



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL

3 DE MAYO 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

RECURSO DE ANULACIÓN LAUDO ARBITRAL PÁG 3 - 6

ACCIÓN REAL HIPOTECARIA PÁG 6 - 9

CONTRATO DE SEGURO / RETICENCIA PÁG 9 - 13

NULIDAD DE LA ESCRITURA PÚBLICA / COMPROBANTE DE LA REPRESENTACIÓN PÁG 13 - 16

CONTRATO DE CORRETAJE / LITISCONSORTE NECESARIO PÁG 16 -21

FIDUCIA MERCANTIL / ENCARGO FIDUCIARIO PÁG 21 - 27

PROCESO DE RESTITUCIÓN DE INMUEBLE ARRENDADO / COMODATO

PÁG 27 - 31

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL - ACTIVIDAD PELIGROSA

PÁG 31 - 36

NULIDAD ABSOLUTA FIDEICOMISO

PÁG 37 - 41

ACCIÓN REIVINDICATORIA

PÁG 41 - 42

PROCESO DE RESTITUCIÓN DE INMUEBLE ARRENDADO

PÁG 43 - 45

**RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL/ FUERZA MAYOR – CASO
CONTRATO DE SEGURO**

PÁG 46 - 57

CONTRATO DE SEGURO / RETICENCIA

PÁG 57 - 64

ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

PÁG 65 - 73

MANDATO / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

PÁG 73- 80

**RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL / RESPONSABILIDAD
MÉDICA**

PÁG 80 - 90

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA

PÁG 90 - 94

SALA CIVIL

RECURSO DE ANULACIÓN LAUDO ARBITRAL MP DR. MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ RADICADO: [000202100131 00](#)

TESIS

La protesta del recurrente, centrada en que, si las pretensiones apuntaban a un contrato de agencia mercantil, los árbitros no podían pronunciarse sobre uno de “prestación de servicios profesionales de gestión comercial”, pasa por alto que se trata del mismo negocio jurídico, sólo que el señor Castañeda pretendió tipificarlo bajo una determinado marco contractual, lo que no impedía que los jueces, en ejercicio de su deber de interpretar la demanda, como se los impone el artículo 42, numeral 5º, del CGP y para darle prevalencia al derecho sustancial, según mandato constitucional y legal (C. Pol., art. 228 y CGP, art. 11), definieran la súplica de incumplimiento de las obligaciones por parte de la sociedad convocada. Ahora, si el contrato en cuestión sólo rigió hasta el 15 de junio de 2013, o si se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2014, es asunto que no puede disputarse por vía de anulación, puesto que corresponde a un ejercicio de valoración probatorio adelantado por el colegio arbitral, ajeno -por completo- a la competencia de esta Sala.

ANTECEDENTES

1. El señor Castañeda convocó a tribunal de arbitramento a la sociedad HB International Corp. S.A.S., para que se declare que las partes celebraron un contrato de agencia comercial que tuvo vigencia entre el 15 de junio de 2012 y el 31 de diciembre de 2014, que su convocada incumplió –de manera reiterada- la obligación de pagarle las comisiones pactadas y, en consecuencia, se la condene al pago de USD\$65.365,42, por concepto de bonificaciones causadas, a la suma que llegare a probarse por concepto de cesantía comercial, así como de los intereses moratorios a la tasa máxima permitida, montos que, en adición, pidió indexar hasta la fecha en que se realice el pago.

2. Para soportar sus reclamos, el demandante adujo (a) que el 15 de junio de 2012 ajustó con su demandada un “contrato de agencia comercial” para “adelantar todas las actuaciones de gestión, promoción y comercialización de todos los productos que representa HB en virtud del contrato de representación comercial que tiene suscrito con las firmas que representa”, “por parte de FCB ante las siguientes entidades: Fuerza Aérea Colombiana, la CIAC, Ejército Nacional, Armada Nacional, entre otros” (hecho 1º); (b) que en cumplimiento de sus obligaciones, logró que la empresa United Aeronautical Corporation (UAC) recibiera una invitación para cotizar y presentar una oferta en los procesos de contratación estatal (hecho 2º); (c) que el 1º de enero de 2015, suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con HB International Corp S.A.S., con el que “dejaron sin efecto todas las relaciones contractuales anteriores a su vigencia” (hecho 3º); (d) que el 26 de enero siguiente, al realizar una búsqueda de los antecedentes de un contrato que había celebrado Global – compañía representada por la convocada- con

la Fuerza Aérea Colombiana, encontró el “resumen financiero de 2012- 2013-2014”, percatándose de una serie de irregularidades consistentes en que “no le estaban pagando la totalidad de las comisiones causadas por su intervención en los contratos [en] que participó” (hecho 4º); (e) que hasta el 28 de enero de esa anualidad, fecha en la que presentó reclamación ante el representante legal de la convocada, había recibido USD\$57.470,50 por bonificaciones, adeudándosele USD\$23.136,88, “por concepto de comisiones causadas y efectivamente pagadas por UAC a HB Corp” (hechos 5º y 6º); (f) que, adicionalmente, “la empresa tenía pendiente el pago de USD\$42.228,54, por comisiones de contratos celebrados por la Fuerza Aérea y UAC que no habían sido desembolsados” a la convocada; (g) que dichas sumas se incrementaron posteriormente, pues varios de los contratos celebrados en vigencia de la agencia comercial se encontraban en ejecución a lo largo del 2015, por lo que el valor que HB Corp le adeuda al señor Castañeda asciende a USD\$73.699,42 (hecho 6º), y (h) que dichas sumas corresponden al 2% del valor de los contratos que fueron suscritos y pagados en desarrollo del negocio jurídico celebrado el 15 de junio de 2012.

3. HB International Corp S.A.S. se opuso a las pretensiones, y alegó “prescripción”, la “no aplicación de las normas colombianas”, que el contrato celebrado fue un “mandato de carácter mercantil y que no corresponde a un contrato de agencia” comercial; que las pretensiones de la demanda corresponden a un “cobro de lo no debido”, y que no existe obligación de pagar la “cesantía comercial”. De manera subsidiaria, precisó que el convocante renunció “a la cesantía comercial e indebida liquidación de la misma”.

EL RECURSO DE ANULACIÓN

La sociedad convocada fundamentó su impugnación en las causales 8ª y 9ª de anulación, previstas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, relativas a (i) contener el laudo disposiciones contradictorias, siempre que estén comprendidas en la parte resolutoria o influyan en ella, y (ii) haber recaído la decisión sobre aspectos no sujetos al conocimiento de los árbitros.

Ambas se concretaron en que la controversia litigiosa no radicó en establecer si la convocada desatendió las obligaciones contenidas en el contrato de prestación de servicios profesionales de gestión, pues lo pretendido por el señor Castañeda fue declarar la existencia de un contrato de agencia comercial durante un periodo determinado, su posterior incumplimiento y la consecuente condena al pago de comisiones como agente y el valor de la cesantía comercial.

Por tanto, al decidir del modo en que lo hicieron, los árbitros asumieron “el rol del demandante al sentar una pretensión declarativa”, lo que vulneró el derecho de defensa y contradicción, pues el litigio “se centró en la naturaleza del contrato, en la obligación de pagar comisiones como agente y la cesantía” mercantil.

Adujo que los árbitros precisaron que el contrato suscrito entre las partes el 15 de junio de 2012 debía interpretarse de manera literal y exegética, es decir, que no era “necesario acudir a las demás formas de interpretación instituidas en la codificación colombiana”,

pero luego señaló que ese negocio jurídico “terminó, después de dos prórrogas, el 31 de diciembre de 2014” (lo que no fue objeto de pretensión), pues “operó la prórroga implícita desde el 26 de julio de 2013 y desde el 16 de junio de 2014”, cuando, según la cláusula sexta (6) de ese convenio, tendría una duración de un (1) año, lo que significa que se finiquitó el 15 de junio de 2013.

Agregó que, en el apartado sobre la naturaleza del contrato, los jueces refirieron que la actividad del señor Castañeda nunca fue determinante para que la Fuerza Aérea Colombiana se hiciera cliente de United Aeronautical Corporation, pero más adelante, al resolver sobre el incumplimiento contractual, la condenó a pagar al convocante “la contraprestación” por haber sido el gestor responsable de la conclusión de múltiples negocios jurídicos, cuando el Anexo 1 ni siquiera lo menciona.

Finalmente, adujo que las tasas que utilizó el Tribunal para liquidar las bonificaciones se apartaron de lo establecido en la cláusula tercera (3ª) del contrato, lo que únicamente podía tener lugar si el convocante hubiere pedido interpretar el negocio jurídico bajo la realidad de este, y no de su contenido literal.

Por eso, entonces, los árbitros violaron el principio de congruencia (fallo *ultra petita*), al declarar un derecho que no había sido solicitado, al punto que ni siquiera se reclamó como pretensión subsidiaria.

ANÁLISIS DE LA SALA

1. El Tribunal analizará conjuntamente las dos casuales alegadas, no sólo porque ameritan unas mismas reflexiones, sino también porque, en lo basilar, ambas disputan que los árbitros se ocuparon de un contrato que no fue materia de pretensiones, al igual que de la vigencia del realmente celebrado, disputándose, al amparo de la causal 8ª que, por esas razones, el laudo contiene disposiciones contradictorias, y con respaldo en el noveno de los motivos de anulación, que laudaron por fuera de lo pedido al recaer, entonces, sobre puntos no sujetos a la decisión.

2. En relación con la hipótesis de un laudo que incorpora providencias o mandatos discordantes, contrapuestos o incompatibles (causal 8ª), es bueno recordar que este motivo de anulación sólo habilita el escrutinio de las decisiones adoptadas por el colegio arbitral, con el fin de establecer si se repulsan mutuamente y si, por serlo, impiden o dificultan su cumplimiento.

En rigor, esa causal procura preservar aquella fase del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva concerniente a la ejecución cabal y tempestiva del pronunciamiento judicial, por lo que su análisis debe hacerse, por regla, con miramiento en la parte resolutoria del laudo, que es donde usualmente se hallan las “disposiciones” de los jueces, sin perjuicio de escrutar la parte motiva del fallo en orden a verificar si allí también se dispuso, concluyó o sentenció algo que choca frontalmente con lo que aparece en el segmento que corresponde a las resoluciones.

Desde esta perspectiva, bien pronto se advierte que no le asiste razón a la sociedad recurrente, por cuanto el laudo, sin incurrir en contradicción alguna, declaró próspera “la pretensión presentada por la parte convocante con el numeral 1.2”, motivo por el cual condenó a HB International Corp S.A.S. “a la pretensión enlistada en la demanda arbitral con

el numeral 2.1” y a la prevista en el numeral 2.3, “exclusivamente en relación con los intereses moratorios derivados de la condena enumerada como 2.1” (laudo, p. 34).

Tales pronunciamientos son coherentes con los hechos de la demanda y así se expuso en la parte motiva del laudo, en la que se afirmó que el negocio jurídico celebrado el 15 de junio de 2012 –denominado “contrato para la prestación de servicios profesionales de gestión comercial”- no podía ser considerado como agencia mercantil, si se reparaba en la autonomía de la voluntad, en los requisitos previstos en el artículo 1317 del Código de Comercio y el texto mismo del convenio. Sin embargo, agregó, como “la parte convocante en su segundo bloque de peticiones y argumentos... pretende la declaración de incumplimiento” de la convocada “por la inobservancia del pago de la contraprestación principal” del acuerdo “suscrito... el 15 de junio de 2012”, el colegio de árbitros se dio a la tarea de analizar si HB International Corp S.A.S. había cumplido con el pago de las bonificaciones, frente a lo cual halló probado que le adeudaba al señor Castañeda la suma de USD 78.151,24, “que representaría el valor del incumplimiento contractual”, pero como “en la demanda arbitral... la parte convocante pretende la condena por un valor preciso e invariable de 65.365,42 dólares estadounidenses”, era este el “valor por el cual el Tribunal Arbitral procederá a condenar a la... convocada por el límite impuesto por el principio *ultra petita*”, por lo que convirtió a pesos colombianos esa suma, y condenó al pago de intereses moratorios sobre el valor arrojado (\$156’384.152,73) (laudo, p. 24 a 33).

La protesta del recurrente, centrada en que, si las pretensiones apuntaban a un contrato de agencia mercantil, los árbitros no podían pronunciarse sobre uno de “prestación de servicios profesionales de gestión comercial”, pasa por alto que se trata del mismo negocio jurídico, sólo que el señor Castañeda pretendió tipificarlo bajo un determinado marco contractual, lo que no impedía que los jueces, en ejercicio de su deber de interpretar la demanda, como se los impone el artículo 42, numeral 5º, del CGP y para darle prevalencia al derecho sustancial, según mandato constitucional y legal (C. Pol., art. 228 y CGP, art. 11), definieran la súplica de incumplimiento de las obligaciones por parte de la sociedad convocada. Ahora, si el contrato en cuestión sólo rigió hasta el 15 de junio de 2013, o si se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2014, es asunto que no puede disputarse por vía de anulación, puesto que corresponde a un ejercicio de valoración probatorio adelantado por el colegio arbitral, ajeno -por completo- a la competencia de esta Sala.

Es cierto que los juzgadores, para negar la existencia del contrato de agencia comercial, concluyeron que la actividad del señor Fernando Castañeda no fue determinante para convertir a la Fuerza Aérea Colombiana en cliente de United Aeronautical Corporation (laudo, p. 26), pero que sí fue “gestor responsable de la conclusión de los contratos”. Sin embargo, a ello no le sigue que se trata de “disposiciones contradictorias”, pues una cosa es decir que no fueron acreditados los requisitos para calificar el contrato allegado de la forma pretendida, y otra muy distinta que del Anexo 1 de la petición de 6 de diciembre de 2019 se advierta la gestión del señor Castañeda en el marco del “contrato para la prestación de servicios profesionales de gestión comercial”, en orden a considerar probado su cumplimiento y, por esa vía, la infracción de la sociedad convocada en el pago de la retribución acordada.

Expresado con otras palabras, todo el ejercicio argumentativo de la parte recurrente constituye un juicio de valor sobre la coherencia de las consideraciones incorporadas en el laudo. Pero, acertado o no –asunto que escapa a la competencia del Tribunal-, lo cierto es que nada de contradictorio hay en sus disposiciones propiamente dichas, sin que el Tribunal pueda ocuparse, en sede de anulación, de lo que la propia demandada apellida como “yerros sustantivos” o “yerros fácticos”, puesto que, como se sabe, este medio de impugnación únicamente se ocupa de errores *in procedendo*.

Téngase en cuenta que el Tribunal Superior, como juez de anulación, no puede entrar a valorar las pruebas allegadas al proceso, menos aún para verificar si de los documentos aportados se extrae la participación del convocante en ciertos negocios jurídicos, pues según el inciso final del artículo 42 de la Ley 1563 de 2012, “la autoridad judicial competente en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia, ni calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo.” Esta es la ley y a ella debemos plegarnos.

Y no se diga que los árbitros fallaron *ultra petita* por haber reconocido el incumplimiento del contrato para la prestación de servicios profesionales de gestión comercial y su consecuente condena (lo que más parece alegación de fallo *extra petita*), pues si se miran bien las cosas, lo que hicieron los juzgadores fue interpretar la demanda, como ya se anticipó, puntualmente la pretensión segunda, relativa al incumplimiento de las obligaciones contenidas en el convenio suscrito el 15 de junio de 2012.

Nótese que el señor Castañeda pidió en su demanda que se declarara que entre él y la sociedad convocada existió un contrato de agencia comercial que inició el 15 de junio de 2012 y finalizó el 31 de diciembre de 2014, y que HB International Corp S.A.S. incumplió de manera reiterada la obligación de pagarle las comisiones pactadas a título de remuneración contractual, conforme a lo establecido en la cláusula tercera de dicho convenio, pretensiones que, aunadas a los hechos alegados, le permitieron a los jueces establecer que el objeto del litigio era establecer si el “contrato para la prestación de servicios profesionales de gestión comercial” era en realidad uno de agencia comercial, su inobservancia y las condenas pretendidas.

El ejercicio que llevaron a cabo los árbitros también tiene soporte sólido en la jurisprudencia, la cual ha señalado, en repetidas ocasiones, que la errada expresión de una idea “no puede ser motivo de rechazo del

derecho suplicado cuando éste alcanza a percibirse en su intención y en la exposición que de los presupuestos fácticos hace el demandante en su demanda”, menos aún si la “la intención del actor está muchas veces contenida no sólo en la parte petitoria, sino también en los fundamentos de hecho y de derecho”.

Y como el derecho de contradicción y de defensa sí fue respetado, pues la sociedad convocada en su contestación señaló, respecto de la pretensión segunda (2ª), que HB sí realizó el pago de las comisiones causadas en los términos del contrato, haciendo alusión al cumplimiento de sus obligaciones, resulta incontestable que los motivos de anulación no pueden abrirse paso.

3. Puestas de este modo las cosas, se declarará infundado el recurso, con la correspondiente condena en costas.

ACCIÓN REAL HIPOTECARIA
MP DR. MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
RADICADO: [110013103024201800502 01](#)

TESIS

...El acreedor hipotecario tiene un derecho de persecución robustecido, propio de quien goza de garantía real, toda vez que puede hacer efectivo su crédito contra cualquier dueño del bien hipotecado, sin miramiento en el modo de adquisición. Así lo establece el artículo 2452 del Código Civil, al señalar que “[l]a hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido.”

ANTECEDENTES

1. Bancolombia S.A. llamó a proceso ejecutivo a la sociedad Diaman7e S.A.S. con el fin de obtener el pago, mediante la efectividad de la garantía real, de \$6'034.789,00, por concepto de cuotas de amortización vencidas de la obligación incorporada en el pagaré No. 6312320013831, así como de \$393'465.677,00, por capital acelerado, en ambos casos con intereses moratorios hasta que sea verifique el pago.

2. La jueza libró mandamiento de pago por auto de 6 de noviembre de 2018 (fl. 71 a 73, cdno. 1), que se notificó a la parte demandada, quien propuso las excepciones de mérito de (i)

la falta de legitimación en la causa por pasiva; (ii) la “falta de requisitos formales del art. 621 C.Cio.”; (iii) la “falta de requisitos formales del art. 709 del C.Cio.”; (iv) cobro de lo no debido; (v) “excepciones que se proponen frente a la acción cambiaria”: a) “la fundada en el hecho de no haber sido la demanda Diaman7e S.A.S. quien suscribió el título, numeral 1 del art. 784 del C.Cio.”; b) “las fundadas en la omisión de los requisitos que el título debe contener y que la ley no suple expresamente. Numeral 4 art. 784 C.Cio.”; c) “acción dirigida en contra de quien no es obligado”; y (vi) “acción confusa y equivocada”. (fls. 122 a 129).

LOS RECURSOS DE APELACIÓN

1. Bancolombia alegó que el juzgado omitió que la hipoteca es indivisible y se extiende, además, a todas las anexidades, usos y servidumbres del inmueble, por lo cual no era necesario mencionar expresamente los garajes y el depósito, que son de uso exclusivo del apartamento. Por eso pidió revocar la decisión

de abrirle paso a la excepción de “acción confusa y equivocada”

2. La sociedad ejecutada sostuvo que el saldo insoluto de capital no era claro porque el representante legal del Banco, al absolver interrogatorio, no supo discriminar los pagos recibidos del señor Engativá; además, si el

valor prestado fue de \$430'348.800,00 y se realizaron abonos desde el año 2014 hasta el 2018, que fueron aproximadamente de \$231'000.000,00, no es posible explicar el saldo de \$393'465.677. Añadió que esa falta de claridad se corroborara por cuanto el título hipotecario tampoco contenía una obligación

clara y exigible, puesto que garantiza deudas en cuantía indeterminada.

Reiteró que no está obligada por no haber suscrito el pagaré base de la ejecución.

Finalmente, reprochó el excesivo cobro de las agencias en derecho.

ANÁLISIS DE LA SALA

1. Como la sociedad demandada fustigó la totalidad de la sentencia, la Sala se ocupa primero de su apelación, para luego examinar el recurso que interpuso el Banco ejecutante, que tiene alcance parcial.

Y, dicho esto, bien pronto se advierte que Diamante S.A.S. carece de razón, por cuatro razones basilares:

a. La primera, porque el acreedor hipotecario tiene un derecho de persecución robustecido, propio de quien goza de garantía real, toda vez que puede hacer efectivo su crédito contra cualquier dueño del bien hipotecado, sin miramiento en el modo de adquisición. Así lo establece el artículo 2452 del Código Civil, al señalar que “[l]a hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido.”

Por eso el Código General del Proceso previó, respecto de la efectividad de la garantía real, que “[l]a demanda deberá dirigirse contra el actual propietario del inmueble” (CGP, art. 468, num. 1º, inc. 3º), regla que, en relación con el texto similar que traía el Código de Procedimiento Civil, fue declarado exequible por la Corte Constitucional en las sentencias C-192 de 1996 y C-798 de 2003, en la que se resaltó que “el actual propietario estará vinculado por el hecho de tener en su poder el inmueble hipotecado”, aunque “la responsabilidad a su cargo no podrá extenderse más allá de lo que corresponda en relación con el bien hipotecado.”

Sobre el particular ha precisado la Corte Suprema de Justicia que,

Cuando la persona del deudor, esto es, el sujeto pasivo de la obligación garantizada con hipoteca es la misma propietaria del inmueble sobre el que recae el gravamen, frente a ella tiene el acreedor doble garantía: una, de tipo personal, consistente en que el patrimonio de aquélla es prenda general de cualquier acreedor; y otra, ya de linaje real, consistente en que el bien raíz hipotecado está prioritaria y directamente afectado al pago de su acreencia. Garantías ambas que las puede ejercitar separada o conjuntamente; la personal y la conjunta por los lineamientos del proceso ejecutivo y la real por los del ejecutivo con

título hipotecario o prendario.

Pero donde con mayor claridad puede apreciarse tal aspecto que importa la hipoteca, como quiera que el derecho del acreedor se bifurca, es en el supuesto de que el deudor y el dueño de la cosa sean personas diferentes, bien porque el constituyente del gravamen pierda por cualquier causa la titularidad en el dominio de la misma, ora porque con ella se haya garantizado obligación ajena en los términos del artículo 2439 del Código Civil. Es entonces cuando las dos garantías de que arriba se habló presentan matices diversos, como que, evidentemente, contra el deudor no tendrá el acreedor más que una acción personal, atendiendo precisamente la naturaleza del derecho de crédito que le pertenece; por lo mismo, el patrimonio del deudor, in integrum y hasta el importe de la deuda, constituye en tal caso su garantía personal. Y a la par con ella, está favorecido también con la garantía real de hipoteca, en el evento de que el deudor no cumpla la obligación, que se traduce, quepa repetirlo, en la facultad de perseguir exclusivamente el bien hipotecado, a fin de obtener la venta del mismo y satisfacer su acreencia con el producido, lo cual podrá ejercer mediante acción que dirija contra el dueño de la cosa, sea el que fuere, haya o no constituido el gravamen, exceptuando el caso, claro está, del que lo adquirió en pública subasta en las condiciones previstas en el artículo 2452 del Código Civil.

Nótese que la razón para resultar demandado el tercer poseedor estriba, no en que esté personalmente obligado a la deuda, sino sólo por encontrarse en poder del inmueble hipotecado. (Gaceta Judicial, No. 2439, pág. 116). (Subrayado fuera de texto)

Por consiguiente, como Bancolombia S.A. únicamente está ejercitando la acción real hipotecaria, esto es, la dirigida a obtener el pago de la deuda con el sólo producto de la venta del bien hipotecado (C.C., arts. 2422, 2448 y 2452; CGP, art. 468), la cual, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, lo habilita para “embargar y hacer vender el bien gravado, cuando la obligación a que se accede es exigible” (G.J. LXII, 59), resulta incontestable que su reparo carece de fundamento.

Desde luego que la sociedad Diaman7e S.A.S. no es obligada personal, pues el pagaré que le sirve de soporte a la ejecución no fue suscrito por ella (C.Co., art. 625), sino por el señor Daniel Engativá. Pero a ese hecho no le sigue que no pueda ser ejecutada, puesto que, por ser la actual propietaria del bien hipotecado (escritura pública de venta No. 20 de 12 de enero de 2018, inscrita en el folio de matrícula 50N-20545317; fl. 66, cdno. 1), está llamada a soportar la acción real que tiene el Banco acreedor, quien, además, es el tenedor legítimo del título.

Luego hizo bien la juzgadora al descartar las excepciones propuestas, la mayoría soportadas en que dicha sociedad no es deudora ni suscriptora del pagaré, el cual, contrario a lo que se afirma, sí cumple con los requisitos establecidos en los artículos 621 y 709 del C. de Co., sólo que fue creado por el señor Engativá, quien no es parte en este proceso porque el acreedor, autorizado por la ley sustancial, decidió ejercer acción real contra el actual propietario, y no acción personal o acción mixta (CC, art. 2449, sub. Ley 95 de 1890, art. 28).

b. La segunda, porque el título ejecutivo que soporta la ejecución no es el contrato de hipoteca, sino el pagaré No. 6312 320013831, de 7 de abril de 2014.

En efecto, es en dicho título-valor, cuyo cobro da lugar al procedimiento ejecutivo (C. de Co., art. 793), en el que aparece incorporado el derecho de crédito de Bancolombia y, por supuesto, la obligación por la que debe responder la sociedad demandada, como propietaria del bien hipotecado y hasta el valor que se obtenga por él en la subasta. La hipoteca, como negocio jurídico de garantía, sólo prueba el gravámen, sin que la exigibilidad se desmerezca por el hecho de haberse acordado que es “abierta y sin límite de cuantía” (cláusula primera), puesto que ese rasgo se predica de la obligación (CGP, art. 422), cuyo plazo para el pago se anticipó, como consecuencia de haberse configurado uno de los eventos de aceleración que fueron pactados (la mora en el pago de las cuotas de amortización).

