *“no le consta a mi representada, pues no cuenta con este documento en sus archivos, por lo que no hay prueba de ello (...). Mi representada desconoce esa comunicación y, por tanto, mal podría haber dado respuesta a la comunicación que no recibió”*.

Puede verse entonces que desde la génesis del debate quedó claro que el demandado no contaba con ese documento en sus archivos y que no recibió esa comunicación, negaciones indefinidas que no requieren prueba a la luz del artículo 167 del Código General del Proceso, obstáculos que enervaban cualquier presunción que eventualmente se hubiese originado en la pronosticada falta de exhibición.

Sin medio de prueba que en contrario demuestre que el demandado recibió la reclamación, no quedaba otra que estarse a que la exhibición pedida ninguna utilidad probatoria representaba que amerite intervención en esta instancia, simplemente el demandando no la tiene, se itera es un hecho que no requiere prueba.

En suma, como no se demostró que se presentó reclamación el 8 de noviembre de 2017, esa situación basta para derribar la interrupción

civil de la prescripción que se quiere hacer ver en este grado de conocimiento.

5. El argumento de impugnación relativo a que se debió aplicar al demandado *“el principio”* de guardar en sus archivos la correspondencia como lo disponen los artículos 48 y siguientes del Código de Comercio, resulta infundado. Si la parte pasiva no recibió reclamación, no hay lugar a reprocharle que no la tuviese guardada en su correspondencia por el término legal.

Igualmente ocurre con la alegación cimentada en que no se contestó en debida forma el hecho 43 de la reforma a la demanda. Nótese, el convocado sobre la reclamación expresamente dijo: *“no le consta a mi representada, pues no cuenta con este documento en sus archivos, por lo que no hay prueba de ello”*, además sostuvo que no es deudor de la actora quien tampoco era su acreedora, por tanto *“mal podría haber operado la interrupción de la prescripción pretendida”* (fls. 351).

No faltó entonces pronunciamiento expreso sobre ese hecho, tampoco corresponde a una afirmación o negación contraria a la realidad, acontecimientos que impiden aplicar el efecto procesal establecido en el artículo 97 del Código General del Proceso, es decir no se puede presumir que es cierto que se presentó la reclamación alegada.

6. Censuró también el demandante que para el conteo del término no se analizaron todas las pretensiones y las pruebas presentadas.

6.1. Examinada la sentencia confutada se puede constatar que se estudió la prescripción de la acción ordinaria (10 años), respecto de **“todas las pretensiones que pretenden directa o indirectamente la revisión del contrato”**, puntualmente se dijo que *“se encuentran afectadas por la prescripción de las acciones declarativas y de los derechos pretendidos, en aplicación del artículo 2536 del Código Civil”* (negrilla fuera de texto).

También se sostuvo lo siguiente: *“en materia mercantil, el artículo 900 del Código de Comercio establece una regla especial de prescripción de dos (2) años contados a partir de la fecha del negocio jurídico respectivo, para solicitar la anulación de los negocios celebrados por la persona relativamente incapaz y los que se hayan consentido por error, fuerza o dolo conforme con el Código Civil, por ello las pretensiones relativas a la nulidad de las actas de transacción por vicios del consentimiento se encuentran igualmente prescritas”* (negrilla fuera de texto).

Contrario a lo que se quiere hacer ver, sí se analizó la prescripción de cara a *“todas”* las

pretensiones relacionadas “directa o indirectamente” con la revisión del contrato que es la base de este litigio, inclusive las que apuntaba a la “nulidad de las actas de transacción por vicios del consentimiento”, situaciones que ponen de manifiesto que el impugnante omitió socavar argumentativamente y sobre todo en concreto estas conclusiones.

No puntualizó qué pretensión en concreto de las formuladas en la demanda o su reforma o cuál prueba se omitió analizar y cuyo abordaje hubiese dado lugar a resultados favorables a sus pedimentos. Es más, no se señaló un error preciso en el cómputo del término de prescripción efectuado en primera instancia o uno aplicable distinto que cobije las pretensiones objeto de su inconformidad, y que arrojen resultados propicios a sus intereses, cerrando de esta manera la puerta a esta Corporación para abordar esos temas por carencia de reparo concreto.

Lo anterior por virtud del principio procesal que gobierna el recurso de apelación denominado *tantum devolutum quantum appellatum* consagrado por legislador patrio en el artículo 322 del Código General del Proceso que dispone: “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” (negrilla fuera de texto).

6.2. Igualmente ocurre con el argumento relativo a que las pretensiones de la demanda no se refirieron única y exclusivamente a la “nulidad” de “los actos” (genérico), sino también a “ineficacia o invalidez” y que estas no se acogen a la prescripción analizada.

Una vez más se olvidó reclamar un término extintivo concreto y distinto al computado en primer grado de conocimiento respecto de las pretensiones que según se duce atañen “ineficacia o invalidez”. No se denunció siquiera un conteo que de haberse efectuado contradijera el reprochado y que fuera favorable a estas súplicas, acontecimientos todos se itera cierran la puerta a esta Colegiatura para abordar de manera genérica temas carentes de reparo concreto (art. 322 del C. G. P.).

7. En suma, los puntos de inconformidad no permiten avizorar que se hubiese declarado la prescripción sin certeza del cómputo del término, se impone refrendar la sentencia atacada.

PROCESO DE PERTENENCIA
MP IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA
RADICADO 11001310304320160028702

Restrictor: Interrupción de la prescripción.

TESIS: Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 6 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado 43 Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto en referencia.

[...] No queda otro camino entonces que estarse a lo resuelto en la sentencia atacada. El título de mero tenedor con el que el actor detentó el inmueble objeto de litigio a lo sumo mutó con posterioridad a la venta del inmueble (2-10-2006), sin que sea necesario profundizar en ese tema porque a la fecha de presentación de la demanda que nos convoca, aun cuando se hubiese acreditado posesión exclusiva el término de esta es insuficiente para acoger las pretensiones, como se analiza a continuación.

En ese sentido, al no estar demostrada la posesión exclusiva e ininterrumpida en cabeza del demandante por el término de 10 años para adquirir el predio objeto de litigio por prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio (art. 2530 C.C.), no queda otro camino que afianzar que las pretensiones en este juicio están condenadas al fracaso.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 6 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado 43 Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto en referencia.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

Luis Raúl Rojas Tapiero presentó demanda en contra de Alirio Baquero Galeano, Fondo Nacional del Ahorro y personas indeterminadas,

a fin de que se declare que por vía de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio es propietario del inmueble ubicado en la carrera 78 D No 13-47, Urbanización Visión de Colombia, con M. I. No. 50C-667427 de la Oficina de Registro de Instrumentos Público de Bogotá Zona Centro.

En consecuencia, se ordene la cancelación del registro de propiedad de Alirio Baquero Galeano, la hipoteca en favor del Fondo Nacional del Ahorro y además la inscripción del demandante.

2. Fundamentos fácticos de las pretensiones

2.1. El demandante se encuentra habitando el citado inmueble desde el 14 de agosto de 1989 en calidad de poseedor por virtud de entrega que hizo la señora Cipagauta Sana María Trinidad y desde entonces construyó el primer piso.

A partir de 1991 hizo el segundo y tercer nivel, cada uno con entradas independientes que quedaron en obra “*semi-acabados*” para poder arrendarlos.

En 1994 con sus ahorros producto de los arrendamientos, terminó por completo los tres pisos e inició la construcción del cuarto nivel con entrada por la escalera principal.

Desde dicha época y hasta la actualidad conserva la posesión quieta, pacífica y pública, habita el tercer piso y arrienda los demás apartamentos, paga servicios públicos e impuesto predial, los cuales se encuentran a su nombre.

2.2. De igual manera, es conocido como poseedor por los vecinos Jorge Eliecer García Ramírez, Rocío García Ramírez, Diego Germán Sicachaca Pirachican, maestro de obra de la casa objeto de litigio y Guillermo Borda Parra.

3. Posición de la parte pasiva

Los demandados se opusieron a las pretensiones. Formularon las siguientes excepciones:

3.1. Alirio Baquero Galeano (fls. 300).

i) “*Cosa juzgada*”. El 13 de octubre de 2010 se presentó demanda en proceso reivindicatorio contra el demandante ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, sobre el inmueble ubicado en la carrera 75B No. 13-47, hoy 78 D No. 13- 47 de Bogotá, en calidad de propietario el primero y el segundo de poseedor, actualmente se encuentra pendiente fijar la fecha de entrega del inmueble en favor del señor Alirio Baquero Galeano. En este proceso se quiere debatir el mismo tema, decidido en primera y segunda instancia en tutela e impugnación, en los que se tiene identidad de objeto, causa y partes.

ii) “*No tener el tiempo que la ley prescribe para la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio*”. El Tribunal concluyó que Luis Rojas Tapiero no tenía el tiempo necesario para declarar la prescripción adquisitiva extraordinaria, además declaró poseedor de mala fe.

iii) “*Existencia de sentencia que ordena la entrega objeto de la demanda a su propietario señor Alirio Baquero Galeano*”. En el proceso reivindicatorio se encuentra pendiente señalamiento de fecha para entrega del inmueble al señor Alirio Baquero en cumplimiento de lo ordenado en sentencia de segunda instancia.

iv) “*Fraude y desacato a sentencia ejecutoriada*”. Tanto Luis Raúl Rojas Tapiero como su apoderado Pedro Valentina Vega Tarazona, se encuentran notificados de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, con ponencia del Magistrado Hernando Vargas Cipamocha del 31 de mayo de 2016, dentro de la demanda en proceso reivindicatorio Rdo. 2010-0580, promovido por Alirio Baquero Galeano contra Luis Raúl Rojas Tapiero.