Por eso el artículo 468 del CGP, para que no quede duda al respecto, precisa que “a la demanda se acompañará título que preste mérito ejecutivo, así como el de la hipoteca o prenda...” (num. 1, inc. 2), quedando así claro que el contrato por el se constituyó es el *título de la garantía*, de suyo diferente del *título de la ejecución*.

c. La tercera, porque si el pagaré incorpora un derecho de crédito por \$430'348.800,00, no es

posible descalificar su claridad so pretexto de que en la demanda se solicitó el pago de un capital acelerado de \$393'465.677,63, que es inferior a ese monto, menos aún si se considera que, según la cláusula décima del pagaré, relativa a la forma de pago, la suma mutuada se pagaría en 240 cuotas que comprenden, cada una, “intereses y abono a capital” (par. 1; fl. 5), siendo claro, según el artículo 1653 del Código Civil, aplicable a los asuntos mercantiles por remisión directa del artículo 822 del Código de Comercio, que “si se deben capital e intereses, el pago se imputará primeramente a los intereses, salvo que el acreedor consienta expresamente que se impute al capital”, lo que aquí no se demostró.

Pero, además, no se olvide que con sujeción al principio de literalidad, “el suscriptor de un título quedará obligado conforme al tenor literal del mismo, a menos que firme con salvedades compatibles con su esencia” (C. de Co., art. 626). Y como el propietario del bien hipotecado, cuando se ejercita la acción real por el acreedor, debe responder por la deuda hasta el valor que tenga el bien gravado, se impone colegir que también respecto de él produce efectos la norma en cuestión.

Que el representante legal del Banco no hubiere discriminado -en su declaración- los pagos que se hicieron, es asunto que carece de relevancia, toda vez que, de una parte, de la demanda se desprende que el deudor había pagado las cuotas de amortización hasta enero de 2018, todas ellas por valores igual (“cuota mensual fija en pesos por toda la vida del crédito, es decir, las cuotas no varían durante la vigencia de la obligación; a dichas cuotas se le adicionan los seguros”; fl. 5, cdno. 1), como lo precisa el pagaré (\$4'824.056,81), y de la otra, a ese libelo se acompañó un estado de cuenta en el que se detallan los abonos realizados y la manera como se aplicaron, el último con fecha 18 de enero de 2018.

Y como la sociedad ejecutada no demostró, pese a que tenía esa carga (CGP, art. 167), que la aplicación de los pagos parciales que se hicieron arrojaba un monto inferior al suplicado en la demanda, ni probó que esa liquidación tenía errores, no puede pretender que se de al traste con la ejecución a partir de meras especulaciones, o arrojando un simple manto de duda sobre los valores pretendidos.

d. La cuarta, porque la controversia sobre la cuantía de las agencias en derecho debe canalizarse por la vía señalada en el numeral 5° del artículo 366 del Código General del Proceso.

2. Ahora bien, en lo tocante al recurso de apelación que interpuso el Banco ejecutante, la Sala le concede razón, porque la hipoteca “es

indivisible”, lo que significa que “cada una de las cosas hipotecadas a una deuda, y cada parte de ellas son obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella.” (C.C., art. 2433).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que “**El gravamen pesa sobre la totalidad del bien**, tota in toto et tota in qualibet parte, y da derecho a perseguir su venta en pública subasta o su adjudicación al acreedor por cuenta del crédito, con audiencia o no del deudor, sino del poseedor actual, como quiera que allí se hace efectiva la dicha responsabilidad circunscrita al bien objeto de la pignoración” (se resalta).

En el caso bajo análisis, los señores Edgar Benavides Jurado y Luz Mary Pérez Quinchía le vendieron al señor Daniel Alejandro Engativá Rodríguez el apartamento 603 de la torre 1 del Conjunto Residencial Arboleda del Country Propiedad Horizontal, ubicado en la carrera 19 # 131-69 de Bogotá, al que le corresponden “el uso exclusivo de los GARAJES NÚMEROS OCHENTA Y NUEVA (89) Y NOVENTA (90), y el uso exclusivo del DEPÓSITO UNO (1)”, como consta en la cláusula primera de la escritura pública No. 1428 de 25 de marzo de 2014, otorgada en la Notaría 24 de Bogotá, a través de la cual también constituyeron un gravamen real a favor de Bancolombia, en el que se acordó, conforme a la primera y sexta de sus estipulaciones, que la hipoteca recaía sobre dicho apartamento, “cuyos linderos, cabida y demás especificaciones obran en la primera parte del presente instrumento público”, sometido al régimen de propiedad horizontal, y que comprendía “sus mejoras, anexidades, construcciones, frutos y dependencias”, como igualmente lo precisaba, en relación con la venta, el parágrafo 2do de la mencionada cláusula primera (fl. 11, 12, 14 vto. y 16, cdno. 1).

Asimismo, en la escritura pública No. 20 de 12 de enero de 2018, otorgada en la misma Notaría 24 de Bogotá, que incorpora la venta que el señor Engativá le hizo a la sociedad ejecutada, quedó claro que ese negocio jurídico concernía al apartamento 603, que incluía “el uso exclusivo de los garajes números ochenta y nueva (89) y noventa (90), y el depósito uno (1) que forman parte del Conjunto Residencial Arboleda del Country” (fl. 64, cdno. 1).

Luego no es posible sostener, como lo hizo la juzgadora de primer grado, que la hipoteca no se extiende a tales garajes y depósito, pues unos y otro hacen parte de las anexidades y usos que le son inherentes al apartamento 603. Con otras palabras, si la hipoteca se constituyó sobre este último inmueble, en el gravamen quedó comprendido el derecho al uso exclusivo de tales parqueaderos y sitio de almacenamiento.

En este punto es bueno recordar que la ley 675 de 2001 definió, en su artículo 22, los bienes comunes de uso exclusivo como aquellos “no necesarios para el disfrute y goce de los bienes de dominio particular, y en general, aquellos cuyo uso comunal limitaría el libre goce y disfrute de un bien privado, tales como terrazas, cubiertas, patios interiores y retiros”, los cuales, por tanto, “podrán ser asignados de manera exclusiva a los propietarios de los bienes privados que por su localización puedan disfrutarlos”. Igualmente, se previó en la misma disposición que “los parqueaderos destinados a los vehículos de los propietarios del edificio o conjunto podrán ser objeto de asignación al uso exclusivo de cada uno de los propietarios de bienes privados en manera equitativa”.

Se trata, en palabras de la Corte Constitucional, de bienes “no necesarios para el goce comunal, los que de destinarse al uso de todos limitarían el libre uso y goce de las unidades independientes.

Por supuesto que, en cuanto bienes comunes, no están hipotecados. Por eso no están embargados por la vía del registro, dado que, además, carecen de folio de matrícula separado. Lo que se afirma es que el gravamen constituido sobre el apartamento se extiende al derecho al uso exclusivo sobre los garajes y el depósito, que son anexos y usos de aquel.

3. Luego se modificará el numeral 1º de la sentencia, en cuanto declaró probada la excepción de “acción confusa y equivocada”, para que quede claro que la ejecución forzada continúa, con inclusión del derecho al uso exclusivo de esos bienes. Así se precisará en su numeral 3º.

También se modificará el numeral 5º, porque la condena en costas debe hacerse por el 100%

CONTRATO DE SEGURO / RETICENCIA
MP DR. MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
RADICADO: [110013199003201903955 01](#)

TESIS

Pero si alguna duda existe, la ley del consumidor financiero, como se anticipó, exige que ella se resuelva en favor del señor Vargas, razón por la cual la solución de este caso no puede darse bajo el supuesto de haberse hecho la declaración con sujeción a un cuestionario determinado, sino que debe aplicarse el inciso 2º del artículo 1058 del Código de Comercio, en el que se precisa que, si no hubo preguntas, debe probarse que el tomador encubrió

con culpa los hechos -y, en general, las patologías- ya mencionados, y que ellos, además, implicaban la agravación objetiva del estado del riesgo, lo que tampoco se probó por la aseguradora, en franco incumplimiento de la carga impuesta por el artículo 167 del Código General del Proceso.

ANTECEDENTES

1. El señor Vargas llamó a proceso verbal a las referidas entidades financieras para que, en síntesis, se declare que la solicitud de certificado individual de seguros y la póliza de vida grupo deudores son inválidos por falta de información sobre el tomador o beneficiario, la vigencia de la póliza y la no entrega del contrato de seguro y, por tanto, se le ordene a la referida aseguradora cumplir con las obligaciones que contrajo en virtud de las pólizas Nos. 022190000133139 y 022230000026645, que cubren los créditos 7007 y 0140 otorgados por el Banco BBVA Colombia S.A., junto con los intereses moratorios causados desde el 31 de agosto de 2018, más los excedentes resultantes, por haberse realizado el riesgo de incapacidad total y permanente.

2. Para sustentar sus pretensiones, el señor Vargas adujo que tales créditos fueron desembolsados los días 23 de junio de 2015 y 11 de agosto de 2016, luego de una asesoría comercial de empleados del Banco (no de la aseguradora), quienes diligenciaron todos los documentos, incluida la declaración de asegurabilidad, en la que sólo estampó su firma. Agregó que no le explicaron lo que estaba suscribiendo, por lo que no tuvo conocimiento de las coberturas, exclusiones y del valor asegurado, ni se le otorgó la opción de afianzarse con una entidad de su elección. Sólo le informaron que las condiciones de las pólizas podían ser consultadas en la página web de la aseguradora.

Añadió que le informó a la asesora sobre “las lesiones y enfermedades que había adquirido dentro y fuera de la institución militar...” (fl. 6 vto., derivado 00 del expediente digitalizado), sin que se le hubieren hecho preguntas sobre su estado de salud, limitándose a señalarle que debía firmar el documento “solicitud seguro de vida” (fl. 7, derivado 00 del expediente digitalizado), dado que era uno de los requisitos del crédito financiero y que “ella lo llenaría” (ib.), razón por la cual los espacios quedaron en blanco.

Señaló que el Banco no le brindó una buena asesoría y acompañamiento durante la etapa precontractual para diligenciar la documentación; que tampoco le entregó copia de los contratos de seguro y sus condiciones particulares y generales; que no le exigieron practicarse valoraciones médicas o la “presentación de la epicrisis o historia clínica” (fl. 10 vto., derivado 00 del expediente

digitalizado), y que, tras obtenerlas en virtud de una petición, advirtió que ninguna de las pólizas incluye una cláusula de “declaración inexacta o reticente” (fl. 22 vto., ib.).

Precisó que los certificados individuales de los seguros refieren la cobertura de las obligaciones financieras terminadas en los Nos. 7007 y 0140, para los eventos de incapacidad total y permanente, por lo que el riesgo se materializó en la medida en que el 31 de agosto de 2018 la junta médica laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional le notificó que, mediante acta No. 101-604, fue establecida una pérdida de capacidad laboral del 52.42%.

Finalmente, resaltó que la aseguradora demandada objetó el pago de las obligaciones porque, según ella, hubo reticencia en la declaración de asegurabilidad, dado que la historia clínica evidenciaba patologías desde noviembre de 2012.

3. Notificada del auto admisorio, la aseguradora se opuso a las pretensiones y planteó, a manera de defensa, la “nulidad de las vinculaciones al contrato de seguro como consecuencia de la reticencia del asegurado”; “inexistencia de la obligación a cargo de la aseguradora de practicar y/o exigir exámenes médicos en la etapa precontractual”; “la acreditación de la mala fe no es un requisito de prueba para quien alega la reticencia del contrato de seguro”; “BBVA Seguros de Vida Colombia S.A. tiene la facultad de retener la prima a título de pena como consecuencia de la declaratoria de la reticencia del contrato de seguro”; “obligación del consumidor financiero de cumplir con el deber de autoprotección consagrado en el artículo 6 de la ley 1328 de 2009”; “prescripción de la acción derivada del contrato de seguro”; “prescripción y/o caducidad: aplicación del artículo 58 numeral 3 de la ley 1480 de 2011”; “en cualquier caso, de ninguna forma se podrá exceder el máximo del valor asegurado”; y, “en cualquier caso, la obligación de la compañía no puede exceder los saldos insolutos de las obligaciones”. (pgs. 50 a 70, derivado 13 del expediente digitalizado).

Por su parte, el banco demandado, para resistir la demanda, alegó el “pleno cumplimiento del banco BBVA”; “el actor alega su propia culpa”; “inexistencia de prueba susceptible de ser autorizada como tal en este proceso”; “el actor desconoce su obligación de

autoprotección”; “existencia de enfermedades previas a la constitución de los seguros”; “inexistencia de la obligación de practicar exámenes médicos por parte de la aseguradora”; “prescripción y/o caducidad, artículo 58 numeral 3° de la Ley 1480 de 2011”; “incumplimiento del aviso a la aseguradora y al banco con inexistencia de

siniestro”; “incumplimiento del procedimiento acordado con inexistencia de siniestro”; “inexistencia de incapacidad total y permanente que impida realizar cualquier actividad u ocupación”; “prueba ilícita”; y “calidad de pensionado retirado” (pgs. 30 a 35, derivado 14 del expediente digitalizado).

EL RECURSO DE APELACIÓN

La aseguradora pidió revocar el fallo porque sí se probó la reticencia del demandante, específicamente “el elemento subjetivo consagrado en el artículo 1058 del C.Co.”, al igual que “la relevancia técnica y médica de los antecedentes no declarados” (pg. 2, derivado 08, cdno. Tribunal del expediente digitalizado). Así se desprende del dictamen de pérdida de capacidad laboral de la Junta Médica de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, los manuales técnicos para la suscripción y colocación de los seguros de vida, las objeciones de 9 de octubre de 2018, las declaraciones de asegurabilidad y el interrogatorio de parte que se practicó a la representante legal de la aseguradora.

Sostuvo que la sentencia se aparta, sin justificación, de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia, de este Tribunal Superior y de los propios de la Superintendencia Financiera.

Finalmente, reprochó que no se hubiere reconocido la nulidad por reticencia, pese a que en los formularios de las declaraciones de asegurabilidad “el señor Vargas Merchán no informó (...) de la existencia de su disminución de capacidad Laboral previa, de su Trauma Acústico Grado 1 de Oído Izquierdo, Síndrome de Apnea del Sueño, Desviación de Tabique Nasal y Cervicalgia” (pg. 41, derivado 08, cdno. Tribunal del expediente digitalizado), por lo que hubo “un vicio del consentimiento que causa la nulidad de las vinculaciones al contrato de seguro en los términos del artículo 1058 del C.Co, por cuanto la Compañía Aseguradora aceptó que se le trasladara un riesgo mucho más grande del que realmente creía estar asegurando, esto es, creyó asegurar la vida de una persona en óptimas condiciones de salud, cuando aseguró a una que había sido diagnosticada previamente con sendas patologías.” (ib.)

ANÁLISIS DE LA SALA

1. Si se miran bien las cosas, no se disputa que el señor Vargas omitió informarle a la aseguradora, en las declaraciones de asegurabilidad, que desde el año 2008 había sido calificado con una pérdida de capacidad laboral del 11.5%, según al acta de la junta médica laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército (pg. 98, archivo “11317910” del derivado 047 del expediente digitalizado), como tampoco que padecía de un trauma acústico grado 1 en su oído izquierdo, apnea del sueño, desviación de tabique nasal y cervicalgia, pues así lo revela su historia clínica (pg. 12, ib.). Luego apelante y juzgadora concuerdan en esos puntos.

La controversia, en estrictez, apunta a los efectos jurídicos de esa omisión, que la aseguradora no duda en calificar como típica reticencia que anula los contratos de seguro, pero que la Superintendencia descartó porque, en su criterio, no había prueba técnica de que la demandada, de haber tenido conocimiento de esos hechos, se habría retraído de asumir el riesgo.

Ocurre, sin embargo, que la solución de ese problema jurídico pasa por considerar dos temas centrales: el primero, si el señor Vargas,

por los perfiles que presentó el diligenciamiento de la declaración aludida, tuvo la oportunidad de cumplir con ese deber de información, y el segundo, si la aseguradora atendió sus deberes para con el usuario, entre ellos si, antes de asumir el riesgo, obró con diligencia para informarse sobre la preexistencia de esas patologías.

La Sala resolverá estos cuestionamientos con fundamento en el artículo 1058 del Código de Comercio, los artículos 3° y 5° de la Ley 1328 de 2009, la sentencia de tutela T-022 de 2014 de la Corte Constitucional y en su propio precedente, contenido en la sentencia de 11 de febrero de 2020.

2. En efecto, conforme al artículo 1058 del Código de Comercio, el candidato a tomador tiene el deber de declarar con sinceridad y sin reserva todos los hechos y circunstancias que determinan el estado del riesgo, para que el asegurador, a su arbitrio, pueda decidir libremente si asume todos los riesgos o algunos de ellos (C.Co., art. 1056). Y es claro que la reticencia o la inexactitud sobre hechos que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o dado lugar a estipular condiciones más onerosas, da lugar a la nulidad relativa del seguro, tanto más si la

declaración de asegurabilidad se hizo con sujeción a un determinado cuestionario.

Pero no es menos cierto que si el asegurador, “antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración” (C. de Co., art. 1058, inc. 4), no podrá el juez deducir esa sanción, menos aún si, conforme al régimen de protección al consumidor financiero (Ley 1328 de 2009), suyos son los deberes de “emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos” (art. 3, lit. a), así como suministrar “información, cierta, suficiente, clara y oportuna” para que los consumidores puedan conocer adecuadamente sus derechos y obligaciones (art. 3, lit. c), entre los cuales se destacan los de recibir de parte de las entidades vigiladas los datos, detalles y pormenores de la operación proyectada que “faciliten su comparación y comprensión” (art. 5, lit. b), lo mismo que “exigir la debida diligencia en la prestación del servicio” (art. 5, lit. c). Por esto esta Sala, en un caso con rasgos similares, puntualizó que las aseguradoras están obligadas a “suministrar a los usuarios y a los clientes la información que sea clara, que sea suficiente, que sea cierta, que sea oportuna” (sentencia de 11 de febrero de 2020, min. 20:00).

Sobre el tema de la reticencia en el contrato de seguro, la Corte Constitucional ha señalado que:

(i) no necesariamente los casos de preexistencias son sinónimo de reticencia. El primer evento es objetivo mientras que el segundo es subjetivo. Por tal motivo, (ii) **es deber de la aseguradora probar la mala fe en los casos de preexistencias**, pues solo ella es la única que sabe si ese hecho la haría desistir de la celebración del contrato o hacerlo más oneroso. En todo caso (iii), **no será sancionada si el asegurador conocía o podía conocer los hechos que dan lugar a la supuesta reticencia.**”(Se resalta)

En síntesis, dada la especial protección constitucional que tienen los consumidores (C.Pol. art. 78), para deducir la nulidad relativa del contrato de seguro por causa de reticencia o inexactitud no es suficiente, en la hora actual –menos después de la expedición de la Ley 1328 de 2009–, probar que el candidato a tomador incumplió su deber de información. Ni siquiera bajo la regulación del artículo 1058 del Código de Comercio podía producirse tamaña sanción, pues su inciso final claramente imponía verificar, previamente, si el asegurador tuvo la posibilidad de conocer los hechos omitidos. Más aun, no se olvide que, por mandato de la referida normatividad del consumidor, en caso de conflicto entre los intereses de la entidad vigilada y los del

consumidor financiero, siempre debe prevalecer el de este último, a menos que exista disposición en contrario (art. 3, lit. e).

3. En el caso que ocupa la atención de la Sala, fue probado que:

a. Al señor Aldemar Vargas se le otorgaron los créditos terminados en 7007 y 0140, los días 23 de junio de 2015 y 4 de agosto de 2016, respectivamente (archivos “formato libranza cto. 7007” y “formulario vin. Cto 0140”, derivado 035 del expediente digitalizado), los cuales fueron amparados con las pólizas de seguro de vida grupo deudores Nos. 022190000133139 y 022230000028645 (fls. 80 a 82, derivado 00 ed.).

b. El señor Vargas suscribió los documentos denominados “solicitud/certificado individual seguro de vida grupo deudores” los días 23 de junio de 2015 y 8 de agosto de 2016 (fls. 76 y 77, derivado 00 ed.), en las que aparecen respondidas en forma negativa la mayoría de preguntas, siendo necesario destacar que las casillas respectivas fueron diligenciadas por los empleados del Banco, señores Héctor Mario Torres Sánchez y Jeaimy Burgos Vera, encargados de la comercialización de los créditos concedidos al aquí demandante. Así lo reconocieron en sus declaraciones al señalar, el primero de ellos, que “en condiciones normales lo debe hacer el cliente, pero para este caso puntual el cliente me solicitó a mí el apoyo para que yo le colaborara el diligenciamiento de este formulario de este formato” (min. 42:11), admitiendo que la caligrafía de las declaraciones del cuestionario era la suya (min. 35:30), como también lo hizo la segunda de ellas (min. 19:58).

Se trata, hay que resaltarlo, de un hecho admitido, sólo que el demandante agregó que las preguntas no le fueron leídas, mientras que los asesores adujeron que sí lo hicieron.

c. En las mismas declaraciones de asegurabilidad, el señor Vargas autorizó a “cualquier médico, hospital, clínica, compañía de seguros y otra institución para suministrar a los beneficiarios o a BBVA Seguros de Vida Colombia S.A. toda información que posea sobre mi salud y/o epicrisis o historias clínicas, aún con posterioridad a la ocurrencia de los riesgos amparados.” (derivado 036 ed.), sin que se hubiere demostrado que la hoy demandada hizo consulta alguna antes de decidir que asumía los riesgos.

d. Las pólizas de seguro de vida grupo deudores Nos. 022190000133139 y 022230000028645 incluyen el amparo por “incapacidad total y permanente”, que es, según los mismos contratos, “la sufrida por el asegurado como resultado de una lesión o

enfermedad, que le impida total y permanentemente realizar cualquier actividad u ocupación (...) y cuando la pérdida de capacidad laboral calificada en primera instancia por el médico determinado por la aseguradora y en las demás instancias por las juntas regional y nacional de calificación de invalidez, **sea superior al 50%**” (Se resalta. Fl. 83 vto, derivado 00 del expediente digitalizado).

En estas condiciones la Sala concluye que, según las pruebas recaudadas, el señor Vargas, aunque suscribió las declaraciones de asegurabilidad, no fue la persona que respondió las preguntas incorporadas en los cuestionarios respectivos, pues lo hicieron los empleados del Banco que le prestaban asesoría, sin que se hubiere demostrado que él consintió en esa forma de proceder y que, en adición, las respuestas fueron suministradas por él. No se olvide que los testimonios tienen limitada su eficacia, y que la falta de un principio de prueba por escrito sobre esos hechos constituye indicio grave de inexistencia de los respectivos actos (C.G.P., art. 225).

Pero si alguna duda existe, la ley del consumidor financiero, como se anticipó, exige que ella se resuelva en favor del señor Vargas, razón por la cual la solución de este caso no puede darse bajo el supuesto de haberse hecho la declaración con sujeción a un cuestionario determinado, sino que debe aplicarse el inciso 2° del artículo 1058 del Código de Comercio, en el que se precisa que, si no hubo preguntas, debe probarse que el tomador encubrió con culpa los hechos -y, en general, las patologías- ya mencionados, y que ellos, además, implicaban la agravación objetiva del estado del riesgo, lo que tampoco se probó por la aseguradora, en franco incumplimiento de la carga impuesta por el artículo 167 del Código General del Proceso.

A lo dicho se agrega que si la aseguradora fue

autorizada para consultar la historia clínica y, en general, obtener información médica sobre la salud del señor Vargas, debió obrar con apego a esa dispensa porque así se lo imponía el cumplimiento del deber de diligencia en esa fase precontractual, por lo que no puede ahora enarbolar los vicios de las fallidas declaraciones, pretextando que sólo vino a conocer los datos a propósito de los requerimientos de pago que le hicieron por la realización del riesgo asegurado. Luego, si bien es cierto que la aseguradora no estaba obligada a practicar exámenes médicos, no lo es menos que pudo conocer o debido conocer los hechos antes de expresar su consentimiento, razón por la cual no está habilitada para alegar ahora la nulidad de los contratos.

4. Y como el riesgo asegurado se verificó el 12 de junio de 2018, fecha en que la junta médico laboral No. 101604 clasificó y evaluó la mengua de la capacidad laboral del señor Aldemar Vargas, concluyendo una “disminución de la capacidad laboral del cuarenta punto noventa y dos por ciento (40.92%) restante ya que tiene JML anterior No. 26803/2008 con DCL (11.5%)- y DCL acumulada total del (52.42%)” (pg. 8, archivo “11317910” del derivado 047 del expediente digitalizado), es claro que la aseguradora debió honrar su deber de prestación, consistente en pagar el saldo de las obligaciones a las que se hizo mención.

Una cosa más. No se discute que los consumidores tienen un deber de protección de sus intereses; pero también es claro que, según el parágrafo 1° del artículo 6° de la Ley 1328 de 2009, su no ejercicio “no implica la pérdida o desconocimiento de los derechos que le son propios ante las entidades vigiladas”, ni las exime de las obligaciones que tienen respecto de aquellos. Por tanto, este argumento no le sirve de estribo a la aseguradora demandada para lograr la revocatoria del fallo que apeló.