3.2. Fondo Nacional del Ahorro (fls. 309).

i) “*Falta de legitimación en la causa por pasiva*”. Se otorgó un crédito hipotecario al señor Alirio Baquero Galeano, no se tiene relación contractual con el demandante, razón por la que no tiene legitimación en la causa por pasiva.

ii) “*Cosa Juzgada*”. Lo pretendido por el demandante ha sido debatido en distintos escenarios jurídicos y con el mismo resultado, con identidad de objeto: el bien inmueble; identidad causa que siempre ha sido la misma: se declare que siempre ha sido propietario; e identidad de partes.

3.2. Curador Ad Litem de personas indeterminadas (fls. 351). No encontró elementos para proponer excepciones de mérito o de forma.

4. La Sentencia de primera instancia

El Juzgado 43 Civil del Circuito de Bogotá, declaró probada la excepción denominada “*falta de los requisitos para acceder a la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio*”. En consecuencia, denegó las pretensiones de la demanda, levantó la medida cautelar de inscripción de la demanda y condenó en costas al convocante.

Para el efecto, sostuvo que Luis Raúl Rojas Tapiero no cumple todos los requisitos para acceder a la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.

Previo a este proceso existió proceso que terminó con sentencia que ordenó la reivindicación entre estas partes, el hecho de que no exista cosa juzgada no significa que no tenga validez y su fuerza vinculante no produzca el efecto jurídico que se perseguía que era recuperar la posesión.

Desde que inició la reivindicación no corre más tiempos adicionales de prescripción, si no se alega la prescripción oportunamente se está desistiendo de ella o se está renunciando a la misma.

El demandante después de ser despojado de forma legal de la posesión resolvió alegar que es poseedor desde el momento en que su compañera sentimental Luz Estela Perilla adquirió el inmueble con fundamento en que fue él quien aportó el dinero.

Sin embargo, según la correspondiente Escritura Pública la compradora fue la señora Perilla, el convocante no entró en el inmueble en calidad de poseedor, sino de compañero de la propietaria inscrita, para esa finalidad debió acreditar de manera inequívoca que desconocía esa propiedad de lo contrario se trataría de posesión clandestina.

El actor nunca fue poseedor entre 1989 y el momento en que se enajenó el inmueble, ostentaba el inmueble en calidad de mero tenedor dado el vínculo de familiaridad que existía entre ambos.

En su interrogatorio reconoció que el inmueble era de los dos, cuando terminaron la relación habían adquirido dos inmuebles, decidieron dividir los bienes y el demandante se quedó con el que hoy se disputa.

A pesar de que la compañera sentimental decidió abandonar el hogar, la recibió nuevamente, cuando dijo que no tenía bienes accedió a partir por mitades el que es objeto de litigio.

Cuando se preguntó si estaba dispuesto a dar la mitad en caso de salir avante este proceso contestó que sí, de esa manera no ha tenido la propiedad, sigue reconociendo que es dueña de la mitad, aun después de haber sido despojado vía proceso de reivindicación.

No se encuentra posesión hasta antes de la enajenación del inmueble, la compañera se sentía dueña, desconoció sus derechos a su compañero, vendió sin reconocer dineros al demandante.

Fue ese el último acto de dueña que hizo el 2 de octubre de 2006, momento a partir del cual se podría contar una verdadera posesión, la propietaria se desprendió del dominio, hecho que el demandante conoció por notificación de querellas policivas.

La presentación de la demanda interrumpió la prescripción, tema del cual se ocupó la sentencia reivindicatoria, si pudiera correr es luego de la sentencia sin que se cumpliera el

tiempo que se requiere para la prescripción, en desarrollo de ese proceso fue despojado materialmente del inmueble, a la fecha de inspección judicial no tenía el inmueble.

Se continuó con este trámite a pesar de que no estaba la valla publicada porque hubiese sido injusto no resolver de fondo a sabiendas de que fue descolgada en la diligencia de entrega.

El actor inició acciones contra de Luz Stella Perilla, manifestó que conjuntamente integraron un patrimonio y que era dueña del inmueble además que debían dividirlo, situaciones que implican que reconoció dominio ajeno y que ingresó no como poseedor individual sino como mero tenedor por esas relaciones de familia.

No se podría aceptar esa posesión clandestina porque nunca se manifestó, Luz Estela salió voluntariamente, el actor no la sacó, no tuvo intención de ser un verdadero poseedor, no se reveló contra la propietaria inscrita, convivían, entraba a la casa, inclusive entregó llaves.

En atención a su ingreso como tenedor debió convertir este título en posesión que a voces de la sentencia de reivindicación se ubicó en el momento que repelió el ingreso de Alirio Baquero, cuando se opuso a las acciones policivas quedando duda si efectivamente sacó a la esposa del demandante.

Aceptando ese hecho no dan los 10 años que se requiere para la pertenencia por virtud del fenómeno de la interrupción de la prescripción que se originó por la presentación de la demanda reivindicatoria y su sentencia.

Con respecto a la hipoteca, la falta de desembolso por parte del Fondo Nacional del Ahorro nada quita o pone porque no se cumple el requisito esencial, el demandante no fue poseedor antes de que se enajenó el inmueble.

5. Recurso de apelación.

La parte demandante interpuso recurso de apelación. Los argumentos sustentados en segunda instancia son los siguientes:

5.1. Legitimación en la causa. El demandado carece de legitimación en la causa para oponerse a la prescripción, solo tiene un vínculo contractual con la señora Luz Estela Perilla cuyos efectos no trascienden al demandante, se pretende mediante artificios y engaños apropiarse sin pagar el precio de la supuesta compra.

El accionante en reivindicación obró dolosamente o de mala fe, tenía el pleno conocimiento del no pago del precio del inmueble aparentemente adquirido, pese a saber que el Fondo Nacional del Ahorro no

otorgó préstamo para ese fin utilizó su calidad de propietario para recuperar la posesión.

En la reivindicación no se probó que el convocado hubiese perdido la posesión por actuación de Luis Rojas, se encontraba dentro desde el 14 de agosto de 1989, construyendo varios pisos.

Si el poseedor tiene esa calidad con antelación a la compraventa se torna impróspera la reivindicación.

La posesión del señor Luis Raúl fue anterior al título de adquirente.

En audiencia del 5 de marzo de 2020 quedó demostrado que nunca ha existido el pago como se dispuso en la Escritura Pública, el Fondo Nacional del Ahorro manifestó que se canceló hipoteca porque nunca se desembolsó el valor del crédito.

El demandado “*fue silente malicioso*” al contestar la demanda de pertenencia, conocía con certeza que la escritura de adquisición estaba condicionada al desembolso del crédito y la entrega del inmueble, una vez se desembolsara dicho crédito y las cesantías.

La interrupción se efectuó por orden judicial basada en proceso reivindicatorio en el que se profirió sentencia de segunda instancia “*manifiestamente contraria a derecho*”, dado que la posesión fue anterior al título del adquirente del actor.

La sociedad patrimonial entre compañeros permanentes duró hasta el “*22 de septiembre de 2002*” como se concretó en sentencia del juzgado 18 de Familia, se trató de venta de cosa ajena, existió conciliación en equidad del 5 de agosto de 2005, de conformidad con la cual se vendía con el consentimiento de ambos compañeros permanentes.

5.2. El demandado es poseedor. Las pruebas demuestran que el demandado cumple a cabalidad con los requisitos para usucapir, posesión por el término exigido, construyó cuatro pisos y el objeto del proceso es el terreno.

El inmueble es susceptible de adquirirse por prescripción, no es público. Se viene en posesión desde el 14 de agosto de 1989, a la fecha más de veinte años, efectuando actos materiales como es construir varios pisos, en forma quieta pacífica y tranquila.

5.3. No existió interrupción por razón de la entrega en el proceso reivindicatorio. La interrupción y despojo se produjo cuando se había consolidado el derecho a usucapir, solo faltaba formalizar el derecho mediante proceso de pertenencia.

5.4. Cosa Juzgada. Se basó la providencia en haberse dictado previamente sentencia en favor del demandado en el proceso reivindicatorio sobre el mismo predio tramitado ante el Juzgado 2 Civil del Circuito de Bogotá. “[e]l criterio (...) fue de presentarse el fenómeno jurídico de la cosa juzgada”, empero el proceso reivindicatorio y de pertenencia son autónomos.

No se refirió la primera instancia a la “*identificación jurídica de las partes*” de la apelación de segunda instancia de la sentencia anticipada del 13 de agosto de 2019, emitida por el Tribunal Superior de Bogotá, Magistrado Ponente: Jaime Chavarro Mahecha.

El juez de primera instancia favoreció y encubrió “*al parecer a dos colusiones especializadas en la ciencia o arte del engaño*” amparándose en el proceso reivindicatorio, siendo poseedor legítimo el demandante de conformidad con la reglamentación que regula el patrimonio formado por la convivencia entre concubinos.