**NULIDAD DE LA ESCRITURA PÚBLICA / COMPROBANTE DE LA REPRESENTACIÓN
MP DR. MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
RADICADO: [110013103042201200206 03](#)**

TESIS

Lo que aquí se discute es algo bien distinto: si es válida la escritura pública No. 1090 de 10 de abril de 1992, autorizada por ese mismo fedatario, a través de la cual el mencionado representante constituyó hipoteca a favor del señor Anatolio Ramírez Rodríguez sobre el inmueble de propiedad del señor Enrique Alturo Wermeille, identificado con la matrícula No. 307-6237 de Girardot (Cund.), por no haberse incorporado el “comprobante de la representación”, como lo exige el numeral 4° del artículo 99 del Decreto-ley 960 de 1970. La polémica, entonces, no recae sobre el acto jurídico propiamente dicho -que se presume válido, como lo enseña la jurisprudencia¹-, sino que concierne a la escritura pública, pues el demandante le apuntó al continente y no al contenido de ella.

Pero sea lo que fuere, las pretensiones en todo caso debían negarse porque no se configuró el defecto que da lugar a la nulidad, según lo previsto en el numeral 4° del artículo 99 del Decreto 960 de 1970, específicamente por no aparecer en la escritura los comprobantes de la representación, pues la norma no impone anexar el acto de apoderamiento, sino que aparezcan las pruebas o evidencias del mismo, comprobación que en este caso resultó demostrada en este juicio, no sólo porque en la misma escritura el notario que la autorizó (No. 30) dio cuenta de ese hecho -fedatario que, además, es el mismo ante el cual se otorgó el poder contenido en la escritura pública

No. 74 de 21 de enero de 1985-, sino también porque, de una parte, en la fase de comparecencia se dejó constancia de su presentación, y de la otra, se anexó el certificado de vigencia del poder.

ANTECEDENTES

En el referido pleito, el señor Wermeille pidió declarar la nulidad absoluta de la escritura pública No. 1090 de 10 de abril de 1992, otorgada en la Notaría 30 de esta ciudad, por faltarle uno de los requisitos formales para su validez, razón por la cual las cosas debían retrotraerse al estado anterior, ordenando, además, su cancelación.

Para sustentar sus pretensiones, adujo que el señor Enrique Alturo Afanador, actuando como su apoderado, mediante la mencionada escritura constituyó hipoteca sobre el inmueble con matrícula No. 307 6237 de Girardot (Cund.), a favor de Anatolio Ramírez, con la finalidad de garantizar un contrato de mutuo con intereses. Sin embargo, en ella no aparece el poder que lo acreditaba como su representante, sin que la certificación de

vigencia que aparece incorporada supla tal formalidad, cuya inobservancia da lugar a la invalidez, según el numeral 4° del artículo 99 del Decreto ley 960 de 1970.

Finalmente, señaló que el demandado inició - en 1993- un proceso ejecutivo en su contra, que no ha finalizado.

3. Notificado del auto admisorio, el señor José Anatolio Ramírez Duque, en su condición de heredero, se opuso a las pretensiones y planteó las defensas que denominó: (i) “falta de requisitos para incoar la acción”; y (ii) “ausencia de los vicios de nulidad absoluta” (fls. 78 a 82, cdno. 1).

El curador *ad litem* designado para representar a los herederos indeterminados replicó sin oposición específica (fls. 156 a 158, cdno. 1).

EL RECURSO DE APELACIÓN

El demandante pidió revocar ese fallo, porque fue demostrado que en la escritura pública No. 1090 de 10 de abril de 1992 “no aparecen los comprobantes de representación” (fl. 1, archivo 24 del expediente digitalizado), falta

que no “se suple con la constancia de existencia del poder, habida cuenta que dicha constancia no expresa las facultades del apoderado” (ib.), lo que daba lugar a declarar la nulidad de la escritura.

ANÁLISIS DE LA SALA

1. No se disputa que el señor Enrique Alturo Afanador podía hipotecar los bienes de su hijo Enrique Alturo Wermeille, pues esa facultad, la de gravarlos “con el fin de asegurar las obligaciones contraídas o que contraiga a su nombre”, le fue concedida mediante la escritura pública No. 74 de 21 de enero de 1985, otorgada en la Notaría 30 de Bogotá. Y tampoco se controvierte, porque el acto de apoderamiento consignado en dicho documento no da espacio para la duda, que al apoderado le fue permitido recibir “dinero en calidad de mutuo o préstamo con interés por cuenta del poderdante”, por lo que resulta forzoso concluir que los negocios jurídicos que el señor Afanador concluyó en nombre de su representado, dentro de esas precisas autorizaciones, producen directamente efectos en relación con este. Así se desprende de los artículos 2142 del Código Civil y 833 del Código de Comercio.

Lo que aquí se discute es algo bien distinto: si es válida la escritura pública No. 1090 de 10 de abril de 1992, autorizada por ese mismo fedatario, a través de la cual el mencionado representante constituyó hipoteca a favor del señor Anatolio Ramírez Rodríguez sobre el inmueble de propiedad del señor Enrique Alturo Wermeille, identificado con la

matrícula No. 307-6237 de Girardot (Cund.), por no haberse incorporado el “comprobante de la representación”, como lo exige el numeral 4° del artículo 99 del Decreto-ley 960 de 1970. La polémica, entonces, no recae sobre el acto jurídico propiamente dicho -que se presume válido, como lo enseña la jurisprudencia-, sino que concierne a la escritura pública, pues el demandante le apuntó al continente y no al contenido de ella.

2. Ocurre, sin embargo, que ese debate debió plantearse dentro del proceso ejecutivo que el señor Ramírez adelanta contra Enrique Alturo Wermeille, primero ante el Juzgado 15 Civil del Circuito de la ciudad y ahora ante el 5° Civil del Circuito de Ejecución de sentencias (exp.: 15-1993-22331), pues es con la venta del bien hipotecado que se pretende el pago de la deuda por la cual se libró mandamiento en auto de 26 de noviembre de 1993, y se profirió sentencia el 6 de diciembre de 1995, ya ejecutoriada (fl. 1, doc. 27).

En efecto, si el juez de la pretensión ejecutiva es el juez de la excepción, como lo establecían los artículos 170, numeral 2°, inciso 2°, y 509, numeral 1°, del Código de Procedimiento Civil, por entonces vigente (hoy artículos 161, numeral 1°, y 442, numeral. 1°, del CGP), era

en el marco de esa ejecución donde debía proponerse la nulidad del acto escriturario, por lo que no puede el allí ejecutado aspirar a que otro juez, en otro proceso, resuelva una problemática que era propia del juicio de ejecución, cuya sentencia impide, por principio de preclusión, revivir oportunidades clausuradas y que otro funcionario se inmiscuya en lo que es propio del juez de la cobranza.

Así lo precisó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en un caso con rasgos similares a este, pues también se había pedido -en proceso ordinario- la nulidad de una hipoteca que se hacía efectiva en una ejecución, al señalar lo siguiente:

“En efecto, la evolución legislativa en Colombia, el estudio armónico de las instituciones del proceso, y la jurisprudencia de la Corte, permiten afirmar, en línea de principio, que el deudor debe proponer en el proceso ejecutivo todas las excepciones que pueda tener contra el título ejecutivo. Razones de lealtad, de economía procesal, pero fundamentalmente de seguridad jurídica, claman porque los reparos sobre la validez de un acto generador de obligaciones no sean resueltos por jueces distintos en escenarios procesales diferentes. Así, los institutos de la cosa juzgada, la suspensión por prejudicialidad y el pleito pendiente, vienen a ser el conjunto de instrumentos que la ley procesal ha establecido para garantizar que de una sola vez se ponga fin a la incertidumbre que se cierne sobre un contrato, pues si varios jueces de la misma jerarquía son puestos en la posibilidad de emitir dictámenes contradictorios al respecto, en este caso acerca de la validez del título hipotecario, el Derecho como herramienta social habrá perdido la función estabilizadora que está llamado a cumplir.

(...)

El Código de Procedimiento Civil, Decreto 1400 de 1970, transformó radicalmente el procedimiento ejecutivo, pues proscribió la revisión posterior a la ejecución y otorgó eficacia definitiva a la sentencia proferida en el proceso ejecutivo. Así, el artículo 512 del C. de P.C. dispone que *‘La sentencia de excepciones hace tránsito a cosa juzgada, salvo cuando declare probada alguna de las previas contempladas en los numerales 1, 3 4 y 5 del artículo 97, y en los casos previstos en los numerales 3 y 4 del artículo 333’*. Nótese que la norma trascrita determinó, como regla general, la cosa juzgada para la sentencia adoptada en el proceso ejecutivo, dejando a salvo únicamente los fallos dictados en ausencia de los presupuestos del proceso, la prosperidad de excepciones temporales, así como en los eventos en que el epílogo del

proceso fuera una sentencia inhibitoria. Desde entonces, hay plena coherencia entre los efectos perentorios de la sentencia y la autorización a los demandados para que discutan en el mismo proceso ejecutivo cualquiera de los medios de defensa que tenga a su favor. A este propósito prevé el artículo 509 de la misma codificación: *‘dentro de los diez días siguientes a la notificación del mandamiento ejecutivo, el demandado podrá proponer en un solo escrito todas las excepciones que tuviere, con la debida separación, expresando los hechos en que se funden. En el mismo escrito deberá pedir las pruebas que pretenda hacer valer’* (resalta la Corte). De lo anterior emerge, la conclusión preliminar de que, a partir de la vigencia del Código de Procedimiento Civil de 1970, todos los asuntos referidos a la validez y alcance de los negocios jurídicos que dan cimiento a la ejecución forzada deben proponerse y decidirse en el proceso ejecutivo. Dicho en otras palabras, el Código de Procedimiento Civil de 1970 determina que el juez del proceso ejecutivo detenta el monopolio de la decisión sobre el litigio a que da lugar el cobro de las obligaciones dentro del ordenamiento jurídico.”

En el mismo sentido se pronunció la Corte en la sentencia de 23 de julio de 20083, y más recientemente en el fallo de 26 de septiembre de 20174, por lo que, al amparo de esta inequívoca postura, que ya es doctrina probable, la sentencia del juzgado debe ser confirmada.

3. Pero sea lo que fuere, las pretensiones en todo caso debían negarse porque no se configuró el defecto que da lugar a la nulidad, según lo previsto en el numeral 4º del artículo 99 del Decreto 960 de 1970, específicamente por no aparecer en la escritura los comprobantes de la representación, pues la norma no impone anexar el acto de apoderamiento, sino que aparezcan las pruebas o evidencias del mismo, comprobación que en este caso resultó demostrada en este juicio, no sólo porque en la misma escritura el notario que la autorizó (No. 30) dio cuenta de ese hecho –fedatario que, además, es el mismo ante el cual se otorgó el poder contenido en la escritura pública No. 74 de 21 de enero de 1985-, sino también porque, de una parte, en la fase de comparecencia se dejó constancia de su presentación, y de la otra, se anexó el certificado de vigencia del poder.

Obsérvese que, según el documento cuestionado, “COMPARECIERON: El señor Enrique Alturo Afanador /casado con sociedad conyugal vigente/, mayor de cincuenta (50) años, vecino de Santafé de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía número: 2.942.184 de Bogotá, quien se hace presente en este acto,

en nombre propio y en representación del señor ENRIQUE ALTURO WERMEILLE, mayor de edad (sic), de estado civil soltero, vecino de esta ciudad, pero actualmente fuera del país, identificado con la cédula de ciudadanía número: 19.464.122 de Bogotá, representación que acredita mediante escritura pública número: cero cero setenta y cuatro (0074) de enero veintiuno (21) de mil novecientos ochenta y cinco (1985) de la Notaría Treinta (30) de Santafé de Bogotá que contiene poder general a su favor, vigente según certificado número 276-92 de marzo diez y ocho (18) de mil novecientos noventa y dos (1992) de la Notaría Treinta (30) de Santafé de Bogotá, documentos que se adjuntan” (Se resalta, pgs. 1 y 2, archivo 25 del expediente digitalizado).

Incluso, como se anticipó, anexo a ella aparece el documento denominado “vigencia de poder general”, expedido el 18 de marzo de 1992 (p. 10, archivo 25 del expediente digitalizado), conforme al cual el mismo Notario 30 del círculo de Bogotá certificó “que por medio de la escritura pública No. 0074 de fecha 21 de enero de 1985 de esta Notaría, Enrique Alturo Wermeille (...), confirió (eron) poder general a Enrique Alturo Afanador. (...) Que revisado el

original o matriz de la escritura número 0074 de fecha 21 de enero de 1985 no presenta nota marginal alguna que implique revocatoria, modificación, reforma o sustitución.” (se subraya; ib.). No se olvide que, según el artículo 90 del Decreto-ley 960 de 1970, “Los Notarios podrán certificar también sobre aspectos concretos de un determinado instrumento o de un documento protocolizado, tales como el hecho de haberse formalizado una compraventa con indicación del precio pactado o de haberse constituido un gravamen”, certificaciones que, por mandato del artículo 257 del CGP, hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ella hizo el fedatario.

Y aunque es cierto que en el certificado de vigencia del poder no se precisó su contenido, lo cierto es que no habiéndose producido modificaciones o revocaciones posteriores (como lo certificó el mismo documento), bien podía otorgarse la escritura con ese solo comprobante, sin exigir más requisitos.

4. En este orden de ideas, se confirmará la sentencia apelada, con la consecuente condena en costas.

CONTRATO DE CORRETAJE / LITISCONSORTE NECESARIO
MP DR. MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
RADICADO: [110013103040201600783 01](#)

TESIS

Por consiguiente, si el corredor, en ejercicio de su labor de mediador que logra el acercamiento de partes interesadas en un determinado contrato, tiene derecho a la remuneración “**en todos los casos** en que sea celebrado el negocio en que intervenga” (se resalta; art. 1341, inc. 2), es claro que lo cardinal para determinar si surgió su derecho a ser retribuido es que el contrato se perfeccione, por supuesto que gracias a su gestión. Al fin y al cabo, como lo precisó la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, “lo que ocurre es que el derecho del corredor a la comisión es un derecho sujeto a condición suspensiva, consistente precisamente en la celebración del negocio en el cual intervino.

ANTECEDENTES

1. La demandante pidió declarar que entre ella y Hyundai Colombia Automotriz S.A. fue celebrado un contrato de corretaje para la venta del inmueble ubicado en la calle 99 # 69 C – 41 de Bogotá, por razón del cual su demandada le adeuda la suma de \$1.250'000.000, por concepto de saldo de la comisión, junto con los intereses moratorios desde la enajenación del referido bien hasta que se verifique el pago.

Adujo que el contrato se ajustó el 19 de noviembre de 2015, como efecto de la aceptación de la oferta que presentó mediante correo electrónico de 17 de noviembre del mismo año, habiéndose acordado una comisión equivalente al 3% del valor de la venta. Señaló que desplegó las actividades necesarias para atraer interesados en el predio, entre ellos la sociedad Praco Didacol S.A., a quien suministró la información correspondiente con

los documentos proporcionados por Hyundai Colombia Automotriz S.A., a lo que siguió, el 30 de junio de 2016, una carta de intención de compra que la demandante transmitió a su hoy demandada.

Agregó que el 13 de julio de 2016 se reunieron los representantes legales de Praco Didacol S.A y la demandante, junto con el señor Carlos Matos, habiéndose informado que el inmueble fue vendido a la Inmobiliaria CMB S.A. en diciembre de 2015. Ese día se acordó la enajenación del inmueble por un valor de \$57.500'000.000, previéndose un pago de \$500'000.000 a la sociedad demandante como parte del valor de la comisión pactada con Hyundai Colombia Automotriz.

Precisó que el señor Matos siempre dirigió y coordinó la negociación, resaltando su

condición de accionista de Hyundai Colombia Automotriz y miembro de su junta directiva, amén de representante legal de dicha Inmobiliaria (sociedades que funcionan en el mismo lugar), por lo que existe unidad de dirección y grupo empresarial, configurándose una “representación empresarial aparente respecto de la negociación del predio.” (fl. 94, cdno. 1)

2. Notificada del auto admisorio, la sociedad demandada se opuso a las pretensiones y planteó, a manera de defensa, las excepciones que denominó “falta de legitimación en la

causa por pasiva”; “novación de la obligación”; “extinción de la obligación por pago total de la obligación”; “buena fe contractual” e “inexistencia de la obligación”.

La sociedad Inmobiliaria CMB S.A. fue vinculada al proceso como litisconsorte necesaria de la parte demandada, y en su réplica se opuso a las pretensiones proponiendo, además, la “falta de legitimación en la causa por pasiva”; la “novación de la obligación”; la “inexistencia de la obligación”; y la “extinción de la obligación por cumplimiento”.

EL RECURSO DE APELACIÓN

1. Hyundai Colombia Automotriz S.A. alegó que el juzgado ignoró la prueba de la existencia de dos contratos de corretaje diferentes: el primero con ella, que terminó por la venta efectuada a la Inmobiliaria CMB, en la que no intervino la sociedad corredora, y el segundo entre la nueva propietaria y la demandante, con una comisión de 500 millones de pesos que fueron pagados. Luego esas dos negociaciones, con obligaciones diferentes, no podían entremezclarse.

Alegó que la sentencia desconoció que la demandante, en la reunión de 13 de julio de 2016, aceptó tácitamente la negociación de corretaje con la Inmobiliaria CMB, pues de lo contrario “hubiese manifestado su descontento o habría dicho que no estaba de acuerdo, o podía haber radicado facturas por el valor supuestamente debido”. (doc. 30, fl. 5)

También consideró que la sociedad demandante obró de mala fe por haber recibido de la Inmobiliaria CMB y de Praco Didacol la comisión que tácitamente aceptó, para reclamar ahora “un dinero por un servicio que finalmente no configuró una remuneración por parte de Hyundai Colombia Automotriz S.A. en Liq.”. (doc. 30, fl. 7)

Finalmente, censuró que en la sentencia no se analizaron las falsedades en las que incurrió el representante legal de Americas Doing Business al rendir su declaración de parte.

2. La sociedad Inmobiliaria CMB sostuvo que se omitió analizar la compraventa que celebró con Hyundai Colombia Automotriz, sin que esta sociedad hubiere tenido interés en continuar con el contrato de corretaje, pues “lo único que hizo dicha sociedad fue suministrar información solicitada por el demandante, mas nunca le manifestó la intención de seguir con la intermediación, porque ya no era la propietaria”. (doc. 28, fl. 2)

Reprochó que en la sentencia se adujo que Hyundai Colombia Automotriz tuvo conocimiento de la propuesta de compra que hizo Praco Didacol, la que realmente apuntó al arrendamiento del inmueble, “y al ser rechazada por el propietario actual deciden acordar la reunión del 13 de julio donde no solo no participó Hyundai, sino que se propone por primera y única vez la compra del predio”. (doc. 28, fl. 3)

Alegó que la sentencia contiene errores en la valoración probatoria, específicamente de los indicios que llevaron a la jueza a declarar la existencia del contrato de corretaje, cuestionando, además, que no se le permitiera aportar -en la audiencia de juzgamiento- los documentos que soportaban “el cruce de cuentas” entre la Inmobiliaria CMB y Hyundai Colombia Automotriz. (doc. 28, fl. 5)

Finalmente, señaló que no propuso la excepción de “buena fe contractual”, como se refirió en la sentencia.

ANÁLISIS DE LA SALA

1. Antes de abordar el análisis de la cuestión decidida en la sentencia apelada, es necesario señalar que la juzgadora hizo una incorrecta convocatoria a la Inmobiliaria CMB S.A.S., quien no podía ser catalogada, desde ningún punto de vista, como litisconsorte necesario de Hyundai Colombia Automotriz S.A.

En efecto, como se sabe, ese tipo de litisconsorcio presupone que la ley o la relación

sustancial imponen una decisión uniforme para los distintos sujetos que la integran, razón por la cual su presencia en el juicio como parte es indispensable para resolver el conflicto (C.G.P., art. 61, inc. 1º). Por eso la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que:

El litisconsorcio necesario puede originarse en la ‘disposición legal’ o imponerlo directamente la ‘naturaleza’ de las ‘relaciones o actos

jurídicos', respecto de los cuales 'verse' el proceso (artículo 83 ejusdem), presentándose este último caso, cuando la relación de derecho sustancial objeto de la pretensión está conformada por un número plural de sujetos, activos o pasivos, 'en forma tal que no es susceptible de escindirse en tantas relaciones aisladas como sujetos activos o pasivos individualmente considerados existan, sino que se presenta como una, única e indivisible frente al conjunto de tales sujetos' (G.J. t. CXXXIV, pág. 170), o como la propia ley lo declara, 'cuando la cuestión haya de resolverse de manera uniforme para todos los litisconsortes...'

En este caso no se configuran tales condiciones, porque ninguna norma jurídica impone el llamado de la Inmobiliaria CMB S.A.S., y la relación jurídica referida en la demanda no es de sujeto plural, en la medida en que sólo vincula a Americas Doing Business S.A.S. y a Hyundai Colombia Automotriz S.A., única que fue condenada por la juzgadora de primer grado, descartando así el litisconsorcio necesario que se había conformado.

Y esta precisión es obligada porque si a la Inmobiliaria no se le impuso condena alguna en la sentencia, el Tribunal no puede ocuparse de sus reparos. ¿Reparos a qué, si resultó gananciosa? Ninguna inconformidad puede expresar quien salió avante en el juicio. Si el recurso -en su momento- se admitió fue porque venía reconocida como litisconsorte necesario; pero no siéndolo, el error de la juzgadora no puede conducir a otro error. Al fin y al cabo, sólo puede impugnar la sentencia la parte a la que le fue adversa la decisión (C.G.P., art. 320, inc. final).

2. Ya centrados en el litigio, corresponde recordar que el contrato de corretaje es un negocio jurídico en virtud del cual un agente intermediario con especiales conocimientos del mercado (el corredor), se obliga a desplegar una actividad dirigida a relacionar a su contratante con dos o más personas para que celebren un negocio comercial, a cambio de una remuneración a la que tendrá derecho "en todos los casos en que sea celebrado el negocio en que intervenga" (C.Co., arts. 1340 y 1341).

Sobre dicho contrato ha puntualizado la Corte Suprema que se trata de un negocio mercantil en el cual "una parte llamada corredor, experta conocedora del mercado, a cambio de una retribución, remuneración o comisión, contrae para con otra denominada encargante o interesada, la obligación de gestionar, promover, concertar o inducir la celebración de un negocio jurídico, poniéndola en conexión, contacto o relación con otra u otras sin tener vínculos de colaboración, dependencia, mandato o representación con ninguno de los

candidatos a partes".

Luego el corredor, en estrictez, es un típico intermediario; su tarea, en rigor, es la de buscar oferentes interesados en ajustar un negocio jurídico; lo suyo, sin duda, es relacionar a dos posibles contratantes, sin obrar en nombre o por cuenta de ellos; la retribución por su laborío, debe afirmarse desde ya, sólo emerge si el contrato buscado se concluye, siempre que sea el resultado de su gestión.

Precisamente sobre la remuneración -o premio- del corredor, la Corte Suprema de Justicia, citando su propia jurisprudencia, ha señalado que:

... adquiere el derecho a ser retribuido por su labor si se dan los siguientes requisitos:

'a) que el comitente haya solicitado o aceptado los servicios del intermediario para efectuar determinado negocio; b) que el corredor haya efectuado gestiones idóneas para el logro del encargo; c) que como consecuencia de las gestiones efectuadas por el corredor, se haya concluido el negocio con el comitente con el tercero, salvo revocación abusiva del encargo' (cas. civ. sentencia de 13 de abril de 1955, LXXX, 13)."⁴

Por su lado, la doctrina ha puntualizado que:

"[E]l corredor tiene derecho a su remuneración aun después de extinguido o revocado el encargo conferido, siempre que la celebración del negocio objeto del contrato haya sido posible en virtud de la actividad desplegada por el corredor durante su vigencia, con lo cual se trata de proteger al corredor contra revocaciones de mala fe del cliente, después de que aquél le presentó a posibles futuros contratantes. Igualmente, tiene derecho a la remuneración, siempre que el negocio celebrado entre las partes sea igual al encargado por el mediador; es decir, siempre que se haya alcanzado la finalidad económica perseguida".

3. En el caso que ocupa la atención de la Sala, es claro que Americas Doing Business S.A.S. y Hyundai Colombia Automotriz S.A. celebraron un contrato de corretaje para la venta del inmueble ubicado en la calle 99 # 69 C - 41 de Bogotá. Se trata de un hecho admitido por las partes que, en todo caso, se probó con la oferta que la primera le hizo a la segunda -mediante correo electrónico- el 17 de noviembre de 2015 (fl. 18, cdno. 1), oportunamente aceptada el día 19 siguiente, habiéndose acordado una comisión del "3% del valor total antes de impuestos de la venta ..., en caso de llegar a un acuerdo" (fl. 21, cdno. 1).

También se debe reconocer, aunque la sociedad demandada persista en lo contrario, que ese corretaje no terminó por razón de la venta que ella le hizo a la Inmobiliaria CMB S.A.S., mediante la escritura pública No. 18194 de 18 de diciembre de 2015, otorgada en la Notaría 29 de Bogotá, (fls. 13 a 17, cdno. 1) -en la que ciertamente no intervino la corredora-, puesto que las pruebas evidencian que dicho negocio jurídico de intermediación continuó ejecutándose con el consentimiento de la encargante.

Así se desprende de los correos electrónicos de 16 de marzo, en el que Sura le contestó a Americas Doing Business S.A.S. sobre la “inversión inmobiliaria a 10 años” (fl. 27, cdno. 1); 17 de marzo, a través del cual la sociedad demandante presentó el inmueble “Morato” a Credicorp Capital (fl. 37, cdno. 1); 12 de abril, por el que dicho inmueble fue ofrecido a Bancolombia (fl. 38, cdno. 1), y 22 de abril, todos de 2016, dirigido por Americas Doing Business S.A.S. a Pablo Salcedo (psalcedo@hyundai.com.co), que incorpora un “resumen” sobre la opción de arriendo del inmueble a un interesado (fl. 22, cdno. 1).