5.5. Inspección judicial y retiro de valla. Se hizo inspección judicial a sabiendas de que el poseedor demandante ya no estaba en el inmueble, tampoco la valla de este proceso de pertenencia, cosas que ocurrieron el 19 de abril de 2018 por sentencia contraria a la ley.

El demandado aportó sentencia emitida en el proceso de revisión por la Corte Suprema de Justicia del 3 de marzo de 2020, mediante la cual se “*confirma la sentencia del reivindicatorio del Tribunal Superior de Bogotá*”, y una certificación de que hizo pagos a la señora Stella Perilla, volviendo a favorecer al primero.

CONSIDERACIONES

1. La competencia del Tribunal está delimitada por los puntos de controversia expuestos en la sustentación de la apelación quedando vedados los temas que no hayan sido debatidos frente al fallo de primera instancia, como lo prevén los artículos 320 y 328 del CGP.

2. Se confirmará la sentencia atacada. Los puntos de inconformidad no abren paso para despachar favorablemente las pretensiones del demandante. Los argumentos que respaldan esta tesis se analizan a continuación.

3. El actor enrostra yerro a la sentencia confutada, rebate que el demandado carece de legitimación en la causa por pasiva para oponerse a la prescripción dado que solo tiene un vínculo contractual con Luz Stella Perilla.

3.1. No es materia de discusión en esta instancia que al momento de la presentación de la demanda que nos convoca era Alirio Baquero quien tenía la calidad de titular del derecho real de dominio -propietario- del inmueble objeto de usucapión de M. I. No. 50C-667427 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá

Nótese, en la anotación No. 19 del 18 de enero de 2007 de dicho Folio de Matrícula (fls. 42 Vto), se inscribió el título -compraventa- contenido en la E. P. No. 1499 del 2 de octubre de 2006 de la Notaría 70 de Bogotá, mediante la cual se protocolizó la transferencia de propiedad que hizo Luz Stella Perrilla en favor del referido demandado (fls. 3 y ss C1).

En atención a que lo que busca el convocante es ganar por prescripción adquisitiva el dominio del citado inmueble (art. 2518 del C. C.), una vez demostrado que la titularidad de este la tenía es el señor Baquero por virtud del respectivo título en su favor -compraventa- (art. 765 C. C.), aparejado con la constancia de materialización del modo -tradicón-inscripción en el respectivo Folio de Matrícula Inmobiliaria (art. 673 C.C.), no cabe duda que es el principal llamado a resistir ese pedimento -legitimación en la causa por pasiva-.

Es importante recordar también que el artículo 375 del Código General del Proceso, regla que gobierna el trámite que nos ocupa, ordena: *“siempre que en el certificado figure determinada persona como titular de un derecho real sobre el bien, la demanda deberá dirigirse contra ella”*.

A voces del artículo 665 del Código Civil, el dominio es un derecho real, por eso el titular de este es quien tiene de entrada legitimación en la causa por pasiva para oponerse a la pretensión que recaiga sobre el mismo, entendida como *“la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva)”*.

No se olvide que la Corte Suprema de Justicia, ha enseñado: *“por regla general la legitimación en la causa por pasiva en asuntos de esta naturaleza recae en la persona física o jurídica que, conforme al certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos, aparezca como titular de un derecho real principal sobre el bien que constituya objeto de la pretensión”*.

3.2. Esa situación impone advertir que todas las alegaciones cimentadas en que el señor Baquero adeuda a la fecha parte del precio no tienen la virtualidad de aniquilar su titularidad de propietario -legitimación en la causa por pasiva-. No es materia de este litigio la extirpación del memorado vínculo jurídico

traslativo de dominio -compraventa-, sino la declaratoria de pertenencia en cabeza del demandante cuya prosperidad no está ligada a que el dueño inscrito hubiese pagado o no el precio.

Igual suerte corren las censuras respecto de la decisión emitida en segunda instancia por esta Corporación el 31 de mayo de 2016, en el proceso reivindicatorio adelantado por Alirio Baquero Galeano contra Luis Raúl Rojas Tapiero, Rdo. 2010-00580-01 y que en particular reprochan la reivindicación ordenada, no estamos ante una instancia adicional de esa decisión que por demás se encuentra en firme.

Así mismo, en lo que atañe a que existió una sociedad patrimonial entre compañeros permanentes entre Luis Raúl Rojas Tapiero y Luz Stella Perilla, y que el negocio que hizo la segunda con el convocado se trató de venta de cosa ajena, para su descarte basta reiterar que se trata de tema extraño a este juicio que el principio de congruencia impone desechar. Recuérdese, el artículo 281 del Código General del Proceso, prohíbe: *“no podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta”*.

4. Rebate el demandante que las pruebas demuestran que cumple a cabalidad con los requisitos para usucapir, tales como posesión material sobre la cosa por el término establecido por el legislador, construyó cuatro pisos y el objeto del proceso es el terreno.