Tan cierto es que la demandante, a pesar de la venta que se había hecho a la Inmobiliaria CMB S.A.S., le dio continuidad a su labor de corretaje con la venia de su hoy demandada, que fue ella, como corredora, quien consiguió el cliente para la venta del inmueble en el año 2016, como lo revela el documento que obra a folio 56 del cuaderno principal, de 16 de junio de ese año, mediante el cual le presentó el inmueble “en el sector de Morato” a Praco Didacol (fl. 56, cdno. 1). Y aunque esa primera propuesta sugiere un arrendamiento, no se puede pasar por alto que dicha sociedad, en misiva de 30 de junio de esa anualidad, le remitió a Americas Doing Business una “carta de intención no vinculante con el “propósito específico [de] formalizar la intención de la compañía... de iniciar una negociación de los términos y condiciones de un eventual contrato de arrendamiento **o compraventa sobre el inmueble...**”. Más aún, Praco Didacol delineó en esa carta las “opciones de negocio”, incluyendo la “compraventa”, pues tenía **“interés y la intención de negociar la transferencia de la propiedad, a través de un contrato de promesa o compraventa...**” (se resalta; fls. 77 y 78, cdno. 1). Incluso, obsérvese que entre esas dos fechas, puntualmente el 20 de junio, y tras una visita al inmueble con las directivas de la sociedad interesada, la corredora le dirigió un correo electrónico a Pablo Salcedo (psalcedo@hyundai.com.co) para que remitiera unos documentos (planos, autocad, edificabilidad), porque “les interesa en arrendamiento”, pero **“si ustedes desean alguno de los fondos que nosotros**

manejamos estarían dispuestos a comprar para arrendarles a ellos” (se resalta; fl. 58, ib.).

Luego, sí hubo trabajo de intermediación por parte de la sociedad corredora para la venta del inmueble; su gestión, además, se hizo con respecto a Hyundai Colombia Automotriz S.A., a quien, ello es medular, le dio traslado de la oferta en cuestión, de fecha 30 de junio de 2016, respondida por el señor Edgar Martínez (el 1º de julio y desde el correo electrónico emartinez@hyundai.com.co; fl. 62, cdno. 1), manifestando que “el señor Mattos no la aceptó”, específicamente la propuesta de arriendo. Ese mismo día se envió a la sociedad corredora, desde el correo electrónico gnino@hyundai.com.co, “el detallado de los activos ubicados en la sede de Morato” (fl. 79, ib.), el cual fue reenviado por Americas Doing Business S.A.S. a Praco Didacol, refiriendo que “Hyundai agradece la propuesta...; sin embargo, el señor Mattos no la aceptó...”, indicando las condiciones para arrendar el predio (fl. 80, ib.).

Obsérvese que la sociedad corredora siempre interactuó con empleados de Hyundai Colombia Automotriz S.A., y fue a los correos electrónicos de ellos, asignados por esa sociedad (@hyundai.com.co), a donde se remitieron las diversas comunicaciones y propuestas. La circunstancia de haberse intentado un negocio arrendaticio, que declinó “el señor Mattos”, no autoriza desconocer que, parejamente, se adelantaron tratativas para la venta del inmueble. En parte alguna, durante esas gestiones, aparece la Inmobiliaria CMB S.A. interactuando con la demandante, por lo que no se puede sostener que entre esas dos sociedades se perfeccionó un nuevo contrato de corretaje, como tampoco que Hyundai Colombia Automotriz S.A. fungió como un mero intermediario de papeles.

Por consiguiente, la Sala concluye que entre la sociedad demandante y Hyundai Colombia Automotriz S.A. se ajustó un contrato de corretaje que continuó vigente después de la transferencia de la propiedad del bien a la sociedad inmobiliaria, habiendo sido la corredora quien puso en relación a las partes que, finalmente, concluyeron la compraventa (Praco Didacol y la Inmobiliaria CMB S.A.). Los contendientes, entonces, sí tienen legitimación en la causa, y la obligación, por supuesto, nació a la vida jurídica, puesto que tal negocio fue celebrado con un precio de \$57.500'000.000,00. Fallan, pues, estas excepciones.

Pero si se aceptara, en gracia de la discusión, que la venta del predio a la citada Inmobiliaria provocó la terminación del contrato de corretaje inicialmente acordado, y que surgió -sin pacto de remuneración expreso- un nuevo

negocio jurídico de intermediación entre las mismas partes, como lo revelan las gestiones que Americas Doing Business S.A.S. impulsó durante todo el primer semestre del año 2016 y que condujeron a la venta a la sociedad Praco Didacol, interactuando siempre con Hyundai Colombia Automotriz S.A., como quedó demostrado con la documentación referida, la conclusión sería la misma porque, según el artículo 1341 del Código de Comercio, “El corredor tendrá derecho a la remuneración estipulada; a falta de estipulación, a la usual y, en su defecto, a la que se fije por peritos.”⁶ (se subraya)

Por tanto, como fue probado que en Bogotá D.C., la “comisión por intermediación en compraventa de bienes inmuebles” “equivale al tres por ciento (3%) del precio de venta del inmueble...”, cuando “por la intermediación del comisionista se ha logrado celebrar un contrato de compraventa de bien inmueble” (fl. 237; doc. 17, p. 47), se impone colegir que, de admitirse que hubo un nuevo contrato de intermediación entre las partes, la remuneración de la sociedad demandante, en todo caso, sería del 3% sobre el valor de la venta que se hizo a Praco Didacol.

No se olvide que el contrato de corretaje no exige que el predio respecto del cual se adelanta la gestión deba pertenecer al dominio del encargante; bien puede ajustarse un corretaje de cosa ajena, por manera que si, por efecto de la actividad realizada por el corredor, el propietario celebra la compraventa con la persona que aquel logró interesar, se causará la comisión a cargo del encargante, aunque, se insiste, no sea el titular del dominio. Al fin y al cabo, en esa hipótesis que aquí se presentó, fue él quien celebró el negocio de intermediación con el agente mediador.

Por su importancia es útil resaltar que no es de la esencia del corretaje que el encargante sea la persona que concluya el negocio jurídico perseguido, y ni siquiera que sea el propietario del bien transferido. No lo primero, porque bien puede suceder que el contrato se ajuste con un tercero en cuyo favor quiere obrar el encargante, como el padre que decide poner el bien que compra a nombre de un hijo, o la persona que resuelve incluirlo en los activos de una sociedad; también sería la hipótesis del mandatario que, no obstante carecer de facultad para servirse de un corredor, decide contratarlo por cuenta propia, pero el negocio que se busca, logrado gracias a la intervención del corredor, lo celebra su mandante. Y no lo segundo, porque en Colombia tiene valor la venta de cosa ajena, sin que la ley, además, lo imponga como presupuesto del corretaje.

Del corretaje es la intermediación “para relacionar entre sí a las personas, con el fin de

que celebren un negocio jurídico”, como lo precisan las actas de la Comisión Revisora del Código de Comercio, en las que, además, se explicó que “el corredor toma la iniciativa del negocio y busca a los interesados a quienes proponérselo, e, igualmente, relaciona a éstos con todas las personas que pueden servir a los fines del negocio.” Eso, en lo medular, es lo propio del corretaje como actividad.

Por consiguiente, si el corredor, en ejercicio de su labor de mediador que logra el acercamiento de partes interesadas en un determinado contrato, tiene derecho a la remuneración “**en todos los casos** en que sea celebrado el negocio en que intervenga” (se resalta; art. 1341, inc. 2), es claro que lo cardinal para determinar si surgió su derecho a ser retribuido es que el contrato se perfeccione, por supuesto que gracias a su gestión. Al fin y al cabo, como lo precisó la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, “lo que ocurre es que el derecho del corredor a la comisión es un derecho sujeto a condición suspensiva, consistente precisamente en la celebración del negocio en el cual intervino.”

4. Corresponde determinar ahora si las partes modificaron la remuneración del corredor, pactada inicialmente en un 3% del valor de la venta, antes de impuestos.

Fue probado -y se admitió por ambas partes- que el 13 de julio de 2016 se adelantó una reunión en la que participaron los representantes de la Inmobiliaria CMB S.A.S. y Praco Didacol S.A., con presencia de la sociedad corredora, en la que fueron acordadas las condiciones de la venta del predio “Morato” (demanda, contestación e interrogatorios de parte). Ese día se firmó un documento por las dos primeras sociedades, en el que, entre otras cosas, se lee lo siguiente: “comisión – 250 Mill c/u” (fl. 118, cdno.1), habiéndose acreditado con cuentas allegadas al proceso que, en efecto, las sociedades vendedora y compradora le pagaron a la aquí demandante la suma de \$250’000.000 cada una, para un total de \$500’000.000,00. Así, por lo demás, fue confesado.

Sin embargo, no se probó que la sociedad corredora aceptó que su comisión se redujera a ese monto, porque el documento aludido únicamente fue suscrito por los representantes de la Inmobiliaria CMB S.A.S. y Praco Didacol S.A. Más aún, ni siquiera se demostró que Americas Doing Business S.A.S. aceptó un cambio de deudor, para que la Inmobiliaria sustituyera a Hyundai Colombia Automotriz S.A. en el pago de la comisión. Por supuesto que de la sola presencia de la corredora en la reunión aludida no se puede colegir, indefectiblemente, una aceptación tácita, porque es asunto averiguado que “la

sustitución de un nuevo deudor a otro no produce novación, si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor” (CC, art. 1694), lo que no se acreditó en el proceso. Tampoco sirve a ese propósito el pago que hizo la Inmobiliaria CMB S.A.S., en cuantía de \$250’000.000,00, porque, según esa misma norma jurídica, a falta de tal expresión de liberar a Hyundai Colombia Automotriz S.A., “se entenderá que el tercero [la Inmobiliaria] es solamente diputado por el deudor para hacer el pago, o que dicho tercero o se obliga con él solidaria o subsidiariamente, según parezca deducirse del tenor o espíritu del acto.” Por tanto, no existe manera de afirmar que la sociedad demandada quedó liberada por su acreedor, y muchos menos que en virtud de un acto ajustado por quienes intervinieron en la venta del inmueble, y sólo por ellos, la comisión fue reducida y pagada.

En síntesis, (i) si el contrato de corretaje fue celebrado entre Hyundai Colombia Automotriz S.A. y Americas Doing Business S.A.S.; (ii) si la novación por cambio de deudor exige necesariamente que exista aceptación expresa por parte del acreedor (C.C., arts. 1690, num. 3 y 1694); (iii) si, además, la novación también exige *animus novandi*, es decir, que lo declaren las partes o aparezca indudablemente que esa es su intención, “porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua” (C.C., art.

1693, inc 1º), y (iv) si ese propósito o designio no fue probado, se impone colegir que lo que hubo fue un pago parcial de la comisión. Quedan así descartadas las excepciones soportadas en ese modo extintivo y en el pago total.

5. En este orden de ideas, como el contrato de corretaje estaba vigente para el momento en el que la Inmobiliaria CMB S.A.S. hizo la negociación de transferencia con Praco Didacol S.A., a través de una fiducia mercantil, como emerge del folio de matrícula No. 50N-315855 (fls. 86 y ss., cdno. 1; doc. 4), resulta incontestable que tiene derecho al pago integral de la comisión.

El Tribunal destaca que las partes no discuten que la comisión fue pactada y causada. Esto es lo medular para la definición del pleito y se trata de hechos admitidos. Su controversia, en lo basilar, se focalizó en su extinción por los modos de la novación por cambio de deudor y pago, los cuales, como quedó visto, no fueron probados. Y aunque se afirmará que Hyundai Colombia Automotriz S.A. obró con buena fe contractual, esa sólo circunstancia no la exime de pagar el saldo de aquella.

5. Así las cosas, se confirmará la sentencia apelada, con la consecuente condena en costas.

FIDUCIA MERCANTIL / ENCARGO FIDUCIARIO
MP DR. MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
RADICADO: [110013199003201801254 01](#)

TESIS

Obviamente que la fiduciaria demandada no fungió como constructora, ni interventora del proyecto, y es claro que tampoco participó en la determinación del punto de equilibrio. Esos aspectos no se discuten. Lo relevante aquí es que, según el encargo fiduciario, suya era la obligación de poner “a disposición del promotor los recursos recaudados..., **una vez se acredite y verifique el cumplimiento**” de ciertos requisitos (se resalta; cláusulas 1ª y 8ª; fls. 51 y 53, del derivado 00 del expediente digitalizado). Luego no es posible sostener que no hay nexo causal entre la conducta censurada y el resultado dañoso.

ANTECEDENTES

1. En ejercicio de la que llamó “acción de protección al consumidor financiero” y amparada en la ley 1480 de 2011, la sociedad demandante pidió ordenar la “devolución total de los recursos depositados”, esto es, la suma de \$148.050.000, debidamente indexada junto con los intereses correspondientes hasta que se verifique el pago, por el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales derivadas del contrato de encargo fiduciario No. 0001100011098 que celebró con la fiduciaria demandada (pg. 19, derivado 00 del expediente digitalizado).

Como soporte de sus pretensiones, adujo que el 22 de diciembre de 2015 celebró con la demandada el contrato de encargo fiduciario individual No. 0001100011098, en virtud del cual la instruyó para que administrara los

recursos destinados al proyecto inmobiliario denominado Marcas Mall en la ciudad de Cali y, una vez se cumplieran las condiciones pactadas -igualmente establecidas en el encargo fiduciario de “preventas promotor MR-799” (pg. 5, derivado 00 del expediente digitalizado)-, transfiriera dichos dineros a la Promotora Marcas Mall Cali S.A.S., como precio por la adquisición del local comercial No. ISLA I 3-4.

Agregó que cumplió con todas las obligaciones a su cargo, incluida la de entregar la suma de \$148.050.000, pero la fiduciaria no hizo lo propio con las que contrajo porque, de una parte, (a) omitió informar, en la fecha en que fue ajustado el encargo fiduciario, que “ya había suscrito el acta de verificación de cumplimiento de los requisitos y había

trasferido los recursos a la promotora” (pg. 6, derivado 00 del expediente digitalizado), configurándose un incumplimiento de su deber legal de revelar la información sobre el manejo de recursos y el cumplimiento del punto de equilibrio, y de la otra, (b) aunque el 4 de noviembre de 2014 entregó el acta de verificación para la transferencia de los recursos a la promotora, bajo el entendido que se cumplían todas las condiciones pactadas, la demandada no verificó que se configuraban los requisitos, específicamente la transferencia al fideicomiso de la propiedad del inmueble sobre el cual se desarrollaría el proyecto (para esa fecha el dueño era Laboratorios Baxter S.A.S.), la celebración de encargos fiduciarios con un 52% de inversionistas (únicamente se constataron ventas por \$92.827.383.075, de un total esperado de \$253.031.332.726), y la carta de aprobación o pre-aprobación del crédito constructor (se conformó con una comunicación del Promotor que decía que no lo necesitaría).

Concluyó que, por esos incumplimientos, la demandada debe responder por los aportes e inversiones de los recursos que se le entregaron para su administración., dado que faltó a sus deberes de lealtad, buena fe, asesoría, información, diligencia, profesionalidad, especialidad, previsión y protección de los bienes fideicomitados.

2. Notificada del auto admisorio, la sociedad fiduciaria se opuso a las pretensiones y planteó como defensas (i) la “cláusula compromisorio”, (ii) que “acción sociedad fiduciaria no es contractualmente responsable”; (iii) “error en la identificación del contrato celebrado”, y (iv) “falta de legitimación en la causa por pasiva” (derivado 013 del expediente digitalizado).

EL RECURSO DE APELACIÓN

La sociedad fiduciaria cuestionó que la Delegatura accedió a las pretensiones con fundamento en hechos que no fueron alegados en la demanda y “sobre los cuales **NO versó la actividad probatoria**” (pg. 3, archivo 08., cdno. Tribunal del expediente digitalizado), en tanto:

- a) Se trata de situaciones que no tienen relación con lo pretendido, haciéndose evidente la incongruencia del fallo impugnado.
- b) A partir de esos hechos, no relacionados con el objeto del proceso, dio por probada una supuesta falta de diligencia e incumplimiento de los deberes legales de la fiduciaria.
- c) “[L]a actividad probatoria oficiosa del despacho se circunscribió más a evidenciar

Asimismo, llamó en garantía a SBS Seguros Colombia S.A. (derivado 015 del expediente digitalizado), sociedad que, a su turno, formuló como excepciones de mérito contra la demanda la (i) “inexistencia de responsabilidad civil en cabeza de la demandada Acción Sociedad Fiduciaria S.A., por no acreditarse los elementos de la responsabilidad civil por parte de la demandante”; (ii) “falta de legitimación en la causa por pasiva – Acción Fiduciaria no está llamado a responder por el actuar de Marcas Mall S.A.S.”, y (iii) “procedencia de la sentencia anticipada, en cuanto se concreten los supuestos que dan lugar a su configuración” (pgs. 1 a 20, derivado 028 del expediente digitalizado).

Frente al llamamiento que se le hizo, planteó como excepciones las que denominó (i) “ausencia de cobertura – inexistencia de responsabilidad de acción sociedad fiduciaria”; (ii) “ausencia de cobertura de la póliza sección III de responsabilidad profesional de la póliza No. 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A., en cuanto sea aplicable cualquier de las exclusiones dispuestas en las condiciones del seguro, en especial las (...) consignadas en los numerales 3.7. y 3.14 de las condiciones generales del seguro”; (iii) “improcedencia de la indemnización de cualquier suma que resulte superior al límite asegurado de la sección III de responsabilidad profesional de la póliza No. 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.”; (iv) “agotamiento del valor asegurado”; (v) “aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la póliza No. 1000099 para la sección III de responsabilidad civil profesional”, y (vi) “sujeción a los términos, límites y condiciones previstos en la sección III de responsabilidad profesional de la póliza No. 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.” (pgs. 20 a 27, ib.).

fallas internas de la fiduciaria, es decir a un aspecto administrativo de la Superintendencia y no jurisdiccional” (ib.).

De otro lado, insistió en la falta de integración del litisconsorcio necesario por no vincularse a la promotora del proyecto, y consideró que la sentencia no valoró las pruebas en conjunto, ni aplicó los criterios de la sana crítica.

Alegó que no existe la obligación contractual aducida por la Delegatura que de lugar a responsabilidad de este linaje, por no configurarse sus elementos, y censuró la apreciación que se hizo del interrogatorio de la representante legal de la fiduciaria, para concluir que había una exclusión para el pago de la póliza.

ANÁLISIS DE LA SALA

1. Cuatro temas discute la sociedad demandada y a ellos, por mandato del artículo 328 del CGP, se circunscribe la Sala: integración del contradictorio, congruencia, configuración de la responsabilidad civil contractual y llamamiento en garantía.

a. En lo tocante al litisconsorcio necesario, bastaría señalar que la recurrente pretende revivir una discusión que se clausuró en autos de 27 de diciembre de 2018 y 28 de marzo de 2019, en los que se resolvió un recurso de reposición contra el auto admisorio y la excepción previa, respectivamente (pg. 10 del derivado 008 y derivado 023 del expediente digitalizado).

Pero sea lo que fuere, téngase en cuenta que dicha modalidad de litisconsorcio tiene dos fuentes: la ley y la relación sustancial: la primera no impone, en norma alguna, convocar a personas que hacen parte de otro contrato a una discusión que concierne a un negocio jurídico diferente, por más que exista coligamiento negocial; menos aún lo reclama la segunda, si se considera que sólo la demandante y Acción Sociedad Fiduciaria S.A. son parte en el encargo fiduciario al que se concretan las pretensiones de la demanda (No. 0001100011098), que no se puede confundir con la fiducia mercantil en la que Promotora Marcas Mall Cali S.A.S. funde como “sociedad promotora” (archivo “2019-01-367640-000.AAA.AAA”, derivado 111 del expediente digitalizado).

b. En cuanto a la congruencia, la Sala destaca que, en rigor, la fiduciaria demandada no disputa la prueba de los hechos, sino la plataforma fáctica que tuvo en cuenta la Superintendencia Financiera para deducir su responsabilidad contractual. Para la recurrente, la cuestión es que su juez no paró mientes en los linderos que le impone el artículo 281 del CGP, principalmente el relativo a la causa.

Pero en este punto tampoco le asiste razón porque, amén de la dispensa que en casos de consumo prevé el numeral 9º del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, el fallo, en todo caso, sí es consonante con los hechos alegados en la demanda, la cual, sin duda, perfiló el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales que la sociedad demandante le atribuyó a la institución financiera respecto de los recursos que, como inversionista, le entregó con fines de administración. A manera de ejemplo se destacan los hechos 7º (“...Acción Sociedad Fiduciaria S.A. incumplió gravemente las obligaciones contractuales y legales de manera descuidada”; pg. 6, derivado 00 del expediente digitalizado), 8º (“... no se cumplía con las condiciones contractuales”,

entre ellas las relacionadas con la verificación de los requisitos del punto de equilibrio; pg. 9, ib.) y 9º (“El incumplimiento y responsabilidad legal y contractual de la Fiduciaria se ve reflejada en el despliegue de las siguientes conductas ...”; pg. 10, ib.), que el juez de primer grado halló probados, como se aprecia en los numerales 1º, 2º y 3º de su decisión (pgs. 15, 16 y 21 del derivado 149 del expediente digitalizado).

Luego la sentencia sí respetó las fronteras que disciplina el principio de congruencia, máxime si se considera el deber que tienen los jueces de interpretar la demanda (CGP, art. 42, num. 5).

c. En lo que respecta a la responsabilidad civil contractual por ausencia de culpa e inexistencia de un daño “real, directo, efectivo y determinado o determinable a la demandante que le resultara imputable” (pg. 11, archivo 08, cdno. Tribunal del expediente digitalizado), son útiles las siguiente reflexiones:

No se disputa que la sociedad demandante se vinculó con Acción Sociedad Fiduciaria S.A. mediante el encargo fiduciario No.0001100011098, que es un contrato inconfundible con la fiducia mercantil propiamente dicha, entre otras razones porque no hay transferencia de la propiedad ni formación de un patrimonio autónomo, aunque, por remisión que hace el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (art. 146, num. 1º), algunas de las disposiciones del Código de Comercio relativas a este último negocio jurídico son aplicables a aquel, como el deber de “[r]ealizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia” (num. 1º, art. 1234, ib.).

Sobre la diferencia entre la fiducia mercantil y el encargo fiduciario la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado:

“Ahora, previendo el artículo 29, numeral 1º, literales a) y b) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que las sociedades fiduciarias especialmente autorizadas por la Superintendencia Bancaria no sólo pueden, en desarrollo de su objeto social, tener la ‘calidad de fiduciarios en los términos del artículo 1226 del Código de Comercio’, sino también celebrar ‘encargos fiduciarios’, esto pone de presente que no es lo mismo el contrato de fiducia mercantil y el encargo fiduciario, dado que el primero se caracteriza por la transferencia especial del dominio de los bienes especificados, en tanto que el segundo, amén de instrumentarse en las normas del mandato, por la entrega de los bienes, pero a título de mera tenencia.

De manera que si en el encargo fiduciario no hay desplazamiento del derecho de dominio de los bienes, pues el fiduciario, en desarrollo de su función, es un simple tenedor de los mismos, lo cual implica reconocer dominio ajeno, esto trae como consecuencia que no se genera un patrimonio autónomo, a diferencia de la fiducia mercantil en donde, de conformidad con lo previsto en el artículo 1233 del Código de Comercio, hay una particularísima transferencia de la propiedad a favor del fiduciario para la formación de un 'patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo'.(Se resalta)

El encargo fiduciario que las partes celebraron tenía como objeto la administración de los recursos entregados a la fiduciaria por el inversionista para ser transferidos al promotor, una vez se acreditara y verificara el cumplimiento de, entre otros, los siguientes requisitos: “3) Carta de aprobación o pre aprobación del crédito constructor otorgada por una entidad financiera para el desarrollo del proyecto o para cada etapa del proyecto, si es del caso. 4) Haber celebrado un total de contratos de encargos fiduciarios individuales de preventa inversionista que equivalgan al cincuenta y dos por ciento (52%) de las ventas estimadas del proyecto o de cada etapa del proyecto, si es del caso. 6) Certificado de tradición actualizado del lote del terreno sobre el cual se desarrollará el proyecto, en donde conste que la propiedad del mismo está en cabeza de un fideicomiso administrado por Acción Sociedad Fiduciaria S.A.” (pg. 51, derivado 00 del expediente digitalizado).

En este punto cabe resaltar que, si bien el numeral 3º del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero prohibió que los encargos fiduciarios tengan por objeto la asunción de obligaciones de resultado y que las partes expresamente pactaron que “las obligaciones que asume la fiduciaria son de medio y no de resultado” y se limitan a “sus funciones como administrador de los recursos a ella transferidos” (cláusula 9ª, pg. 53, derivado 00 del expediente digitalizado), no lo es menos que a tales previsiones no se opone la existencia de puntuales deberes que la fiduciaria tiene que cumplir, como la de “colocar a disposición del promotor los recursos depositados junto con los rendimientos generados en el presente encargo fiduciario, una vez se cumplan los requisitos establecidos en el presente contrato y en la cláusula tercera del contrato de encargo fiduciario promotor suscrito entre la fiduciaria y el promotor” (se subraya; num. 2º, cláusula 8ª, ib.), obligación que -en modo alguno- dependía de una gestión simplemente diligente y mucho menos del azar, sino que, por el contrario, le imponía a la hoy demandada la tarea de verificar las exigencias en cuestión

para poder ejecutar esa conducta.

Precisamente sobre la distinción entre las obligaciones de medio y de resultado, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

“En el planteamiento clásico de la teoría se consideró que el criterio de distinción para establecer si se está en presencia de una u otra clase de obligaciones, luego de evaluar, obviamente, la voluntad de las partes, se encuentra en la aleatoriedad del resultado esperado. En ese sentido, se señaló que en las obligaciones de medio el azar o el acaso es parte constitutiva de su contenido, y el resultado no depende directa y necesariamente de la actuación diligente del deudor, mientras que, por el contrario, **en las obligaciones de resultado lo contingente está presente en una mínima proporción, de manera que la conducta del obligado debe ser suficiente para obtener el logro esperado por el titular del derecho de crédito.**

En la actualidad, como un desarrollo de las ideas antes esbozadas y sin perjuicio de que se puedan considerar varios factores para adoptar la determinación respectiva (cfr. art. 5.1.5. de los Principios Unidroit), el criterio más aceptado para distinguir uno y otro tipo de obligación se encuentra en la incidencia que en el concepto de cumplimiento pueda tener el que con la conducta debida se realice el interés primario del acreedor, es decir, que éste efectivamente obtenga el resultado útil o la finalidad práctica que espera lograr. En algunas obligaciones, el deudor asume el compromiso de desarrollar una conducta determinada en favor del acreedor, con el propósito de satisfacer el resultado esperado por éste; no obstante, si tal resultado también depende de factores cuyo control es ajeno al comportamiento del deudor, v.gr. elementos aleatorios o contingentes, la obligación, en dichos eventos, es de medio o de medios, y el deudor cumple su compromiso si obra con la diligencia que corresponda, aunque no se produzca la satisfacción del interés primario del acreedor. **Por su parte, en otras obligaciones, las de resultado, el interés primario del titular del derecho crediticio sí se puede obtener con el comportamiento o conducta debida, toda vez que en ellas la presencia del componente aleatorio o de azar es exigua, y por ende, el deudor sí puede garantizar que el acreedor obtenga el resultado o logro concreto que constituye dicho interés primario.**” (Se resalta)

Por eso la doctrina ha puntualizado, sobre la naturaleza de las obligaciones asumidas por el fiduciario, que:

“Decir que el fiduciario asume únicamente obligaciones de medio y no de resultado,

implica desconocer la realidad y el carácter instrumental y polifacético que está llamado a cumplir el negocio fiduciario en donde en muchas oportunidades la gestión principal del fiduciario es precisamente la consecución de resultados (en la fiducia de administración, por ejemplo, las obligaciones que asume por lo general el fiduciario son de resultado). Además, a pesar de la aserción legal, existen dentro del elenco de obligaciones indelegables que enumera el legislador algunas de resultado como la rendición de cuentas periódicas de su gestión a los constituyentes; la obligación de llevar cuentas separadas de cada negocio o encargo fiduciario; la obligación de transferir los bienes fideicomitidos a quien corresponda conforme al contrato.”

Desde esta perspectiva, si en la demanda se alegó que “(...) Acción Sociedad Fiduciaria S.A. incumplió gravemente las obligaciones contractuales y legales de manera descuidada” (pg. 6, derivado 00 del expediente digitalizado), puesto que, entre otros aspectos, pasó por alto que “(...) no se cumplía con las condiciones contractuales”, entre ellas las relacionadas con la verificación de los requisitos del punto de equilibrio (pg. 9, ib.), y si fue probado que dicha entidad -para la época de transferencia de los recursos- no corroboró, cotejó o confrontó el cumplimiento de los requisitos pactados en el encargo fiduciario, particularmente las establecidas en los numerales 3º y 6º, dado que en el expediente no obra la carta de aprobación o preaprobación del crédito constructor otorgada por una entidad financiera para el desarrollo del proyecto, ni se confirmó que los terrenos en los cuales se iba a desarrollar el proyecto habían sido adquiridos o aportados de manera definitiva al fideicomiso, con el lleno de las formalidades que la ley exige para este tipo de negociaciones, es posible, entonces, afirmar la responsabilidad de la sociedad demandada, máxime si ya no se disputa, de una parte, que para la fecha del acta de verificación de las condiciones para la transferencia de recursos al promotor (4 de noviembre de 2014), aún no se había transferido la propiedad del inmueble al fideicomiso, como lo revela el certificado de tradición y libertad del inmueble con matrícula No. 370-695292 (fl. 61 del derivado 00 del expediente digitalizado), y de la otra, que tampoco se constató lo relativo al punto de equilibrio establecido por el fideicomitente o partícipe, lo que era responsabilidad del fiduciario (audiencia min. 2:20:53).

Obviamente que la fiduciaria demandada no fungió como constructora, ni interventora del proyecto, y es claro que tampoco participó en la determinación del punto de equilibrio. Esos aspectos no se discuten. Lo relevante aquí es que, según el encargo fiduciario, suya era la obligación de poner “a disposición del

promotor los recursos recaudados..., **una vez se acredite y verifique el cumplimiento**” de ciertos requisitos (se resalta; cláusulas 1ª y 8ª; fls. 51 y 53, del derivado 00 del expediente digitalizado). Luego no es posible sostener que no hay nexo causal entre la conducta censurada y el resultado dañoso.

Pero, además, es necesario resaltar que las sociedades fiduciarias, en materia de encargos, tienen una serie de deberes legales, según lo previsto en la ley 1328 de 2009, entre ellos el de “suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas.” (art. 3º, lit. c), art. 3º), como también lo precisa el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, al señalar que “[l]as entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas.” (num. 1º, art. 97). Por eso la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera (Circular Externa 007 de 1996, subrogada por la Circular Externa 029 de 2014), amén de reiterar que en este tipo de operaciones las sociedades fiduciarias están compelidas a cumplir, entre otros, los deberes de información, asesoría, protección de los bienes fideicomitidos, lealtad y buena fe, y de “diligencia, profesionalidad y especialidad”, puntualiza que ellas igualmente están obligadas a “[r]ealizar el análisis del riesgo que involucra cada proyecto”, así como a implementar procedimientos de control interno para verificar aspectos como:

- “- Que los terrenos en los cuales se va a desarrollar el proyecto se hayan adquirido o hayan sido aportados de manera definitiva y con el lleno de las formalidades que la ley exige para este tipo de negociaciones. (...)
- Que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o partícipe no comprometa la viabilidad del proyecto.
- Que se encuentren dadas las condiciones técnicas y jurídicas para que el proyecto llegue a término (...)
- Que el constructor o promotor del proyecto cumpla con unos niveles mínimos de solvencia, capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto.
- Que exista certeza acerca de la obtención de los créditos indispensables para la ejecución de la obra.”

Y como en el proceso se probó que la fiduciaria

omitió cumplir con su deber de informarle a la sociedad demandante, al momento de celebrar el encargo fiduciario, que los recursos depositados para esa fecha por los demás inversionistas ya se habían trasferido a la promotora, lo que implicó, de paso, que la demandante desconociera los riesgos asociados a tal hecho, surge incontestable que, también por esta otra razón, debía deducirse la responsabilidad de la demandada.

No se olvide que la responsabilidad contractual aflora por la infracción de un negocio jurídico válido (hecho ilícito), de cuyas obligaciones se aparta voluntariamente el contratante imputado (culpa), quien al proceder de ese modo le genera una lesión al patrimonio del contratante cumplido o que estuvo presto a cumplir (daño), requisitos que, por lo señalado, se cumplieron en este caso sobre la base, claro está, de que “el fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión” (C. de Co., art. 1243), y que el detrimento se configuró por la sola disposición irregular de los dineros depositados, que no debieron ser puestos a órdenes del promotor. Al fin y al cabo, se recuerda, en el encargo fiduciario no hay transferencia de la propiedad a la sociedad fiduciaria, por lo que resulta inadmisibles alegar que no hubo daño en la medida en que el inversionista, eventualmente, puede recuperar los recursos en el proceso liquidatorio del patrimonio autónomo, en el que resultó involucrado, precisamente, por cuenta de la conducta culposa de la fiduciaria. Si los dineros están donde no debían estar, la parte que provocó esa distorsión no puede evadir su responsabilidad pretextando ausencia de daño, remitiendo a su víctima a un concurso de pérdidas.

d. Finalmente, frente a la protesta relativa al negocio asegurativo, es pacífico que Acción Sociedad Fiduciaria celebró un contrato de seguro con SBS Seguros Colombia S.A., que dio lugar a la póliza No. 1000099, en virtud del cual quedaron amparados los “actos deshonestos y fraudulentos de los trabajadores, empleados no identificados, temporales y de firmas”; las pérdidas “fuera de los predios (tránsito)”, “por billetes falsificados” y por “falsificación de títulos-valores”; por “crimen por computador”; por “conmoción civil y daño malicioso”; por “extorsión”; por “extensión de terremoto para valores”; “cobertura para miembros de junta directiva”; por “extensión de falsificación”; “honorarios de abogados” y “responsabilidad civil profesional financiera” (pg. 73, derivado 028 del expediente digitalizado). Y tampoco se cuestiona la vigencia de dicha protección, entre el 30 de septiembre de 2017 y el mismo día y mes de 2018 (pg. 73, ib.).

La controversia se focaliza en la exclusión

pactada en el literal b) del numeral 3.7. de las condiciones generales de la póliza, que prevé como tal “cualquier reclamo basado u originado por cualquier acto, error u omisión debido a una conducta delictiva, criminal, deshonesto, fraudulenta, maliciosa o intencional del asegurado o cualquier violación de una ley por parte del asegurado siempre que: (...) (b) cuando el asegurado haya admitido dichas conductas” (pg. 115, derivado 028 del expediente digitalizado).

Sin embargo, con independencia de su configuración, el tema resulta superfluo si se repara en que esa estipulación es ineficaz, pues contraviene lo dispuesto en los artículos 44 de la ley 45 de 1990 y 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que establecen como requisito de las pólizas que **“los amparos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza”**.

Sobre el punto, la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que tales disposiciones “son claras al exigir como requisito que ‘los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza’, cualquier otra interpretación que desconozca el tenor literal de esas disposiciones se erige en una arbitrariedad. Al respecto, se ha aclarado que el marco legal que regula el tema de las exclusiones en las pólizas de seguro es de naturaleza pública y, por tanto, de obligatorio cumplimiento, lo que vicia de ineficacia las estipulaciones de los contratos de seguro que se celebren con desconocimiento de tales formalidades.”

Incluso, aunque se aceptara la postura según la cual es suficiente que las exclusiones comiencen en la primera página, pudiéndose completar en la siguiente, en este caso tales exclusiones principian en la página 5ª de las condiciones generales, por lo que no hay modo de otorgarles eficacia. Cualquiera otra postura constituye una abierta rebeldía contra el legislador, siendo claro que las normas jurídicas no se pueden entender o expresar a gusto del intérprete.

Luego erró la Superintendencia Financiera al descartar las súplicas del llamamiento en garantía, al amparo de una defensa que no podía prosperar, como la relativa a la configuración de alguna exclusión.

Las restantes excepciones que la aseguradora planteó tampoco pueden prosperar, por las siguientes razones:

(i). La de “Ausencia de cobertura – inexistencia de responsabilidad de acción sociedad fiduciaria”, soportada en que se ampararon “los

actos profesionales incorrectos” (pg. 22, derivado 028 del expediente digitalizado), sin que pueda endilgarse responsabilidad a la demandada por los hechos que fundamentan la demanda, amén de que no se evidencia un daño causado por Acción Sociedad Fiduciaria S.A., ni incumplimiento de sus deberes contractuales y legales, basta remitirse a los argumentos expresados en los párrafos anteriores, pues quedó claro que la fiduciaria sí desatendió sus obligaciones y le ocasionó un perjuicio a la hoy demandante.

(ii). La de “Imprudencia de la indemnización de cualquier suma que resulte superior al límite asegurado de la sección III de responsabilidad profesional de la póliza No. 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.”, sustentada en los artículos 1079 y 1089 del Código de Comercio y en la sección 3ª de la póliza No. 1000099, cuyo límite asegurado es de \$15.000.000.000 en el agregado anual, es suficiente señalar que no se demostró la afectación -en esa sección, por responsabilidad civil profesional- de la póliza con el pago de siniestros en cuantía que supere dicho tope (Cfme: declaración de Nicolás Lozano; derivado 064).

Por similar razón fracasa la de “Agotamiento del valor asegurado”, pues la aseguradora, correspondiéndole la carga de probar (CGP, art. 167), no dio cuenta de esa consunción. Finalmente, el alegato relativo a la “Aplicación

del deducible a cargo del asegurado”, fincada en el artículo 1103 del Código de Comercio y en el numeral 4.14. de la póliza, en concordancia con el agregado anual de las condiciones especiales de la póliza (sección III), no se trata propiamente de una excepción puesto que no impide el reconocimiento del derecho al que se refieren las pretensiones. Por supuesto que debe repararse en él, pero eso es cosa distinta; y verificada la documentación, la Sala observa que, en efecto, la suma asegurada es de \$15.000.000.000, con un “deducible todo y cada reclamo” por \$150.000.000 (pg. 74, derivado 028 del expediente digitalizado), razón por la cual la aseguradora sólo debe indemnizar -o reembolsar- la suma de \$21.738.000, junto con los intereses moratorios comerciales causados sobre ese valor, si no se paga dentro del plazo otorgado en la sentencia impugnada. Los \$150.000.000 restantes serán cubiertos por Acción Sociedad Fiduciaria S.A., junto con los réditos de ese linaje que se causen.

Tampoco es excepción reclamar que la sentencia se sujete “a los términos, límites y condiciones”, como en efecto se ha hecho.

2. Puestas de este modo las cosas, se confirmará la sentencia en cuanto declaró responsable a la fiduciaria y le impuso ciertas condenas, pero se revocará la negativa frente al llamamiento en garantía.

RESTITUCIÓN DE INMUEBLE ARRENDADO / COMODATO
MP DR. MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
RADICADO: [110013103036201800179 03](#)

TESIS

Por tanto, aunque se pueda afirmar que la demandante no probó el cumplimiento de las obligaciones que contrajo en virtud de la conciliación, a ello no le sigue el fracaso de la pretensión porque, se insiste, lo alegado y probado fue que se configuró una causal de restitución “antes del tiempo estipulado” (CC, art. 2205). La discusión del apelante es, entonces, desenfocada.

ANTECEDENTES

1. La señora Vargas solicitó ordenarle al demandado que restituya la tenencia del apartamento 203, el depósito No. 1 y el garaje No. 11 del Edificio Barinno P.H., ubicado en la Carrera 19 A No. 103 A -62 de la ciudad y, además, condenarlo al pago de los perjuicios ocasionados por negarse a devolverlos el 25 de abril de 2013, fecha en la que inició la querrela 7106-2013.

Para soportar sus pretensiones adujo ser la propietaria de tales bienes, según la escritura pública No. 3457 de 4 de octubre de 2010, otorgada en la Notaría 21 de Bogotá, registrada en los folios de matrícula Nos. 50N-20616592 y 50N-20616558, y que el 26 de octubre de 2012 celebró un contrato de comodato con el demandado, quien no cancela ningún valor por

su uso, menos aún las cuotas de administración. Agregó que pidió la entrega, “previa demostración de su necesidad ... para habitarlo” (fl. 80, cdno. 1; archivo 05 del expediente digitalizado), pero el demandado se negó a hacerlo, razón por la cual tuvo que arrendar inmuebles para su propia vivienda, todo lo cual le ha ocasionado perjuicios económicos y morales.

También refirió que en virtud de una conciliación que su apoderado ajustó el 26 de marzo de 2013, “excediéndose en sus facultades” (fl. 80, cdno. 1; archivo 05 del expediente digitalizado), la restitución quedó sometida a la “entrega forzosa de una sociedad comercial, situación que no se concretó por falta de cumplimiento por (sic) ambas partes”

(ib.). Sin embargo, aunque existe una “necesidad manifiesta” (ib.), el comodatario “asume una posición de tomar la justicia por su propia mano” y supedita la devolución al “pago de supuestas obligaciones” por parte de ella (ib.).

2. Notificado del auto admisorio, el señor Cruz se opuso a las pretensiones y formuló como defensas la “falta de legitimación en la causa por activa a causa de la configuración de una sociedad de hecho entre concubinos”, la “falta de legitimidad en la causa por pasiva a causa (sic) de la inexistencia de un contrato de

comodato”, la “cosa juzgada por la existencia de una sentencia judicial y un acuerdo conciliatorio”; la “existencia de una condición suspensiva para la restitución de los bienes objeto de restitución”, el “incumplimiento de la condición suspensiva para la restitución de los bienes objeto de restitución”, y el “principio nemo auditor propriam turpitudinem allegans: nadie puede alegar a su favor su propia culpa” (fls. 299 a 313, cdno 1; archivos 016 y 017 del expediente digitalizado).

También objetó el juramento estimatorio de perjuicios.

EL RECURSO DE APELACIÓN

1. La parte demandada pidió revocar la sentencia porque “la confesión por apoderado no es válida por no cumplir con los requisitos de ley” (pg. 1, cdno. Tribunal; archivo 07 del expediente digitalizado), dado que “la ley exige otros medios de prueba que den cuenta de la existencia del contrato de comodato precario entre las partes” (ib.). Además, en el proceso reivindicatorio la propia demandante confesó que “el fin de las partes nunca fue celebrar un negocio jurídico o contrato de comodato” (pg. 2, ib.), del que, por ende, no hay prueba.

Sostuvo que en la sentencia se consideró incumplido el acuerdo conciliatorio, sin que mediara pretensión, por lo que el fallo es incongruente por extra *petita*, resaltando que la entrega de los bienes estaba sujeta a una condición que no se ha verificado, razón por la cual se desconocieron los principios de cosa juzgada, *non bis in idem* y seguridad jurídica.

Así mismo, el fallo desconoció que se probó “breve y sumariamente” (pg. 8, cdno. Tribunal; archivo 07 del expediente digitalizado) que el demandado también es dueño de los predios, por lo que cesaría la obligación de restituirlos.

Finalmente, adujo que la jueza pasó por alto que entre las partes existió una sociedad patrimonial de hecho, de la que hacen parte los bienes objeto de restitución.

2. La parte demandante adhirió al recurso para que se condene en perjuicios al demandado y se cuantifiquen las agencias en derecho.

En cuanto a lo primero, señaló que la propia juez aceptó que ella tuvo que pagar las cuotas de administración, así como los servicios públicos, sin que, en adición, se hubiere reparado en el juramento estimatorio que hizo por \$311'531.880,00. Y frente a lo segundo, protestó por la suma fijada.

ANÁLISIS DE LA SALA

1. Es asunto averiguado que en todo proceso de restitución de tenencia el demandante tiene la carga de probar el negocio jurídico que le permite a su demandado ocupar -como mero tenedor- el respetivo bien, cualquiera que sea el título en virtud del cual le fue concedido ese específico derecho, así como precisar -y, si fuere el caso, demostrar- el motivo legal o contractual para pedir la devolución.

También es pacífico que el comodato “es un contrato en que la una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso” (art. 2200, Código Civil), razón por la cual dicho negocio jurídico no se perfecciona con el simple acuerdo de voluntades, sino que es necesaria “la tradición de la cosa” (inc. 2º, art. 2200, ib.), mejor aún, la entrega material del bien, puesto que el comodante no transfiere su derecho de dominio, sino que le permite al comodatario el uso sin retribución o

remuneración.

Por eso, entonces, el comodato es un contrato real que puede demostrarse por cualquier medio de prueba, en ejercicio de la libertad probatoria que establecen los artículos 164 y siguientes del Código General del Proceso, por lo que no es posible supeditar su existencia a la aportación de una prueba escrita. Más aún, quien ocupe un bien como tenedor, “sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño” se presume comodatario, e incluso de forma precaria, según previsión del inciso 2º del artículo 2220 del Código Civil, todo lo cual impide sostener que el negocio en cuestión sólo se acredita con un documento, como lo sugiere la parte demandada.

Ahora bien, dados los rasgos particulares del contrato de comodato, en cuanto concede el uso de un bien a título gratuito, el legislador, aunque previó que el comodatario “es obligado a restituir la cosa prestada en el tiempo

convenido”, también dispuso que el comodante podía exigir “la restitución **aún antes del tiempo estipulado**, en tres casos”, a saber: por la muerte del comodatario, si sobreviene al comodante una necesidad imprevista y urgente de la cosa, y si ha terminado o no tiene lugar el servicio para el cual se prestó la cosa.

Luego no hay manera de afirmar que en el comodato el plazo -o la condición- previsto para restituir el bien es inmutable, ineludible o definitivo. Casos hay en los que el comodante tiene derecho a que se le retorne el inmueble, sin que el comodatario pueda formular protesta; cosas de la gratuidad; cosas de la gratitud.

2. En el caso que ocupa la atención de la Sala, está fuera de discusión que la demandante es la propietaria de los inmuebles cuya restitución persigue, como se desprende de la escritura pública No. 3457 de 4 de octubre de 2010, otorgada en la Notaría 21 de Bogotá (fls. 16 a 20, cdno 1), debidamente registrada en los folios de matrícula No. 50N-20616592 y 50N-20616558 (fls. 74 a 75 y 77 a 74, ib., respectivamente).

Aunque el demandado disputa ese derecho alegando que también es dueño, por una sociedad patrimonial que hubo entre las partes, el expediente carece de una prueba de ella, la que, por lo demás, debe ser reconocida por otro juez y en pleito separado. Pero sea lo que fuere, no se olvide que si bien es cierto que cesa la obligación de restituir desde que el comodatario advierte que es el verdadero dueño de la cosa prestada, no lo es menos que, en tal caso, disputado el dominio por el comodante, aquel “deberá restituir”, salvo que demuestre, breve y sumariamente, que la cosa es suya (CC, art. 2210).

Luego, si aquí no hay prueba de la referida sociedad de gananciales, pues sólo se demostró la relación sentimental que existió entre las partes (lo que no es bastante -por ley- para deducirla); si la escritura pública y los folios de matrícula aludidos demuestran la propiedad de la señora Vargas; si el señor Cruz no allegó prueba alguna que, de una u otra manera, sugiriera que él es el verdadero titular del dominio, y si en el proceso se acreditó que el demandado es tenedor, a título de comodato, resulta incontestable que dicho argumento de la pretendida propiedad no autoriza revocar el fallo apelado, menos aún si se considera, ello es medular, que este tipo de pleitos repara más en la prueba de la relación contractual que autoriza la tenencia, que en la evidencia del dominio.

Precisamente por ello es útil recordar que ya en el auto de 19 de febrero de 2019, proferido por este Tribunal, quedó claro, desde los albores

del juicio, que el proceso sí tenía prueba de ese negocio jurídico. En él se expuso lo siguiente:

“1. No se disputa que según el numeral 1° del artículo 384 del CGP, aplicable a estos asuntos por remisión expresa del artículo 386 de esa codificación, cuando se demande la restitución de un bien dado en tenencia, a título distinto del arrendamiento, es necesario allegar -desde un comienzo- la prueba del respectivo contrato, para lo cual el interesado puede acudir a cualquier medio probatorio, como el documento, la confesión y el testimonio (...)

En este caso se advierte, con prontitud, que la señora Vargas sí le dio cumplimiento a esa exigencia, para lo cual se valió de una prueba trasladada, puesto que hizo valer la actuación que se verificó ante el Juzgado 34 Civil del Circuito de Bogotá, dentro de otro proceso -por acción reivindicatoria- adelantado entre las mismas partes, más concretamente la contestación de la demanda que presentó el señor Cruz, en la que hizo, a través de apoderado, varias manifestaciones relativas a su condición respecto de los inmuebles con matrículas inmobiliarias Nos. 50N20616592 y 50N-20616558, que son objeto de este otro juicio.

En efecto, en ese escrito de réplica se adujo que ‘la demandante autorizó al demandado a utilizar temporalmente los bienes objeto de reivindicación a título de comodato’ (fl. 26, cdno. 1), por lo que ‘es cierto que mi poderdante comenzó a habitar desde octubre de 2012 los bienes...’, y que ‘ha hecho uso de los mismos en calidad de tenedor’ (fl. 27, ib.). Incluso, en ese mismo documento se admitió que el 26 de marzo de 2013, según el acuerdo conciliatorio, ‘el señor Reinaldo Cruz Figueroa en calidad de tenedor, se obliga para con la señora Sandra Liliana Vargas Pérez... a restituir el inmueble ubicado en la carrera 19A No. 103ª-62, apto 203, garaje No. 11 y depósito No. 1 de Bogotá (...), bienes que, insistió mas adelante, ocupa en calidad de tenedor por autorización de la hoy demandante, ‘a título de comodato’ (fl. 41, ib.).

Por tanto, si esas manifestaciones califican como confesión por apoderado judicial -que se presume para la contestación de la demanda (CGP, art. 193)-; (...) y si, como se sabe, la confesión es infirmable (art. 197, ib.), no podía la juez de primer grado considerar que la demanda no cumplía ese requisito formal, puesto que la parte demandante sí anexó prueba que, en principio, da cuenta de la existencia del contrato de comodato que se alega”. (fls. 8 y 9, cdno. 3)

Aunque se alega que la propia demandante, en el juicio reivindicatorio con radicación No. 2016-00501, adujo que “el fin de las partes

nunca fue celebrar un negocio jurídico o contrato de comodato”, no es posible cercenar su afirmación puesto que, a renglón seguido, precisó que “fue claro que mi poderdante le permitiría al demandado habitar en el apartamento por un tiempo mientras su situación económica mejorara”, lo que, en últimas, implica reconocimiento del comodato; incluso, más adelante añadió que, “sin embargo, teniendo en cuenta lo estipulado en el artículo 2200 del Código Civil (...) haciendo una interpretación literal de la norma y el acuerdo de voluntad al que llegaron las partes en el pasado, puede configurarse un contrato de comodato entre las partes, dado que mi poderdante en calidad de propietaria del inmueble lo entregó a título gratuito al demandado, con el fin de que este último, lo usara por un tiempo y se obligara a restituirlo en las mismas condiciones como le fue entregado por la comodante, es decir mi poderdante” (fl.345, cdno. 1).