4.1. Contrastado ese punto de inconformidad con la decisión de primera instancia frente a la posesión del demandante como requisito indispensable para la declaratoria de pertenencia refulge que no se formuló reparo concreto frente a los argumentos esgrimidos para no tener por demostrado ese prepuesto por el término legal, cerrando de esa maneja la puerta a esta Colegiatura para pronunciarse al respecto.

Lo anterior por virtud del reconocido principio que gobierna el recurso de apelación denominado *tantum devolutum quantum appellatum* consagrado por legislador patrio en el artículo 322 del Código General del Proceso que dispone: *“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”* (negrilla fuera de texto).

4.2. Nótese, en primera instancia frente a la posesión alegada por el convocante se dijo: *i)* este no entró en calidad de poseedor, sino de compañero de la propiedad inscrita, debió

acreditar que la desconocía porque se trataría de posesión clandestina; *ii*) nunca tuvo calidad de poseedor entre 1989 y el momento en que se enajenó el inmueble era un mero tenedor por el vínculo de familiaridad que existía entre ambos; y *iii*) reconoció que el inmueble era de los dos.

También se concluyó: *i*) a pesar de que la compañera sentimental decidió abandonar el hogar la recibió nuevamente y accedió a partir por mitad; *ii*) en audiencia se reconoció que era dueña aun cuando lo había despojado vía proceso de reivindicación; *iii*) no se encuentra posesión antes de la enajenación; y *iv*) la compañera actuaba como dueña, desconoció al actor dado que vendió sin reconocer dineros.

De igual modo se sostuvo: *i*) el último acto de dueña que hizo la entonces compañera sentimental fue el 2 de octubre de 2006, momento a partir del cual se podría contar una verdadera posesión, se desprendió de la propiedad hecho que el demandante conoció por notificación de querellas policivas; y *ii*) este inició acciones contra la primera en las que manifestó que era propietaria lo que implica que reconoció dominio ajeno y que ingresó como mero tenedor.

Se coligió también: *i*) no se podría aceptar esa posesión clandestina, nunca se manifestó; *ii*) su compañera salió voluntariamente de la casa, no se tuvo verdadera intención de ser poseedor, no se reveló contra la propietaria inscrita, inclusive entregó llaves para que entrara libremente; y *iii*) debió convertirse ese título en posesión, a voces de la sentencia de reivindicación ocurrió cuando se opuso a las acciones policivas.

Frente a todos esos argumentos la parte recurrente solo se limitó a decir de manera genérica que las pruebas demuestran su posesión por el término exigido por ley, construyó cuatro pisos y en particular que el objeto de este proceso es el terreno.

Sin embargo, brilla por su ausencia reparo concreto cimentado en las pruebas incorporadas y encaminado a derribar cada una de las conclusiones del juzgador de primer grado que abrieron paso a desechar la posesión desde la época que se alegó.

Véase, no se aboga si quiera que se hubiese desconocido a la compañera sentimental como dueña del inmueble antes de la venta (2006), situación que se traduce en que se tuvo como un mero tenedor para esa época carente de ánimo de señor y dueño. Pasando por alto que *“el mero tenedor no tiene ánimo de señor o dueño; tiene la cosa en su poder, pero reconoce dominio ajeno”*

Tampoco se derribó el argumento relativo a que la posesión reclamada era clandestina respecto de la compañera sentimental, restando importancia a que se trata de una posesión viciosa e inútil para la usucapión. La doctrina enseña que estas *“no sirven para el fin principal de la posesión, cual es, la prescripción (...). Siendo la posesión clandestina una posesión viciosa, produce las mismas consecuencias que la violenta: no da origen a la prescripción”*.

De otra parte, es insuficiente el hecho de que el actor hubiese construido varios pisos, pagado servicios públicos e impuestos. Estos actos *per se* no implican posesión sino están acompañados de una verdadera intención de hacerse dueño *-animus-* que es precisamente lo que no se encontró demostrado antes del 2006 (fecha de la venta) por falta de prueba de interversión del título de tenencia, conclusión carente de censura en este grado de conocimiento.

Recuérdese, la Corte Suprema de Justicia explica: *“ciertos actos como el arrendar y percibir los cánones, sembrar y recoger las cosechas, cercar, hacer y limpiar desagües, atender a las reparaciones de una casa o terrenos dados, no implican de suyo posesión, pues pueden corresponder a mera tenencia, ya que para ello han de ser complementados con el ánimo de señor y dueño, exigido como base o razón de ser de la posesión, por la definición misma que de ésta da el artículo 762 del C. Civil, el cual al definir la mera tenencia en su artículo 775 la hace contrastar con la posesión cabalmente en función de ese ánimo”*.