Luego es claro que la confesión del señor Cruz no fue infirmada; por el contrario, su tenencia la corroboró el acta de conciliación de fecha 26 de marzo de 2013, en cuya cláusula cuarta se apuntó que “El señor Reinaldo Cruz Figueroa en calidad de tenedor, se obliga para con la señora Sandra Liliana Vargas Pérez a restituir el inmueble ubicado en la Carrera 19 A No. 103 A-62 Apto. 203, garaje No. 11 y depósito No. 1 de Bogotá” (fl. 121, cdno. 1).

Por cierto que no es posible sostener, desde ningún punto de vista, que esa confesión no es válida porque el legislador exige -en estos procesos de restitución- acompañar a la demanda una prueba documental del contrato, o confesión hecha en interrogatorio de parte, o declaraciones de terceros, habida cuenta que no se puede confundir un requisito para admitir la demanda, en orden a probar -siquiera en forma sumaria- la legitimación de las partes (CGP, art. 384, num. 1), con las hipótesis de pruebas *ad substantiam actus* o *ad probationem*, que es a lo que se concreta la limitación a la eficacia prevista en el numeral 4° del artículo 191 de esa codificación.

En este caso la tenencia del demandado está probada con la confesión que hizo a través de apoderado en la acción dominical (CGP, art. 193), lo mismo que con el acta de conciliación ya referida. A falta de una, son dos las pruebas que hay. Luego el comodato se probó por boca de su abogado; y si se dijera que no vale y que sólo hay prueba de la tenencia, recuerdese lo que atrás se dijo: el comodato también se presume (CC, art. 2220, inc. 2).

3. Ahora bien, la señora Vargas no desconoció que la restitución quedó condicionada al cumplimiento de ciertas obligaciones, como se desprende del acta de conciliación de 26 de marzo de 2013, en cuya cláusula cuarta se

acotó: “Parágrafo: En caso de incumplimiento en la entrega del inmueble salvo que no se cumpla con las condiciones acordadas por las partes, las mismas acuerdan de manera voluntaria que se dará aplicación al artículo 69 de la ley 446 de 1998.”

Su postura fue otra, pues aunque renegó del apoderado que la representó en ese acto, por un supuesto desbordamiento de las facultades que le otorgó, en la práctica se plegó al convenio, sólo que, según el hecho 3° de la demanda, se configuró una causal que habilitaba la restitución antes del tiempo previsto, “ya que debía asumir arriendos para su propia habitación o domicilio, mientras él, el comodatario, seguía disfrutando de los inmuebles en forma gratuita y sin ni siquiera asumir las expensas de administración y cancelando los servicios públicos fuera de tiempo”.

Y a decir verdad que demostró esa hipótesis normativa (CC, art. 2205, inc. 2, num. 2), pues en el expediente obran contratos de arrendamiento de los que se deduce que la señora Vargas, aunque es dueña de un apartamento, debe solventar su necesidad de vivienda con otros bienes por cuyo uso tiene que pagar (fls. 6 a 15, cdno, 1). Cual si fuera poco, ha tenido que sufragar las cuotas de administración por los bienes que el demandado usa (fls. 4 y 5, cdno. 1) y, además, se encuentra desempleada, como lo señaló en su declaración de parte (min. 56:37; sin que obre prueba en contrario), todo lo cual agrava su situación económica.

En suma, aunque la señora Vargas tiene algo suyo para albergarse o residir, ha tenido que acudir a los bienes de otro para cubrir su requerimiento de habitación; a ese costo le ha tenido que agregar los gastos que van parejos a la propiedad horizontal del bien que el demandado disfruta.

Por tanto, aunque se pueda afirmar que la demandante no probó el cumplimiento de las obligaciones que contrajo en virtud de la conciliación, a ello no le sigue el fracaso de la pretensión porque, se insiste, lo alegado y probado fue que se configuró una causal de restitución “antes del tiempo estipulado” (CC, art. 2205). La discusión del apelante es, entonces, desenfocada.

4. El demandado aduce que hay cosa juzgada y que la jueza se pronunció sobre pretensiones no pedidas. Nada de eso es cierto.

No lo primero porque, como lo precisó este Tribunal Superior en la sentencia proferida en audiencia de 9 de diciembre de 2019, aunque la referida conciliación, “de acuerdo a lo previsto en la ley 640 y en el Código Civil”, hace “tránsito a cosa juzgada, razón por la cual

vincula a las partes, quienes están comprometidas a cumplir lo que allí previeron”, no se puede pasar por alto que “el punto que se está discutiendo, analizada la demanda, no es tanto si venció el plazo, no es tanto si se incumplió el contrato y no es tanto si el negocio es nulo, [pues] lo que la demanda está diciendo, expresamente, es que existen unas situaciones especiales alegadas por la demandante que, según ella, autorizarían la restitución del bien más allá de las condiciones especiales del acuerdo”. (min. 17:30)

Y no lo segundo porque la jueza, en la parte resoltiva de su fallo, únicamente declaró terminado el contrato de comodato y dispuso la restitución. Cosa distinta es que, como parte de sus reflexiones, hubiere adelantado una valoración probatoria de la conciliación, lo que era procedente en la medida en que fue un tema planteado en la demanda y en la contestación.

Luego no prospera la apelación del demandado.

5. Finalmente, en cuanto a la apelación adhesiva, baste decir que en el proceso no hay prueba del daño ni de su cuantía.

En este punto es útil señalar que el juramento estimatorio fue objetado, razón por la cual no hace prueba de la cuantía de los perjuicios, según lo previsto en el artículo 206 del CGP. Y

como el comodato es un préstamo de uso a título gratuito, como se explicó, no es posible afirmar que la falta de restitución ocasionó daño, menos aún si se repara en que la pretensión se abre paso, no porque hubiere vencido el plazo acordado o porque se hubiere configurado la condición a la que se sometió esa obligación, sino porque se presentó una causal especial para la devolución de los bienes.

De allí que la demandante no se pueda remitir a la fecha que se había acordado en la conciliación para cuantificar los supuestos perjuicios, ni al día en que presentó una querrela; si ella misma reclamó el retorno de los bienes por causa de una necesidad imprevista y urgente que le es propia, mal puede reprocharle al demandado que le causó daño.

Y en lo tocante a la cuantificación de las agencias en derecho, se trata de un tema que debe disputarse por la vía señalada en el numeral 5° del artículo 366 de la misma codificación.

6. Puestas de este modo las cosas, se confirmará la sentencia apelada. No habrá condena en costas por la segunda instancia para ninguna de las partes, dado el fracaso de ambas apelaciones.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL – ACTIVIDAD PELIGROSA
MP DR. MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
RADICADO: [110013103035201500595 01](#)

TESIS

Precisamente sobre este punto es útil resaltar que la parte demandada no logró probar que el accidente de tránsito obedeció a un evento de fuerza mayor o caso fortuito, entendido como un hecho imprevisto que no es posible resistir (C.C., art. 64), y menos aún al hecho de un tercero, que desde luego no puede ser el conductor.

ANTECEDENTES

1. Los señores Edwin Alexander Leal Rojas y Jennifer del Pilar Rojas, esta última actuando en nombre propio y como curadora de los menores de edad Carlos Ernesto, Leandro Mauricio Medina Rojas y Santiago González Rojas, solicitaron declarar que los demandados son civil y extracontractualmente responsables por los daños materiales y morales sufridos con ocasión del fallecimiento de la señora Blanca Nieves Rojas Lozano y, por ende, se les condene a pagar los perjuicios, así:

a. Por concepto de lucro cesante presente y futuro: para Edwin Alexander Leal Rojas, \$5'312.500 y \$20.937.000; para Carlos Ernesto Medina Rojas, \$5.312.500 y \$39.687.500; y para Leandro Mauricio Medina Rojas, \$5.312.500 y \$47.187.500, en su orden.

b. Por concepto de daño moral, la suma

equivalente a mil (1000) SMLMV para la fecha de la sentencia, para cada uno.

En el caso de la aseguradora, pidieron condenarla a pagar el valor por el cual sean condenados los otros demandados, hasta el límite del valor asegurado.

También reclamaron que las referidas sumas sean indexadas, desde la fecha del accidente de tránsito hasta la sentencia.

Subsidiariamente solicitaron una declaración de responsabilidad civil contractual, para el resarcimiento de los mismos perjuicios y por idénticos valores.

2. Para sustentar sus pretensiones, los demandantes, quienes son hijos y uno de ellos -Santiago- nieto de la señora Blanca Nieves

Rojas Lozano, adujeron que el 29 de abril de 2014, en la vía Ibagué – Mariquita (Km. 38+80), localidad de Venadillo (Tolima), se presentó un accidente de tránsito en el que ella perdió la vida, mientras era transportada como pasajera del vehículo de placas SAK 497, de propiedad de la sociedad Alfonso Parra Páez y Cia. S. en C., afiliado a Transportes Rápido Tolima S.A.

Agregaron que el automotor era conducido por Hugo Andrey Jaramillo y que el accidente se ocasionó por exceso de velocidad y falta de precaución, pues no supo maniobrar en una situación de riesgo, por lo que terminó colisionando con unos árboles, saliéndose de la capa asfáltica. Acotaron que, como consecuencia del lamentable suceso, quedaron desamparados económica y moralmente, y que la señora Rojas, con trabajo informal, recibía unas ganancias mensuales de aproximadamente \$1'250.000, con la cual mantenía a su familia.

3. Notificados del auto admisorio, todos los demandados se opusieron a las pretensiones. La Equidad Seguros Generales O.C. planteó, a manera de defensa, las excepciones de mérito

que denominó: “régimen de responsabilidad civil extracontractual derivado del fallecimiento de la señora Blanca (q.e.p.d.)”; “diligencia y cuidado”; “ausencia de responsabilidad por ruptura del nexo causal – causa extraña”; “tasación excesiva de los eventuales perjuicios” y “disponibilidad del valor asegurado”. (fls. 134 a 143)

Transportes Rápido Tolima S.A. alegó la “inexistencia de prueba de perjuicios” e “inexistencia de nexo causal” (fls. 160 a 164); igualmente, llamó en garantía a La Equidad Seguros Generales O.C.

La sociedad Alfonso Parra Pérez & Cia S. en C. esgrimió la “inexistencia de pruebas de perjuicios”; “inexistencia de responsabilidad de los demandados” e “inexistencia de nexo causal” (fls. 174 a 178); también llamó en garantía a La Equidad Seguros Generales O.C.

Finalmente, la curadora *ad litem* del señor Jaramillo adujo la “inexistencia de responsabilidad por parte del conductor”, “inexistencia de responsabilidad extracontractual” e “inexistencia de perjuicios”.

EL RECURSO DE APELACIÓN

1. La parte demandante alegó que la condena por daño moral no resarce el dolor causado a los demandantes por el fallecimiento de la señora Rojas; que se omitió un pronunciamiento sobre la indexación de las condenas; que la impuesta por lucro cesante futuro desconoció el principio de acrecimiento, pues el cálculo para los hijos menores de la señora Rojas debía ser modificado, para aumentarlo, a medida que cada uno alcance la edad de sostenimiento, y que el accidente de tránsito que desencadenó la responsabilidad de los demandados afectaba el amparo por muerte o lesiones a dos o más personas, con un límite de 80 SMLMV para cada una de las víctimas.

2. La aseguradora sostuvo que la sentencia era desacertada, pues dio por demostrado el nexo causal, sin estarlo; desconoció que la póliza de responsabilidad civil contractual No.

AA002322 nunca fue allegada al proceso, y valoró indebidamente las condiciones de la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. AA002321, especialmente en lo que tiene que ver con sus exclusiones, dado que el vehículo era conducido por un tercero. Finalmente, condideró que el fallo no tuvo en cuenta que la Fiscalía archivó la investigación por “hecho atípico”.

3. Por su parte, Transportes Rápido Tolima S.A. y la curadora *ad-litem* de Hugo Andrey Jaramillo Salazar coincidieron al aducir que se desconoció el valor probatorio del informe policial, junto con el croquis del accidente, los cuales evidencian la ruptura del nexo causal y el eximente de responsabilidad; también censuraron que se omitió reparar en el archivo de la investigación penal, que es una decisión vinculante.

ANÁLISIS DE LA SALA

1. Es asunto averiguado que quien causa un daño a otro debe resarcirlo, y que, si se origina en el ejercicio de una actividad peligrosa, a la víctima le basta probar el perjuicio que se le ocasionó y su nexo causal con la conducta desplegada por su demandado, para que se abra paso la pretensión indemnizatoria, toda vez que, en esa hipótesis, debe presumirse la culpa por un daño que es imputable a la negligencia, impericia o imprudencia de otra persona. Así lo establecen los artículos 2341 y 2356 del

Código Civil.

Sobre ese particular la Corte Suprema de Justicia ha precisado que:

“La Corporación de modo reiterado tiene adoptado como criterio hermenéutico el de encuadrar el ejercicio de las actividades peligrosas bajo el alero de la llamada presunción de culpabilidad en cabeza de su ejecutor o del que legalmente es su titular, en

condición de guardián jurídico de la cosa, escenario en el que se protege a la víctima relevándola de demostrar quién tuvo la responsabilidad en el hecho causante del daño padecido cuyo resarcimiento reclama por la vía judicial, circunstancia que se explica de la situación que se desprende de la carga que la sociedad le impone a la persona que se beneficia o se lucra de ella y no por el riesgo que se crea con su empleo. El ofendido únicamente tiene el deber de acreditar la configuración o existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y la conducta del autor, pudiéndose exonerar solamente con la demostración de la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o la intervención de un tercero”.

También es pacífico que si dos o más personas le infieren un daño a otra, suyo es el deber de responder solidariamente frente a la víctima por los perjuicios que le hayan ocasionado (art. 2344 C.C.), quedando sus patrimonios comprometidos al pago de la indemnización, hasta tanto se haya producido la reparación integral del detrimento causado, siendo claro que, en estos casos, “la solidaridad legal que consagra el artículo 2344 del Código Civil y por la cual se ata a varias personas cuando todas ellas concurren a la realización del daño, sin importar la causa eficiente por las que se les vincula como civilmente responsables..., tiene como único objeto garantizarle a ella *-la víctima-* la reparación íntegra de los perjuicios”, evento en el cual se “le otorga la posibilidad de reclamar todos o de cada uno de ellos el pago de la correspondiente indemnización, y para el efecto cuenta entonces con varios patrimonios para hacerla efectiva, de acuerdo con lo que más convenga a sus intereses”.

Es por eso que, tratándose del daño causado en ejercicio de actividades peligrosas, como la conducción de automotores, no solo está llamado a responder por los perjuicios ocasionados el autor material del hecho (conductor), sino también la persona que ejerce la administración del vehículo (como sucede, por regla, con la empresa de transporte a la que se encuentra afiliado) y, en general, quien tenga la calidad de guardián (la que se presume en el propietario), pues la responsabilidad comprende no sólo el daño por el hecho propio de la persona, “sino también por el hecho de las cosas que le pertenecen o que sobre ellas ejerza, de cualquier modo, la dirección, control y manejo, como cuando a cualquier título se detenta u obtiene provecho de todo o parte del bien mediante el cual se realizan actividades caracterizadas por su peligrosidad”, como es el caso de las empresas de transporte, que constituyen, “por definición, una unidad de explotación económica permanente, con los equipos, instalaciones, y órganos de

administración adecuados para efectuar el acarreo de personas o de bienes de un lugar a otro”, al punto que “la ejecución del servicio público de transporte únicamente se presta a través de las mismas, efectuándose dicho servicio bajo su control y responsabilidad” (se subraya).

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que:

“... como las sociedades transportadoras, en cuanto afiliadoras para la prestación regular del servicio a su cargo, independientemente de que no tengan la propiedad del vehículo respectivo, ostentan el calificativo de guardiana de las cosas con las cuales ejecutan las actividades propias de su objeto social, no sólo porque obtienen el aprovechamiento económico como consecuencia del servicio que prestan con los automotores así vinculados sino debido a que, por la misma autorización que le confiere el Estado para operar la actividad, pública por demás, son quienes de ordinario ejercen sobre el automotor un poder efectivo de dirección y control, dada la calidad que de tenedoras legítimas adquieren a raíz de la afiliación convenida con el propietario o poseedor del bien, al punto que, por ese mismo poder que desarrollan, son las que determinan las líneas o rutas que debe servir cada uno de sus vehículos, así como las sanciones a imponer ante el incumplimiento o la prestación irregular del servicio, al tiempo que asumen la tarea de verificar que la actividad se ejecute previa la reunión integral de los distintos documentos que para el efecto exige el ordenamiento jurídico y las condiciones mecánicas y técnicas mediante las cuales el parque automotor a su cargo debe disponerse al mercado.

(...)

En este orden de ideas, es palmario que cuando como consecuencia de la realización de la actividad de transporte, como el instrumento mediante el cual ese servicio es cumplido, se ejecuta un hecho que causa daño a otros, la acción a través se reclame la reparación de la consiguiente indemnización puede intentarse involucrando como contradictor, a parte de otras personas como, *verbi gratia*, al conductor o al propietario, únicamente a la compañía transportadora en la cual el vehículo se hallaba afiliado para la época del accidente, pues, por efecto del principio de solidaridad que campea en la materia, del que trata el artículo 2344 del Código Civil, al decir que si un hecho como el que involucra este proceso ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo, ‘la víctima o acreedor queda facultado para exigir la totalidad del crédito respecto de todos los deudores solidarios conjuntamente, o igualmente por la

totalidad contra cualquiera de ellos, a su arbitrio, sin que éstos puedan oponerle el beneficio de la división' (G.J. t. CLXXX, pág. 280)”

2. En el caso que ocupa la atención de la Sala, fue probado que:

a. La señora Blanca Nieves Rojas era pasajera del bus de placas SAK 497, afiliado a Transporte Rápido Tolima S.A., en la ruta Ibagué – Mariquita, vía que, para el día del accidente -ocurrido el 29 de abril de 2014, a las 5:15 am-, presentaba el suelo húmedo como consecuencia de una lluvia intensa, sin contar con iluminación artificial.

b. Dicho vehículo era conducido a una alta velocidad por Hugo Andrey Jaramillo Salazar, pese a que el conductor contratado por la transportadora era Cristian Jaramillo Salazar, quien también se hallaba en él.

c. Como consecuencia de ese accidente, la señora Blanca Nieves Rojas perdió su vida, quedando huérfanos sus hijos Jennifer del Pilar Rojas, Edwin Alexander Leal Rojas, Carlos Ernesto y Leandro Mauricio Medina Rojas, y sin abuela Santiago González Rojas.

Estos hechos quedaron demostrados con el informe policial que da cuenta del accidente (fls. 5 y 6), las declaraciones de la representante legal de Rápido Tolima S.A. y de Jennifer del Pilar Rojas, el registro de defunción de Blanca Nieves Rojas (fl. 13) y los registros civiles de nacimiento de los demandantes (fls. 14 a 18).

Precisamente por su importancia para el entendimiento de la forma como sucedieron los hechos, es útil traer a colación el relato que hizo la señora Jennifer Rojas ante el juez de primer grado, a la que el Tribunal le otorga credibilidad por ser testigo directo, su versión responsiva, exacta y completa, y porque la exposición no tiene visos de parcialidad:

“El 29 de abril del 2014, mi madre y yo, Blanca Nieves Rojas Lozano, nos dieron la noticia de que pues el papá de los niños menores de edad, Leandro Mauricio Medina, Carlos Ernesto Medina, había fallecido en Melgar, Tolima. Mi señora madre, Blanca Nieves Rojas Lozano, me llama y me dice ‘toca a ir a Melgar, Tolima por los niños’. Nosotros cogimos... fuimos a la empresa Velotax a esperar porque pues no había transporte y nos dijo el señor que venía un bus en la vía Medellín. El señor llegó a las dos de la mañana, a nosotros nos subieron en una ‘busetica’ y nos dejaron en la Melisa y nos subieron a la Rápido Tolima. Eso era tipo dos de la mañana. Pagamos nuestro tiquete al conductor. Nos ubicamos en la mitad, en la mitad del bus, yo en la parte derecha del vidrio

y mi mamá en la izquierda de parte del pasillo. En ese momento ya empezó a llover. Mi madre me dice que le diga al señor del bus que le baje al aire, porque ya tenía frío. (...) tipo cuatro de la mañana el bus... empezó la lluvia, una lluvia muy fuerte, el señor iba a mucha velocidad, yo empecé a sentir que el bus me iba moviendo, cuando de repente escuché el primer golpe, donde en el golpe yo escuché a mi mamá cuando gritó y el bus siguió haciendo... Si me permite saco para hacer mejor la explicación, tengo unas fotografías [*en este momento utilizó unas imágenes del lugar donde ocurrieron los hechos y un bus de juguete*]. Esta es la recta donde íbamos, que esto es Ambalema, Tolima, porque pues es la vía Ambalema- Tolima. El bus venía así [*enseñó con el bus de juguete*], ya el bus a mi me movía, entonces, cuando siento fue que el bus... el golpe pegó acá a este árbol cuando... ahí fue donde mi madre pegó el grito, pero el bus no quedó ahí, el bus siguió dando... coleando, coleando, tratando pues de que el bus no se volteara, ¿por qué?, porque los golpes que me daba el bus era sobre el vidrio a mi cabeza por la parte de este lado del bus [*señaló el lado izquierdo del bus de juguete*], donde íbamos aquí en la mitad, mi madre cuando... estaba acá [*señaló la parte trasera izquierda del bus de juguete*]. Mi cabeza pegaba contra el vidrio cuando el bus hacia esto [*movió el bus de juguete de un lado a otro*]. El bus vino a aterrizar a unos metros que queda en esta palma [*enseñó una fotografía del lugar*]; quedó así [*imitó el lugar en donde quedó el bus en la fotografía utilizando el bus de juguete*], así de cola contra el pastel”. (desde el minuto 53:23)

De manera, pues, que este proceso versa sobre una mujer que se dirigía a recoger a sus menores hijos Carlos Ernesto y Leandro Medina Rojas, tras el fallecimiento, el día anterior, de su expareja y padre de los niños; ella, Blanca Nieves, siendo madre encontró la muerte tras la muerte de aquel, lo que, sin duda, le generó perjuicio a su descendencia, no sólo en términos afectivos sino también económicos, pues en el proceso igualmente se demostró que ella les brindaba ese tipo de soporte.

Y no se diga que el proceso carece de prueba de un acto de imprudencia, negligencia o impericia del conductor del vehículo en el que Blanca Nieves viajaba como mera pasajera, por lo mismo pasiva respecto de esa actividad y sometida -en un todo- a la destreza del cochero, pues, como fue señalado en párrafos anteriores, en estos eventos la culpa se presume, correspondiéndole a la parte demandada demostrar una causa extraña para romper el nexa causal.

3. Precisamente sobre este punto es útil resaltar que la parte demandada no logró probar que el

accidente de tránsito obedeció a un evento de fuerza mayor o caso fortuito, entendido como un hecho imprevisto que no es posible resistir (C.C., art. 64), y menos aún al hecho de un tercero, que desde luego no puede ser el conductor.

En efecto, es cierto que el croquis del informe policial plantea que una de las hipótesis del accidente es “obstáculo en la vía árbol”; el dibujo así lo muestra; sin embargo, esa anotación no permite concluir, por sí sola, que se trató de la causa adecuada del accidente, no sólo porque no existe claridad sobre la posición del árbol en la calzada, el lugar en el que se encontraba antes del accidente y su tamaño, sino también porque, ello es medular, las condiciones de la vía que el propio croquis revela y que relató la señora Rojas, le imponían al conductor el deber de obrar con extrema prudencia, lo que resulta incompatible con la velocidad a la que transitaba. Al fin y al cabo, el artículo 74 del Código Nacional de Tránsito establece que los conductores “deben reducir la velocidad a treinta (30) kilómetros por hora ... cuando se reduzcan las condiciones de visibilidad”, supuesto que precisamente se presentó en este caso, dado que, como se refirió en líneas anteriores, el accidente ocurrió en horas de la madrugada, mientras llovía, sin que la vía contara con iluminación artificial; más aún, si la vía estaba húmeda, se imponía extremar el deber de prudencia ante eventuales problemas en la aplicación de los frenos, por la disminución en la adherencia de los neumáticos al suelo. Son cosas que enseñan las máximas de la experiencia y el sentido común.

No se olvide que el caso fortuito impone “acreditar que la situación resulta completamente externa o exterior al sujeto que la padece, de tal manera que no tenga control, o pueda achacarse alguna injerencia en su ocurrencia”, circunstancia que no se acreditó en el proceso; luego el conductor del vehículo, de haber conducido a una velocidad razonable en una vía que es recta, como aparece en el informe policial, habría podido observar a tiempo el obstáculo que ella presentaba. Por eso se descarta la hipótesis de que el árbol pudo ser la causa del accidente.

Menos aún se puede afirmar que todo obedeció al hecho de un tercero, so pretexto de que el conductor del vehículo no era la persona autorizada por la empresa de transporte, la cual, como administradora que tiene el deber de vigilancia, control y cuidado de los automotores que utilizan para la conducción de personas y de cosas, asume una posición jurídica de guardianas del bien, por lo mismo responsable directa del daño cuyo resarcimiento se pretende, con independencia de quién lo conduzca, máxime si fue su propio conductor quien dio la dispensa para que otro

lo dirigiera.

4. De otra parte, cumple destacar que la pretensión indemnizatoria no se frustra por la decisión de archivar la actuación penal adelantada a propósito del accidente de tránsito, en la medida en que ella no tiene efectos de cosa juzgada en esa materia, como lo precisa el artículo 80 del CPP, al señalar que en modo alguno se afecta “la acción civil derivada del injusto...”.