En similar sentido la doctrina explica: *“[l]a posesión no solo implica una potestad de hecho sobre la cosa (corpus), sino también la existencia de una voluntad especial en el que se pretende poseer. Este segundo elemento es de carácter psicológico o intelectual y se llama animus. Consiste en la intención de obrar como propietario, como señor o dueño (animus domini), o en la intención de tener la cosa para sí (animus rem sibi habendi)”*.

No queda otro camino entonces que estarse a lo resuelto en la sentencia atacada. El título de mero tenedor con el que el actor detentó el inmueble objeto de litigio a lo sumo mutó con posterioridad a la venta del inmueble (2-10-2006), sin que sea necesario profundizar en ese tema porque a la fecha de presentación de la demanda que nos convoca, aun cuando se hubiese acreditado posesión exclusiva el término de esta es insuficiente para acoger las pretensiones, como se analiza a continuación.

5. Censura el impugnante que no existió interrupción de la prescripción adquisitiva por la entrega efectuada en el proceso

reivindicatorio, dado que cuando esto se dio ya se había consolidado su derecho a usucapir.

5.1. Una vez más se extraña reparo concreto de cara a lo resuelto con respecto a la interrupción de la posesión necesario para la prosperidad de la prescripción adquisitiva.

Véase, en la providencia censurada se dijo que se dio la interrupción de la prescripción por virtud de la presentación de la “*demanda*” de reivindicación y la “*sentencia*”. Empero de manera inconsecuente se alega que no ocurrió por razón de la “*entrega*”.

Con todo, como se rebate que para este último momento ya se había consolidado el derecho a adquirir por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio se procede a computar ese término.

5.2. Para esa finalidad, se traza como punto de partida el 2 de octubre de 2006 (fecha de la venta del inmueble), instante a partir del cual a juicio del Juzgador de primera instancia se pudo consolidar una posesión exclusiva en cabeza del demandante, tema que como se dijo no es objeto de reparo concreto.

Sin embargo, teniendo en cuenta ese momento para dicho conteo el resultado es desafortunado, dado que solo puede computarse hasta la fecha en que se presentó la citada demandada reivindicatoria que abrió paso a la interrupción civil de la posesión el 13 de octubre de 2010 (fls. 224 C1).

Se tiene entonces que desde la venta del predio hasta el ejercicio de la acción de dominio pasaron solo 4 años del término decenal que se requería demostrar para que salieran avante las pretensiones (art. 2532 C. C.).

5.3. El anterior conteo se soporta en que “*la prescripción adquisitiva supone la posesión prolongada de la cosa por todo el tiempo señalado por la ley y la inacción del propietario, su no reclamación oportuna. Si uno de estos elementos llega a faltar, la prescripción se interrumpe: si se pierde la posesión de la cosa, la interrupción es natural; si cesa la inactividad del dueño; si este reclama judicialmente su derecho, la interrupción es civil*”.

De manera que la posesión útil para adquirir por prescripción es aquella que no ha sufrido interrupción natural o civil, esta última ocurre entre otras, cuando se notifica una demanda tendiente a eliminar la posesión como condición necesaria para que por ministerio de ley tenga lugar la prescripción adquisitiva.

Con respecto a este tema, la Corte Suprema de Justicia, ha enseñado:

El artículo 2522 del Código Civil Colombiano considera que la posesión útil en orden a permitir la operancia de la prescripción es aquella que no ha sufrido interrupciones de tipo natural o civil. Y esta última, entendida como aquella que se presenta cuando se notifica una demanda, debe ser analizada dentro del contexto de la figura de la prescripción. Es decir, no puede pretenderse que cualquier demanda relacionada con el bien objeto de la prescripción, conlleve la interrupción del término para prescribir. La demanda debe estar referida a la posesión, debe estar encaminada a eliminar la posesión del bien y por ende a destruir una de las condiciones necesarias para que por ministerio de la ley tenga lugar la prescripción adquisitiva; en otros términos, la demanda debe pretender convencer al presunto poseedor de que su actuación sobre el bien riñe con los derechos de quien entabla la condigna pretensión restitutoria (...).

En ese orden, la notificación de la acción de dominio o reivindicatoria ejercida en su momento por el señor Baquero produjo la interrupción civil de la posesión del demandante en pertenencia., dado que según el artículo 946 del Código Civil, aquella la tiene el dueño de una cosa singular de que no está en posesión para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla, al punto que su efecto es eliminarla como condición necesaria para la prescripción adquisitiva.

Ahora, el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil (vigente a la fecha de presentación de la demanda de reivindicación - 13-10-2010-), consagraba: “*la presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción (...), siempre que el auto admisorio de aquélla, (...) se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante de tales providencias, por estado o personalmente. Pasado este término, los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación al demandado*”.

Obran documental que permite corroborar que la acción reivindicatoria promovida por Alirio Baquero Rojas contra Luis Raúl Rojas Tapiero, Rdo. 2010-00580, fue presentada el 13 de octubre de 2010 (fls. 224 C1) y que el demandado fue notificado del auto admisorio dos meses después, esto es el 15 de diciembre de la misma anualidad (fls. 254 C1), resultando claro que se interrumpió el término para adquirir por prescripción.

Se itera entonces que desde el momento de la venta el 2 de octubre de 2006, hasta la fecha de la presentación de la demanda de

reivindicación el 13 de octubre de 2010, habían pasado solo 4 años, tiempo insuficiente de cara a los 10 años requeridos para la usucapión.

5.4. El recurrente insiste en que al momento de la entrega ya se había consolidado el derecho reclamado, por esta razón procede a analizar el efecto de dicha interrupción hasta el 19 de abril de 2018, oportunidad en que ocurrió la diligencia de entrega en el proceso reivindicatorio- (fls. 19 C excepciones previas).

En lo que tiene que ver con el efecto jurídico de la interrupción de la prescripción la doctrina enseña que *“hace perder todo el tiempo anterior que se lleva de posesión. Y si el prescribiente posee la cosa, empezará a prescribir de nuevo, como si tratara de la primera ocasión en que lo hace (...). Una vez desaparecida la de la interrupción, y si el prescribiente se mantiene en la posesión de la cosa, de comenzar una nueva prescripción: el plazo anterior a la interrupción queda borrado a los ojos de la ley”*.

El artículo 2536 del Código Civil, establece que una vez interrumpida una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término. Frente a esa regla y puntualmente con respecto a la interrupción civil, la Corte Suprema de Justicia, ha dicho: *“[l]os efectos de la interrupción civil (...), son definitivos dentro del proceso en el cual ocurren, hasta su terminación mediante sentencia, pago o cualquiera de las formas anormales o alternativas de finalización permitidas por la ley, atendida la naturaleza de cada proceso y las consecuencias propias de dichas formas especiales en punto a la eficacia o ineficacia de la interrupción*.

Se entiende entonces que la interrupción civil de la prescripción ocurrida en el proceso reivindicatorio por virtud de la presentación de la demanda se extendió hasta el 1 de junio de 2016, oportunidad en la que se profirió sentencia definitiva.

En esa línea, desde ese instante hasta el momento en que se formuló la demanda de pertenencia bajo estudio -6 de septiembre de 2016- (fls. 144 C1), a lo sumo habían pasado 3 meses y al 19 de abril de 2018, fecha de la diligencia de entrega en el proceso reivindicatorio no habían corrido más de tres años, razones todas que tornan infundado el argumento de que el convocante tenía consolidado el derecho reclamado.

6. Se censuró también que la providencia atacada se basó en la sentencia proferida en el proceso reivindicatorio y que el criterio fue que se presentó el fenómeno de la cosa Juzgada.

Contrariamente se sostuvo que el hecho de que no existiera cosa juzgada no significaba que no se produjera el efecto jurídico que era recuperar la posesión, tesis prolijada en esta instancia y que permitió tener por demostrada la interrupción de la posesión.

Tampoco se encuentra atinado el punto de apelación cimentado en que en la sentencia confutada debió referirse a la *“identificación jurídica de las partes”* como elemento de la cosa juzgada, esta excepción no fue acogida en esta última oportunidad.

7. Reclama también el actor que era el poseedor legítimo del inmueble de conformidad con la reglamentación que regula el patrimonio formado por la convivencia entre concubinos.

Sin embargo, olvidó que mediante sentencia proferida el 4 de noviembre de 2010, por el Juzgado 18 de Familia de Bogotá, se declaró probada la excepción de *“prescripción de los efectos patrimoniales de la unión marital de hecho”*, situación que cierra el paso a examinar si se consolidó posesión en su favor (efecto patrimonial) por virtud de la unión marital de hecho.

En ese sentido, al no estar demostrada la posesión exclusiva e ininterrumpida en cabeza del demandante por el término de 10 años para adquirir el predio objeto de litigio por prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio (art. 2530 C.C.), no queda otro camino que afianzar que las pretensiones en este juicio están condenadas al fracaso.

Lo anterior, releva a la sala de resolver los demás puntos de apelación relacionados con quejas frente a la inspección judicial, valla desfilada por virtud de la entrega en el proceso de reivindicatorio y favorecimiento probatorio por recibirse en audiencia copia de una sentencia de revisión porque estas situaciones en nada cambian lo analizado frente al término de posesión.

8. Los puntos de apelación resultan estériles, se impone refrendar la sentencia confutada.