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

“[...] no toda decisión que se contrae a evaluar una actuación procesal está llamada a constituir cosa juzgada; sólo lo será aquella que asuma de fondo la responsabilidad de una persona frente a unos hechos delictivos y, a su vez, que la defina o consolide en uno u otro sentido. Ese talante, lo podrían comportar la preclusión de la investigación y la sentencia. Cuando se valoran las pruebas de las diligencias procesales y esa labor deja de abarcar el aspecto subjetivo de la conducta para concentrarse únicamente en el de naturaleza objetiva, pero aun así se decide no continuar la actuación, al menos temporalmente, que es lo que sucede con el archivo de la investigación previsto en artículo 79 de la Ley 906 de 2004, en manera alguna dicha decisión puede hacer tránsito a cosa juzgada, ya que no se evaluó el tópico mencionado, pero además, porque la norma prevé que se puede reanudar”

Igualmente, la misma Corporación ha reconocido que:

“La fuerza de cosa juzgada que se reconoce a ciertos pronunciamientos de los jueces penales en lo que concierne a la acción criminal, sobre el proceso civil indemnizatorio, no surge de la simple aplicación de los principios que gobiernan el instituto de la cosa juzgada en materia civil, pues las diferencias que ontológicamente caracterizan la actividad jurisdiccional en uno y otro proceso, determinadas fundamentalmente por el bien jurídicamente tutelado, descartan la coincidencia de los elementos procesales en los cuales subyace el instituto mencionado.”

Por consiguiente, este argumento no es útil para revocar o modificar el fallo recurrido.

5. En lo que concierne a La Equidad Seguros Generales, es cierto que el juez se equivocó al afectar la póliza No. AAA002322, relativa a la responsabilidad contractual, pues las súplicas que salieron avantes tienen soporte en la responsabilidad extracontractual. En ese punto, se modificará el fallo apelado.

Sin embargo, la decisión condenatoria del juez frente a la aseguradora será confirmada, por las

siguientes razones:

a. En primer lugar, la póliza No. AA002321 incluye el amparo por lesiones o muerte de una persona hasta por 80 SMLMV, sin deducible (fl. 124).

b. En segundo lugar, porque si bien es cierto que en la hoja número 2 de las condiciones generales de la póliza aparece como causal de exclusión “La conducción del vehículo asegurado por personas no autorizadas por el asegurado, inclusive cuando esta conducción se realice con ocasión de una apropiación indebida o por hurto” (2.11), no lo es menos que esa estipulación resulta ineficaz, pues contraviene lo dispuesto en los artículos 44 de la ley 45 de 1990 y 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que establecen como requisito de las pólizas que “los amparos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza”.

Sobre el punto, la Corte Suprema de Justicia señaló que:

“[Los artículos 44 de la ley 45 de 1990 y 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero] son claros al exigir como requisito que ‘los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza’, cualquier otra interpretación que desconozca el tenor literal de esas disposiciones se erige en una arbitrariedad. Al respecto, se ha aclarado que el marco legal que regula el tema de las exclusiones en las pólizas de seguro es de naturaleza pública y, por tanto, de obligatorio cumplimiento, lo que vicia de ineficacia las estipulaciones de los contratos de seguro que se celebren con desconocimiento de tales formalidades.”

Incluso, aunque se aceptara la postura según la cual es suficiente que las exclusiones comiencen en la primera página, pudiéndose completar en la siguiente, en este caso tales exclusiones principian en la página 2 de las condiciones generales, por lo que no hay modo de otorgarles eficacia.

Y como en el proceso no se acreditaron pagos por lesión o muerte a otra persona, fue correcta la decisión de condenarla con esa limitación de 80 SMLMV, como valor asegurado, al que se adicionan las costas, como lo precisa el mismo contrato.

6. Finalmente, en lo que concierne a la cuantificación del daño, que es el eje central del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, es útil recordar que para justipreciar el perjuicio moral la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que:

“[P]ara la valoración del *quantum* del daño moral en materia civil, estima apropiada la determinación de su cuantía en el marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador.”

Precisamente en casos en los que se pretende la indemnización por la muerte de un familiar cercano, la misma jurisprudencia ha establecido pautas para su tasación, fijando la suma de \$60'000.000 (entre ellas las sentencias de 30 de septiembre de 2016 (SC13925-2016), 29 de noviembre de 2016 (SC15996-2016) y 7 de marzo de 2019 (SC665-2019), puesto que los parámetros de la ley penal corresponden a esa especialidad y juicio, más no a los asuntos típicamente civiles.

Por tanto, teniendo en cuenta la gravedad del perjuicio causado a los hijos de la señora Blanca Nieves Rojas y las circunstancias en las que ocurrió su fallecimiento, se condenará al pago de \$60'000.000 por concepto de daño moral, para cada uno de ellos, y para el nieto la suma de \$15'000.000. En este sentido, se modificará la respectiva condena.

Y en lo que atañe al acrecimiento del lucro cesante, la Sala no encuentra que en este caso deba concederse, pues no existe manera de afirmar, sin prueba alguna (y en este caso no la hay), que cuando cesa la obligación alimentaria de la madre respecto de uno de sus hijos, los demás, por ese sólo hecho, tienen derecho a que la parte de aquél se sume a la suya. Por el contrario, si la obligación de sostenimiento tiene soporte en que los alimentos deben ser congruos y necesarios, no habiéndose demostrado en el proceso que sería indispensable un valor mayor para los demás hijos, a medida que cada uno de ellos alcance la edad de valía por sus propios medios, lo propio es afirmar que los padres, en general, a medida que van cumpliendo con las obligaciones para con sus hijos, destinan esos nuevos excedentes en la satisfacción de sus necesidades propias, o al disfrute de los placeres de la vida, justamente aquellos que no pudieron atender por darse a sus hijos, lo que en este caso equivale a significar que la señora Blanca Nieves Rojas, a medida que sus hijos se procuraran una fuente de ingresos, tendría mayor solvencia para sus requerimientos personales.

Finalmente, en cuanto a la indexación requerida, la Sala no accederá a esa solicitud en la forma solicitada, porque la cuantificación del lucro cesante se hizo con fundamento en el salario mínimo legal y su determinación partió

de fórmulas matemáticas que consideran los valores actualizados. Y en cuanto al daño moral, la estimación se hizo a la fecha, por lo que sólo en caso de no pago dentro de la oportunidad señalada por el juez, tales valores deberán reconocerse junto con los intereses moratorios civiles.

7. En suma, se confirmarán los pronunciamientos de la sentencia sobre las

excepciones propuestas por los demandados, la declaración de responsabilidad extracontractual, el llamamiento en garantía y la condena en costas de primera instancia. Se modificará para aumentar las condenas por daño moral, incluir la indexación de no mediar pago oportuno y excluir la afectación de la póliza AAA002322.

NULIDAD ABSOLUTA FIDEICOMISO
MP DR. MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
RADICADO: [11001310304320180017603](#)

TESIS

... Lo que establece la ley es que la propiedad de un bien del que sólo se es poseedor fiduciario, no se puede embargar por los acreedores del fiduciario; eso es todo. Pero en parte alguna señala que esa propiedad fiduciaria no puede ser objeto de medida cautelar, bien por acreedores del fiduciante (en ciertas hipótesis), bien por acreedores del fiduciario.

ANTECEDENTES

1. El señor Diego Sánchez Sánchez solicitó declarar la nulidad absoluta de la escritura pública No. 1099 de 30 de abril de 2014, otorgada en la Notaría 19 de Bogotá, por medio de la cual Jiarong Sui y Danying Jiang constituyeron un fideicomiso sobre el 55% del inmueble ubicado en la Av. Calle 72 No. 27C-19, identificado con la matrícula No. 50C-1097191, lo mismo que sobre el vehículo de placas RAO371, por carecer de consentimiento, causa y precio.

Subsidiariamente, pidió que se declare la simulación absoluta de la fiducia civil.

2. Para soportar sus pretensiones, el señor Sánchez alego ser el propietario y poseedor del inmueble colindante, ubicado en la Av. Calle 72 No. 27C-27 de la ciudad, al que se le han generado daños por unas obras de construcción que los demandados vienen desarrollando en su predio, con infracción de normas urbanísticas, lo que dio lugar a una actuación administrativa que adelantó la Alcaldía local de Barrios Unidos y que concluyó con la imposición de una sanción pecuniaria.

Agregó que el 30 de abril de 2014, Simón Sui Jiang le vendió a su padre Jiarong Sui el 15% de los derechos de dominio que tenía sobre el primero de los referidos inmuebles, como consta en la escritura pública No. 1098, autorizada en la notaría 19, y en esa misma fecha se otorgó el instrumento público que ahora se impugna, con el número siguiente (1099), por el cual se constituyó una fiducia en la que Jiarong Sui y Danying Jiang fungieron como fideicomitentes, Shuen Simón Sui Jiang, como fiduciario, y Wa Julianne Sui Jiang como

fideicomisaria o beneficiaria.

Expresó que esta escritura es nula porque (i) al momento de la constitución de la fiducia pesaba sobre el predio la medida de “sellamiento” decretada por la Alcaldía local de Barrios Unidos; (ii) en varias de sus cláusulas las partes se anuncian como ciudadanos colombianos, sin serlo, incurriendo así en falsedad y fraude procesal; (iii) no se relacionaron correctamente los linderos del predio, como lo ordena el artículo 31 del Decreto 960 de 1970; (iv) es “falsa” la cuantía consignada, pues no guarda proporción con el avalúo de los bienes; (v) existe imprecisión en cuanto a la calidad en la que actúa Shuen Simon Siu Jiang, pues figura como fideicomisario y fiduciario, lo que constituye una causal de terminación del fideicomiso; (vi) al referirse a la escritura pública No. 1098, se estipuló una fecha que no corresponde a la de su verdadero otorgamiento; (vii) no se ha registrado en las oficinas correspondientes (art. 231 de la ley 223 de 1995); y (viii) se evidencia un desconocimiento de las reglas que gobiernan la constitución de un fideicomiso.

Finalmente, adujo que tiene interés legítimo para pedir la nulidad, porque con esa declaración se abre paso una medida cautelar en el proceso de responsabilidad civil que adelantará contra los demandados, para el resarcimiento del daño causado, pues mientras subsista el fideicomiso los bienes son inembargables, afectándose sus intereses económicos.

3. Los demandados no contestaron tempestivamente la demanda.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El señor Sánchez pidió revocar la sentencia,

porque el juez valoró indebidamente el

material probatorio. Así, en cuanto al interrogatorio practicado a Danying Jiang, el juzgado ignoró que ella reconoció no saber leer el español, de lo que no quedó constancia en la escritura; además, reconoció que la constitución del fideicomiso se hizo a favor de uno sólo de sus hijos, por lo que no se trató de un acto de buena fe.

Señaló que el juez omitió que Simón Sui Jiang reconoció que no tenía ingresos para venderle a su padre, lo cual reafirma que el señor Jianrong Sui utilizó a sus hijos para celebrar negocios dirigidos a defraudar y evadir sus responsabilidades.

En relación con la falta de legitimación en la causa, adujo que le asistía derecho por cuanto es el propietario de la vivienda contigua a la edificación que los demandados construyeron, generándole daños, de suerte que si no se

declara la nulidad de la fiducia se afectará la garantía a la que tiene derecho, pues no es cierto que los bienes permanezcan bajo el dominio del señor Jianrong, por lo que no puede imponerse sobre ellos una medida cautelar, como lo ha conceptualizado la DIAN, al tratarse de dos personas diferentes el constituyente y el fiduciario. Además, la nulidad se configuró porque, de un lado, se desconocieron los presupuestos del negocio, y del otro, el documento contiene inconsistencias y errores insubsanables.

Finalmente, además de reprochar la condena en costas, alegó que el juzgado omitió darle importancia a la falta de contestación de la demanda, documento en donde “fueron los mismos demandados quienes dieron claridad de que efectivamente se cometieron irregularidades tanto al momento de suscribir la escritura, como en el mismo documento”.

ANÁLISIS DE LA SALA

1. No se controvierte que la nulidad absoluta puede solicitarse por “todo el que tenga interés en ello”, como tampoco que “debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato”, puesto que así lo establece el artículo 1742 del Código Civil, que ha sido objeto de prolija y constante interpretación por la Corte Suprema de Justicia, cuya jurisprudencia enseña que,

“En materia contractual, no puede afirmarse que el asunto de la legitimación *ad causam* está regido por la aplicación con carácter absoluto del principio de la relatividad de los contratos, cuya esencia se consigna en el conocido aforismo romano ‘*res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest*’; de hecho, tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen que ‘en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo’ (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01); de modo que su incumplimiento, los vicios en su formación, el ocultamiento real de los contratantes y el desequilibrio en su contenido prestacional, alcanza y afecta patrimonialmente a sujetos diferentes a los contratantes. No son ellos los terceros absolutos o *penitus extranei*, que son totalmente extraños al contrato y no guardan nexo alguno con las partes, por lo que aquel ni les perjudica ni les aprovecha, sino los terceros relativos, de quienes se predica una vinculación jurídica con los contratantes por cuanto ese pacto que les irradia derechos y obligaciones, categoría dentro de la cual se encuentra el acreedor, toda vez que el patrimonio de su deudor constituye prenda general de garantía, de ahí que puede solicitar la declaración de certeza aparejada a la acción

a fin de que se revele la realidad del negocio celebrado o que no existió ninguno”. (SC16669-2016, radicado 11001310302720050066801)

Luego la Sala tiene claro que, amén de las partes que intervinieron en el respectivo negocio jurídico, también pueden demandar la nulidad absoluta aquellos terceros que sean titulares de un derecho cuyo ejercicio se encuentre impedido o perturbado por el acto vicioso, quienes, por ende, tienen la carga de acreditar un interés directo, serio y actual.

Precisamente en torno de este presupuesto, la misma Corte ha puntualizado que, “en los casos en que la ley habla del interés jurídico para el ejercicio de una acción, debe entenderse que ese interés venga a ser la consecuencia de un perjuicio sufrido o que haya de sufrir la persona que alega el interés (...)”, razón por la cual “es preciso que se hieran directa, real y determinadamente los derechos del que se diga lesionado (...)”, lo que se traduce en que “el derecho de donde se derive el interés jurídico debe existir, lo mismo que el perjuicio, al tiempo de deducirse la acción, porque el derecho no puede reclamarse de futuro”

2. En el asunto que ocupa la atención de la Sala, el demandante parte de un presupuesto equivocado para justificar su interés -que desde luego no reposa en su sólo condición de propietario del predio colindante al de los demandados-, pues no es cierto que, en este específico caso, el inmueble y el vehículo sobre los cuales se constituyó la fiducia civil sean inembargables, como se afirma con soporte en una incorrecta interpretación de la ley que, por ende, ni quita ni pone derecho.

Si bien es cierto que el numeral 8° del artículo 1677 del Código Civil establece que no es embargable “la propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente” (se subraya), también lo es que esa norma no es más que la aplicación, para el caso del fideicomiso civil, de la regla prevista en el artículo 2489 de la misma codificación, conforme a la cual “sobre las especies identificables que pertenezcan a otras personas por razón de dominio, y existan en poder del deudor insolvente, conservarán sus derechos los respectivos dueños, sin perjuicio de los derechos reales que sobre ellos competen al deudor...”

Luego la primera de dichas normas dice una cosa que es bastante obvia, habida cuenta que al fiduciario que es deudor incumplido sus acreedores no le pueden embargar una propiedad plena que no tiene. Expresado con otras palabras, si la suya es una propiedad fiduciaria, esto es, aquella “que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición” (CC, art. 794), mal puede embargarsele un dominio absoluto del que carece, porque la adquisición de éste depende de una condición fijada por el constituyente. De allí que la norma, con elocuente expresión, se refiera a un bien que el deudor *posee fiduciariamente*, resaltando así que si esta es su calidad respecto de la cosa, ni modo de embargarle la propiedad absoluta.

A riesgo de incurrir en tautología, resaltemos que si una persona funge como propietario y poseedor fiduciario en un fideicomiso civil, sus acreedores -se insiste, los del fiduciario- no pueden embargar el dominio de ese bien porque la suya es una propiedad fiduciaria, no la propiedad plena, rectamente entendida, en la medida en que está sujeta, para él, a una condición resolutoria (cumplido el hecho futuro y contingente previsto por el fiduciante o constituyente, se extingue su derecho), y para el fideicomisario -que sólo tiene una mera expectativa (CC, art. 820), a una condición suspensiva (tras verificarse, adquirirá el derecho de dominio), lo que explica, entre otras cosas, que si aquella se enajena debe mantenerse indivisa y sujeta al gravamen de restitución (art. 810, ib.), es decir, a la obligación de trasladar la propiedad absoluta al beneficiario (art. 794, inc. 4, ib.); y aunque no hay más derecho real que el suyo, el atributo de disposición (y en muchas ocasiones el de goce) está bien -y hartamente- limitado por el gravamen, por lo que ese dominio no es completo.

Más aún, a esa norma del artículo 1677 del Código Civil no le sigue, ni siquiera, que la propiedad fiduciaria sea inembargable o que los acreedores del constituyente no puedan perseguir el bien en determinados casos, como lo han puntualizado la doctrina y la jurisprudencia. Lo que establece la ley es que

la propiedad de un bien del que sólo se es poseedor fiduciario, no se puede embargar por los acreedores del fiduciario; eso es todo. Pero en parte alguna señala que esa propiedad fiduciaria no puede ser objeto de medida cautelar, bien por acreedores del fiduciante (en ciertas hipótesis), bien por acreedores del fiduciario.

Así, el profesor Luis Claro Solar puntualiza que “Es evidente, por tanto, que los acreedores del fiduciario pueden embargarle la propiedad fiduciaria del fideicomiso; y que no pueden embargarle la propiedad absoluta porque no la tiene...” (se subraya), para luego citar un ejemplo traído a colación por Don Andrés Bello: “Antonio tiene en propiedad fiduciaria una hacienda que debe pasar a sus hermanos, si fallece sin hijos. En virtud de la insolvencia del fiduciario, se subroga el concurso en el ejercicio de todos los derechos de Antonio sobre la hacienda, y percibe por tanto los frutos” Por eso, en la hora actual, existe una norma como el numeral 2° del artículo 593 del CGP.

El mismo autor, tras reconocer que la enajenación de la propiedad fiduciaria preserva el gravamen de restitución (CC, art. 810), aclara que esa regla se refiere “a las enajenaciones que voluntariamente haga el fiduciario, no a las que se efectúen a consecuencia de un embargo de acreedores por deudas del constituyente que afectaban la herencia fiduciaria o por gravámenes que el constituyente había establecido sobre los bienes del fideicomiso...” (se subraya)³, con lo cual evidencia, desde otra perspectiva, que no es posible sostener que los bienes fideicomitidos se tornan inembargables por la mera constitución de la fiducia (por eso una cláusula en tal sentido no da lugar a la inembargabilidad), sino que al propietario fiduciario no se le puede embargar un dominio que no está en su patrimonio. Así de simple.

La propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, con otro miramiento, ha reconocido que la inembargabilidad en cuestión “**no se dispuso respecto de la propiedad fiduciaria, como concepto abstracto, sino frente a los bienes ‘que el deudor posee fiduciariamente’**, esto es, aquellos en los que la relación jurídica entre un activo y el titular de derechos reales solo puede explicarse a partir de un negocio fiduciario; únicamente en ese evento la restricción sería útil y armónica con los postulados del derecho privado” (se resalta). Y en este orden de ideas, resaltó que la previsión del artículo 1677 del Código Civil “no está exenta de polémica, al menos en un puntual evento: si fiduciante y fiduciario son la misma persona...”, caso en el cual edificó una subregla jurisprudencial: “(i) puede constituirse un fideicomiso civil sin designar

un fiduciario, de modo tal que ese papel lo ocupe el mismo fiduciante (de acuerdo con el artículo 807 del Código Civil), pero en ese caso (ii) los acreedores de este podrán embargar los bienes que integran el fideicomiso, porque en realidad no los "posee fiduciariamente" (como lo exige el artículo 1677-8, íd.)”

Nótese que la Corte repara en la importancia de la *posesión fiduciaria*, por lo que, en esa misma línea de interpretación, también se puede afirmar que si los frutos son reservados para el constituyente o para la persona que, de cumplirse la condición o de fallar, “adquiera la propiedad absoluta”, como lo resalta, para que no quede asomo de duda, el artículo 808 del Código Civil, es posible que los acreedores de aquel embarguen la propiedad fiduciaria porque, en esa específica hipótesis, el fiduciario sólo tiene -por mandato legal- una *tenencia fiduciaria*.

Así las cosas, el interés del señor Sánchez para impugnar la fiducia civil -que no mercantil y con perfiles distintos- celebrada por sus demandados, no se puede soportar en que los bienes fideicomitados son inembargables, menos aún si se tiene en cuenta que, según la escritura de constitución, los señores Sui y Jiang dijeron conservar sobre sus cuotas partes en el inmueble “la calidad de TITULARES” (cláusula 2da.), y cual si fuera poco precisaron que “esta limitación de su dominio se extiende no sólo a los mencionados inmuebles, sino también a los frutos de cualquier índole, naturales o civiles, presentes y futuros que ellos generen” (cláusula 6ª) -lo que reafirmó en el proceso el propio fiduciario, al señalar que “ellos [los fiduciarios] desde un comienzo habían hecho eso como una manera de... no sé... como de tal vez asegurarle el futuro a mi hermana, porque, pues, cuando mi hermana esté en la universidad”-, lo que, en últimas, se traduce en que el señor Shuen Simón Sui Jiang no es un típico poseedor fiduciario, sino un “tenedor fiduciario”, para utilizar la inequívoca y elocuente expresión del artículo 808 del Código Civil.

Luego acertó el juez al considerar que el demandante carecía de interés para pedir la nulidad absoluta del fideicomiso, al igual que la simulación, reclamada en forma subsidiaria. Y si bien es cierto que adelanta un proceso para que se declare que sus demandados son responsables de los perjuicios que le causó la construcción levantada con anterioridad a ese acto, no probó que dicho negocio jurídico le causa perjuicio, precisamente por las razones expresadas, sin que la sola condición de acreedor sea suficiente (si es que se conceden sus pretensiones indemnizatorias), puesto que, en palabras de la Corte, para que el demandante tenga interés, “es necesario que sea actualmente titular de un derecho cuyo

ejercicio se halle impedido o perturbado por el acto ostensible, y que la conservación de ese acto le cause un perjuicio.”

3. Pero si se aceptara, en gracia de la discusión, que el demandante tiene interés y que, incluso, el Tribunal debe pronunciarse de oficio, la negativa de las pretensiones se imponía porque, en todo caso, no se probó que el fideicomiso civil esté viciado de nulidad absoluta, como tampoco que se trata de un negocio aparente.

En efecto, según el artículo 1741 del Código Civil, un contrato es nulo cuando es celebrado por una persona absolutamente incapaz, se encuentra afectado por causa u objeto ilícito, o se omitieron requisitos o formalidades que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos (art. 1741 C.C.), hipótesis que no se configuran por cuenta de los errores cometidos en la escritura pública No. 1099 de 30 de abril de 2014, otorgada en la Notaría 19 de Bogotá, o por el sellamiento de la construcción efectuada por las autoridades administrativas.

Si bien es cierto que los señores Jiarong Sui y Danying Jiang figuran como colombianos, sin serlo; que uno de los linderos -del costado sur- no quedó bien precisado; que el instrumento luce equívoco en cuanto a la calidad en que obra Shuen Simón Sui Jiang, referido en el encabezamiento como fideicomisario y luego, en el clausulado, como fiduciario (siendo esta la verdadera, como se desprende las cláusulas 3ª y 11); que también hay un yerro en la fecha de la escritura 1098, que es del día 30 y no del 29 de abril, la cual, además, no estaba registrada, y que en las constancias finales se mencionó a los intervinientes como parte compradora y vendedora (lo que no autoriza desconocer que en las estipulaciones figura claramente su condición en el fideicomiso), a ello no le sigue que el acto jurídico sea nulo, de nulidad absoluta, menos aún si se repara en que tales equivocaciones pueden ser corregidas en la forma prevista en los artículos 102, 103 y 104 del Decreto-Ley 960 de 1970, más concretamente a través de una escritura aclaratoria.

Tales falencias ni siquiera estructuran alguno de los motivos de nulidad -desde el punto de vista formal- de la escritura pública, según lo establecido en el artículo 99 de dicho decreto, porque, pese a los errores, los otorgantes quedaron identificados (incluso, en el caso de los constituyentes, con sus cédulas de extranjería), leyeron y prestaron aprobación al texto, según la nota de autorización del notario (el tema del idioma no parece haberlo impedido, previendo el artículo 35 de esa normatividad que la lectura puede hacerla una persona designada), y los datos que se consignaron sobre los bienes permiten su

determinación (dirección, nomenclatura, matrícula inmobiliaria, cédula catastral y, en general, los linderos, así como la placa, motor, chasis, marca, modelo y color del vehículo).

Y como la declaración oficiosa de invalidez exige que “la causal de nulidad absoluta debe ser manifiesta, vale decir, patente, ostensible, evidente, de modo tal que para establecerla el juez no tenga que recurrir a medios probatorios distintos” (CSJ, sentencia de 11 de marzo de 2004, exp. 7582), se impone concluir que la decisión del juzgador fue acertada.

4. Ahora bien, en lo que atañe a la simulación absoluta, solicitada en forma subsidiaria, aunque se afirmase el interés del recurrente tampoco se abriría paso por falta de pruebas, en claro incumplimiento de la carga probatoria establecida en el artículo 167 del CGP, pues la presunción que se erige por la falta de contestación de la demanda (CGP, art. 97), es insuficiente, por sí sola, para concluir que el acto es aparente.

No se olvide que un pronunciamiento en ese sentido exige demostrar (i) que entre las partes del negocio existió un acuerdo simulatorio para crear, a sabiendas, la apariencia de acto

jurídico; (ii) que ese convenio tuvo como propósito deliberado engañar a terceros, y (iii) que existe una disconformidad intencional entre las partes, no solo porque no desean el contrato que exhiben, sino también porque jamás quisieron celebrarlo. Y como en este caso no se acreditó ninguno de esos elementos (el tema del valor de los bienes no es bastante, puesto que el fideicomiso civil, a diferencia del mercantil, es una limitación al dominio y no un acto típico de transferencia, y el momento en el que se verificó es, por sí solo, indicio precario), lo procedente era aplicar la presunción de veracidad que acompaña todo negocio jurídico y resolver la duda que pudiera existir en beneficio de él, como lo ha decantado la Corte Suprema de Justicia en múltiples sentencias al señalar que, en línea de principio, “todo negocio jurídico se estima verdadero y por eso mismo capaz de producir la plenitud de sus efectos, mientras no se demuestre de modo concluyente la ficción de la que fue producto”. (CSJ SC. Sentencia de 24 de junio de 1992).

5. Finalmente, en lo que concierne a la cuantificación de las costas, basta señalar que esa controversia debe plantearse en la forma prevista en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

ACCIÓN REIVINDICATORIA
MP DR. MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
RADICADO: [110013103042201800442 01](#)

TESIS

En este orden de ideas, aunque la parte demandante probó su dominio y la singularidad del bien, que ciertamente ocupa la demandada, no demostró que ella fuera poseedora material. Lo suyo es la tenencia, pero no en los términos del artículo 762 del Código Civil, sino en los de quien retiene el apartamento como garantía de unos alimentos debidos y una acreencia laboral.

ANTECEDENTES

1. La sociedad demandante se presentó ante el juez en acción dominical, alegando ser la propietaria del apartamento 201 del Edificio Ceretto del Parque P.H., ubicado en la carrera 21 # 104A – 18 de la ciudad (con derecho al uso exclusivo de los parqueaderos 29, 30, 31 y 32, así como del depósito 6), por haberlo adquirido mediante la escritura pública No. 1528 de 26 de septiembre de 2011, otorgada en la Notaría 22, registrada en el folio de matrícula No. 50N-20655691. Adujo también que su demandada ejerce la posesión del predio y se niega a devolverlo, puntualizando que la Superintendencia de Sociedades lo embargó dentro del proceso de liquidación judicial que le adelanta, para luego secuestrarlo en

diligencia que practicó el 22 de febrero de 2017, y avaluarlo tras visita realizada en el mes de agosto de ese año, adelantadas una y otra con presencia de aquella.

La señora Gómez se opuso a la súplica de restitución porque no es poseedora material, sino tenedora, dado que ocupa el bien por cuenta de los alimentos provisionales de sus menores hijos, habidos con el señor Robert Caballero Badillo, accionista de la sociedad de la que ella, además, es acreedora laboral. Por eso propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y ausencia de requisitos para demandar.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Dicha postulante pidió revocar la sentencia, por cuanto la declaración de la señora Gómez

prueba su condición de poseedora, dado que reconoció haber adquirido el inmueble con

dineros de la sociedad conyugal que tenía con el señor Robert Caballero, que realizó mejoras sin pedir autorización de la liquidadora, y que no tiene un contrato de arrendamiento con la sociedad por ser la dueña del bien desde el 29 de septiembre de 2011.

Reclamó igualmente por la inadvertencia de la respuesta al hecho 10° de la demanda, en la que que aceptó que no restituía el inmueble porque amparaba unos créditos preferenciales.

ANÁLISIS DE LA SALA

1. No se discute que la reivindicatoria es una acción real que confronta al propietario con el poseedor material de la cosa (CC. Arts. 946, 948, 950 y 952), en virtud de la cual uno y otro disputan quién tiene mejor derecho a poseerla: el titular del derecho real principal (art. 740 y 745, ib.) o el que ejerce el dominio por los hechos (art. 762, inc. 2°, ib.).

Y tampoco se controvierte que para su buen suceso es necesario que el interesado pruebe la condición de dueño, la posesión del demandado, la reivindicabilidad del bien y la identidad entre la cosa perseguida y la poseída”, razón por la cual conviene decir desde ya, por su relevancia en este juicio, que sin posesión material de la persona convocada deviene inútil cualquiera otro escrutinio, específicamente porque un simple tenedor no es el llamado a resistir tal pretensión.

2. Por eso, entonces, se recuerda que “la sola aprehensión y contacto material con la cosa no implica posesión, pues bien puede ocurrir que falte el elemento intencional y volitivo para considerarse como dueño a quien la detenta; es decir, que aunque existe el *corpus* se encuentra ausente el *animus domini*, como sucede con el arrendatario, el comodatario o el depositario, quienes no obstante estar en contacto material y personal con la cosa *-corpus-*, carecen sin embargo de la intención y voluntad requeridas para comportarse como dueños del bien *-animus domini-*, pues, por el contrario, reconocen que otro es el propietario y sólo tienen la *affectio tenendi*”.

Desde esta perspectiva, si la demandada, al contestar la demanda, aparte de reconocer el derecho de propiedad de su demandante y señalar que “quien reconoce dominio ajeno no es poseedor” (fl. 149), confesó tajantemente que “yo, Ingrid Ann Gómez Barroso, no tengo la calidad de poseedora” (fl. 150), que no restituía el inmueble “toda vez que ampara créditos de carácter preferencial, lo alimentos (sic) provisionales de los socios mis menores hijos Robert Caballero Gómez y Sofía Caballero Gómez y míos (sic) y el crédito laboral a mi nombre” (hecho 10°, fl. 150), que el bien “lo detenta como tenedora”, y que “no ocupa el inmueble con ánimo de señora y dueña... porque ha reconocido en innumerables procesos de carácter concursal, familia y laboral, que la propietaria del predio es la demandante.” (fl. 150), es fuerza concluir

del modo en que lo hizo la juez de primer grado, porque la reivindicación se frustra si la parte convocada no es poseedora, sino tenedora, como aquí sucede.

Más aún, su comportamiento respecto del bien no da espacio para la duda, porque la demandada atendió la diligencia de secuestro que se verificó el 22 de febrero de 2017, sin formular oposición alguna (fls. 45 y 46, cdno. 1); incluso aceptó el ingreso del perito que avalúo el inmueble, según visita practicada el 4 de agosto siguiente (fl. 53, ib.), dentro del proceso de liquidación judicial de la sociedad demandante; cual si fuera poco es la propietaria, y no ella, quien, solventa las cuotas de administración, según el acuerdo de pago y los recibos allegados con la demanda (fls. 79 y ss., ib.), y en elocuente manifestación, al ser interrogada en audiencia aceptó que los servicios públicos “los paga el papá de mis hijos, el señor Robert Caballero” (min. 29:35). Luego todo evidencia su condición de simple tenedora, que es ocupación sin señorío.

Es cierto que en su declaración de parte la señora Gómez refirió que el bien fue adquirido con unas utilidades de la empresa que pertenecían a la sociedad conyugal, como también lo señaló el testigo Carlos Ferney Quiroga Garzón, “porque la compañía hace base patrimonial de la sociedad conyugal que tenía en su momento la señora Ingrid con el señor Caballero” (min. 01:08:28); pero que los recursos aplicados para pagar el precio tuvieran ese origen, no autoriza sostener que ella mutó su calidad, no sólo porque es asunto que atañe al contrato que le sirve de título a la demandante (transferencia a título de beneficio, según escritura pública No. 1528 de 26 de septiembre de 2011, otorgada en la Notaría 22 de Bogotá, registrada en el folio de matrícula No. 50N-20655691), sino también porque, también en esa audiencia, aceptó una vez más que no era la poseedora del inmueble (min. 34:40). Al fin y al cabo, sus respuestas no pueden tomarse en forma insular, sino dentro del contexto del interrogatorio, en el que, al preguntársele si existían más bienes de la sociedad conyugal a nombre de la sociedad Optimizar Servicios Temporales, contestó que había “un apartamento en Cartagena, pues el edificio... bueno, la casa del lado del edificio donde funcionaban las oficinas, los apartamentos en Bucaramanga, otro acá en

Bogotá y donde yo vivo, que forman parte de la sociedad conyugal” (min. 35:55).

Esas respuestas, por el contrario, permiten darle alcance y contenido a su ambigua afirmación de ser la dueña, puesto que, como ella misma lo precisó, su esposo “siempre dijo que los bienes de la sociedad conyugal los puso a nombre de Optimizar Servicios Temporales y de otras compañías que tenemos”, al punto que fue a ella a quien la constructora le entregó el apartamento, el cual “es de mis menores hijos y mío”, pues “dentro del proceso de separación eso fue lo que quedó... lo que se convino con el papá de mis hijos y socio mayoritario, Robert Caballero, que esa era nuestra vivienda.” Por eso también aseveró que hacía

reparaciones locativas sin “pedirle permiso” (min. 25:06 en adelante)

3. En este orden de ideas, aunque la parte demandante probó su dominio y la singularidad del bien, que ciertamente ocupa la demandada, no demostró que ella fuera poseedora material. Lo suyo es la tenencia, pero no en los términos del artículo 762 del Código Civil, sino en los de quien retiene el apartamento como garantía de unos alimentos debidos y una acreencia laboral.

Así las cosas, no quedaron satisfechos los requisitos previstos en los artículos 946, 947, 950 y 952 del Código Civil, lo que justifica respaldar la sentencia apelada.

RESTITUCIÓN DE INMUEBLE ARRENDADO - TENENCIA
MP DR. MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
RADICADO: [11001310304320190033201](#)

TESIS

Por consiguiente, si la demandada es arrendataria, sólo el arrendador (hoy sus herederos y para la sucesión) puede reclamar la terminación del contrato y la consecuente restitución de la parte del inmueble arrendada, siendo claro, ello es medular, que la sólo condición de propietaria de la señora Moscoso no la hace parte de ese negocio jurídico, ni la legitima, en su condición de tal, para pedir la devolución.

ANTECEDENTES

1. La señora Moscoso solicitó declarar que la demandada ocupa como mera tenedora, a título distinto del arrendamiento, parte del inmueble ubicado en la Carrera 96 No. 129-13 de la ciudad, identificado con la matrícula No. 50N-309129, y que “no existe objeto para mantener la tenencia vigente en razón a la muerte del señor Jorge Eliecer Huertas Ruiz”, su esposo, quien autorizó el ingreso para que viviera, a cambio de un precio, por lo que debe condenársele a la restitución.

2. Para soportar sus pretensiones, la

demandante adujo ser la propietaria del cien por ciento (100 %) de dicho predio, y que, tras el fallecimiento de aquel, pidió la restitución por la falta de pago, sin obtener respuesta alguna, precisando que la demandada no ejerce actos de señorío, como tampoco posesorios, puesto que reconoce dominio ajeno.

3. Notificada del auto admisorio, la señora Vásquez se opuso a las pretensiones y formuló como defensas la falta de legitimación en la causa por activa y pasiva, así como la cosa juzgada

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante pidió revocar la sentencia, porque las pruebas demostraban que la demandada era una tenedora a título distinto del arrendamiento, sin que se hubiere probado la interversión del título. Además, el juzgado omitió las consecuencias jurídicas derivadas de la aceptación de los hechos 9º y 14 de la demanda, dejó de analizar el dictamen pericial

con el que se probó la parte del inmueble que ocupa la señora Vásquez, y se abstuvo de apreciar la prueba trasladada del proceso laboral, que da cuenta de que ella no desconoce el dominio ajeno.

Finalmente, reprochó la condena en costas.

ANÁLISIS DE LA SALA

1. Es asunto averiguado que en todo proceso de restitución de tenencia le corresponde al demandante la carga de acreditar la existencia del negocio jurídico que le permite a su demandado ocupar -como mero tenedor- el respetivo bien, cualquiera que sea el título en virtud del cual le fue concedido ese específico derecho, así como precisar -y, si fuere el caso,

probar- el motivo legal o contractual para pedir la devolución.

Y también es pacífico que la tenencia no se adquiere de manera originaria, sino derivada, puesto que aflora de un negocio jurídico en virtud del cual una persona adquiere el derecho a ocupar la cosa, reconociendo dominio ajeno,

con cargo de restituirla cuando se configuren los motivos previstos en la ley o en el contrato para hacerlo. La tenencia, entonces, tiene su génesis en un acuerdo de voluntades por el que una de las partes le concede a otra el derecho al uso de un bien, como sucede en el arrendamiento, el comodato, las promesas de negocio jurídico, etc.

2. En el caso que ocupa la atención de la Sala, está fuera de discusión que la demandante es propietaria del inmueble cuya restitución persigue, como se desprende de la escritura pública No. 7906 de 31 de diciembre de 1974, otorgada en la Notaría 2ª de Bogotá, debidamente registrada en el folio de matrícula No. 50N-309129 (fls. 3 a 7, cdno 1).

E igualmente es verdad y fue probado que la señora Vásquez ingresó como tenedora a la parte del referido inmueble que actualmente ocupa, pues así lo confesó en la contestación de la demanda y en su declaración de parte, al afirmar que el señor Jorge Eliecer Huertas la “dejó viviendo” en el inmueble (min. 1:04:19), sin que, afirmémoslo desde ya, se hubiere probado que mutó su calidad por la de poseedora.

En efecto, como se sabe, esa trasmutación o interversión del título exige en el tenedor el abandono inequívoco de su precaria condición, para asumir la de poseedor material, lo que implica, de un lado, desconocer dominio ajeno, y del otro, comportarse como si fuera el verdadero dueño de la cosa.

Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que

“...la interversión del título de tenedor en poseedor, bien puede originarse en un título o acto traslativo proveniente de un tercero o del propio contendor, o también, del frontal desconocimiento del derecho del dueño, mediante la realización de actos de explotación que ciertamente sean indicativos de tener la cosa para sí, o sea, sin reconocer dominio ajeno. En esta hipótesis, los actos de desconocimiento ejecutados por el original tenedor que ha transformado su título precario en poseedor, han de ser, como lo tiene sentado la doctrina, que contradigan, de manera abierta, franca e inequívoca, el derecho de dominio que sobre la cosa tenga o pueda tener la persona del contendiente opositor, máxime que no se pueda subestimar, que de conformidad con los artículos 777 y 780 del C. Civil, la existencia inicial de un título de tenencia considera que el tenedor ha seguido detentando la cosa en la misma forma precaria con que se inició en ella...”

Luego no basta que un tenedor traiga a colación el transcurso del tiempo, para proclamarse

poseedor material (CC., art. 777), ni es suficiente que deje de cumplir con las obligaciones que contrajo en virtud del negocio jurídico que le concedió la tenencia, no sólo porque, en esta hipótesis, no será más que un contratante incumplido y penderá sobre él la obligación de devolver el bien, sino también porque, “Si se ha empezado a poseer a nombre ajeno, se presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas” (art. 780, inc. 2), amén de que “la mera tolerancia de actos de que no resulta gravamen, no confieren posesión, ni dan fundamento a prescripción alguna.” (art. 2520, ib.)

Por consiguiente, si la demandada pretendía el reconocimiento de su calidad de poseedora, cuya era la carga de probar inequívocamente la interversión del título, incluido, claro está, el momento en el que ella se produjo. Sólo así podía abrirse paso la falta de legitimación en la causa por pasiva que alegó en su defensa.

Ocurre, sin embargo, que esa carga fue desatendida, pues contra ella opera (a) su confesión, al replicar la demanda, de haber ingresado al predio con autorización del señor Huertas, por lo demás a sólo una parte de él (respuesta a los hechos 5º, 9º y 14º), (b) el reconocimiento de dominio ajeno que revela la demanda laboral que presentó contra los herederos de aquel, en la que su apoderado, quien se presume facultado para confesar (CGP, art. 193), manifestó que “el lugar de trabajo asignado por el patrono a la trabajadora, fue en la casa de su propiedad ubicada en en la carrera 96 No. 129-13 de la ciudad de Bogotá D.C.” (fl. 32, cdno. 1), lo que, sin duda, constituye aceptación expresa de dominio ajeno, así como (c) las declaraciones de los testigos Yacson Prieto Rojas, Luz Myriam Ortega García, Pablo Emilio Huertas Ruiz, Ana Mercedes Díaz y José Miguel Guio, quienes se refirieron al contrato de arrendamiento ajustado entre la demandada y el señor Jorge Eliecer Huertas, lo mismo que a su negativa a suscribir un nuevo contrato con la demandante.

Precisamente el señor Prieto, cuando se le preguntó si corroboraba la declaración extraproceso rendida el 13 de junio de 2017 ante la Notaría 2ª de Bogotá (fls. 55 y 56), incluyendo la parte en la que declaró que “la señora que vivía en la habitación del segundo piso, desocupó el inmueble y la señora Ana Rosa Vásquez Vásquez, se negó rotundamente a firmar el contrato, manifestándole a la propietaria que le debían unas acreencias laborales y que no firmaría el contrato ni desocuparía el inmueble hasta solucionar este asunto (...) que en varias ocasiones vi al señor Jorge Eliecer Huertas, tocando la puerta del apartamento donde vivía la señora Ana Rosa Vásquez Vásquez, para cobrar el valor del canon de arrendamiento”, respondió que sí la

ratificaba (min. 02:09:20), tras lo cual agregó, en relación con el pago del canon, que tenía entendido “que la señora en ese tiempo pagaba \$350.000 de arriendo” (min. 2:10:57).

Igualmente, la señora Ortega señaló que ratificaba la declaración extraproceso rendida el 13 de junio de 2017 ante Notaría 59 de la ciudad (fl. 57), sin excluir el tema relacionado con la ausencia de contrato de arrendamiento entre la señora Moscoso y la demandada (min. 00:09:20), declaración esa en la que, expresamente, puntualizó que “la señora Ana Rosa Vásquez Vásquez se negó rotundamente a firmar el contrato, manifestándole a la propietaria que le debían unas acreencias laborales y que no firmaría el contrato ni desocuparía el inmueble hasta solucionar ese asunto”. Incluso, en la audiencia precisó que el canon “se lo pagaba por la ventana porque eso tiene una parte que da al apartamento a la parte de atrás y ella estaba pagando incluso era \$380.000 en ese tiempo” (min. 00:09:45)

También los señores José Miguel Guio y Ana Mercedes Díaz revalidaron su declaración extraproceso, rendida el 24 de octubre de 2016 (fls. 80 a 82), en la que adujeron conocer “a la señora Ana Rosa Vásquez Vásquez como arrendataria del inmueble descrito desde hace ocho (8) años aproximadamente por contrato celebrado con el señor Jorge Eliecer Huertas (q.e.p.d.)”.

Finalmente, el señor Huertas confirmó su declaración rendida el 13 de junio de 2017 ante la Notaría 28 de la ciudad, en la que expresó que “la señora Ana Rosa Vásquez Vásquez es arrendataria desde finales del año 2003, siempre pagó los cánones de arrendamiento a su hermano, el señor Jorge Eliecer Huertas Ruiz” (fls. 58 y 59 dijo no conocer el valor exacto de la renta (min. 00:22:10).

Por supuesto que si su primigenia condición fue la de arrendataria, el simple pago de servicios públicos no quita ni pone ley para afirmar una calidad distinta frente al inmueble (fls. 162 a 193), como tampoco es suficiente el sólo hecho de haber pagado unos impuestos prediales en ciertos años -posteriores a 2013- que también satisfizo la dueña (fls. 156 a 161), o haber propuesto una frustrada querrela policiva en la que no se precisó su calidad, actos que, siendo elocuentes en determinados perfiles de ocupación, no son bastantes aquí para derruir la referida presunción de continuidad de la tenencia.

3. Con todo, aunque se demostró que la demandada es tenedora a título de arrendataria y no de otro, las pretensiones no pueden prosperar porque es la señora Moscoso la que carece de legitimación en la causa, si se repara en que ella misma reconoció en la demanda,

luego de subsanada, que fue su esposo, el señor Huertas, quien le confirió –“desde el año 2003”- la tenencia a la señora Vásquez -lo que esta admitió en la contestación (respuestas a los hechos 5º, 9 y 14)-, a cambio de un precio (dijo aquella) que luego se negó a pagar tras la muerte de aquel (hechos 4º, 9º y 10º; fls. 137 y 138).

Más aún, los mismos testigos, ya mencionados, puntualizaron que la demandada ingresó al inmueble autorizada por el señor Jorge Eliecer Huertas, habiéndose negado a celebrar un nuevo contrato con la demandante, todo lo cual descarta una relación negocial directa entre las señoras Moscoso y Vásquez. Luego, si desde la misma demanda se reconoció que el señor Huertas celebró con la demandada un contrato verbal de arrendamiento, que es en lo que se traduce la entrega de un bien por el que se paga una renta (CC, art. 1973, Ley 820 de 2003, art. 2º), no cabía reclamar la restitución so pretexto de cualquiera otra tenencia.

Por consiguiente, si la demandada es arrendataria, sólo el arrendador (hoy sus herederos y para la sucesión) puede reclamar la terminación del contrato y la consecuente restitución de la parte del inmueble arrendada, siendo claro, ello es medular, que la sólo condición de propietaria de la señora Moscoso no la hace parte de ese negocio jurídico, ni la legítima, en su condición de tal, para pedir la devolución. Al fin y al cabo, la ley civil autoriza el arrendamiento de cosa ajena (CC, art. 1974, inc. 2º), como lo reconoce la Corte Constitucional”, por lo que, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, son los herederos del arrendador que fallece “los llamados a responder de las obligaciones dejadas por éste”, y quienes pueden “reclamar los derechos del patrimonio sucesoral del mismo”.

Por cierto que ya con anterioridad, en otros dos (2) procesos de restitución de inmueble arrendado que había promovido la demandante contra la señora Vásquez, los respectivos jueces 20 y 4º civiles municipales de Bogotá frustraron las pretensiones porque, en el primero, “la prueba documental allegada con la demanda no resulta idónea para acreditar la existencia del contrato de arrendamiento entre las partes de este proceso y las obligaciones derivadas del mismo”(sentencia de 5 de mayo de 2015; fl. 4, cdno 3), y en el segundo, “no se aportó prueba idónea de ser la demandante la nueva arrendadora” de un bien que había entregado en arrendamiento su esposo, el señor Huertas (sentencia de 13 de enero de 2017; fl. 58, Cdno 2).

4. Así las cosas, como la tenencia de la demandada tiene origen en un contrato de arrendamiento, sólo que ajustado con el señor Huertas, y la sólo condición de dueña del

inmueble de la señora Moscoso no la habilita para demandar la restitución de la tenencia, que es calidad adquirida en virtud de un negocio jurídico y que no sobreviene por los hechos, se confirmará la sentencia apelada, aunque por razones diferentes de las expresadas por el juzgador de primer grado, sin que el dictamen

pericial, en cuanto descriptivo y valuativo del bien, habilite otro desenlace.

Resta decir, en lo tocante a las costas, que la condena es mandato del artículo 365, numeral 1°, del CGP, y su cuantía debe disputarse por la vía señalada en el numeral 5° del artículo 366 de la misma codificación.

**RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL/ FUERZA MAYOR - CASO
FORTUITO / CONTRATO DE SEGURO.
MP DR. IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA
RADICADO: [11 001 31 03 001 2015 00778 07](#)**

TESIS

(...) censura que en este juicio quedó probada una fuerza mayor o caso fortuito -causa extraña-, dado que el mal estado de la vía no es un hecho previsible y resistible.

Este cargo no tiene vocación de prosperidad, porque conforme las pruebas aportadas y recaudadas, en este juicio no quedó probada una causa extraña -fuerza mayor o caso fortuito-, derivada de huecos en el lugar donde ocurrió el accidente, al no reunirse el requisito de la irresistibilidad...

ANTECEDENTES

Pretensiones

1. El demandante presentó demanda en contra de los citados demandados, a fin de que se declaran solidaria y extracontractualmente responsables de los perjuicios causados al primero con ocasión del accidente de tránsito ocurrido el 17 de mayo de 2013, en el que

falleció la señora Martha Lucía Urrea Rojas. En consecuencia, se fueran condenados a pagar: *i)* 500'000.000, por perjuicios materiales; y *ii)* morales en la cuantía que estime el señor Juez.

Fundamente Fácticos de las pretensiones

2.1. La señora Martha Lucía Urrea Rojas, madre de Erick Hair Urrea, falleció en el accidente antes indicado, junto con su hijo lactante de 10 meses Carlos Andrés Pinzón Urrea, resultado de ser atropellada por el vehículo de placas SRM -919, mientras era conducido por Cesar Alejandro Flórez Martínez, quien se salió del carril derecho de vía que de Barranca de Upía conduce a Villavicencio, invadió el carril contrario y se estrelló con la casa de propiedad de los padres de la primera, ubicada en zona rural de la vereda Veracruz, sector Puente Guacavía del municipio de Cumural, departamento del Meta.

físicos” y *“psíquicos*” que se materializan en la privación de su derecho a tener una madre, angustias y dolores físicos, es atendido por psicólogo por presentar rasgos de depresión y otros trastornos.

2.2. Para ese momento, la citada dama tenía 35 años, convivía con su compañero permanente Carlos Arturo Pinzón Solorzano, su hijo, entre ellos el convocante, y estaba de visita en la casa de sus padres.

2.4. El vehículo causante del daño, al momento del accidente era de propiedad de Leasing de Occidente, agencia del Banco de Occidente; afiliado a Transportes Vigía S. A. S.; conducido por Cesar Alejandro Flórez Martínez; prestaba el servicio de transporte de carga de herramienta y maquinaria petrolera de propiedad de GE OIL & Gas ESP Colombia S. A. S.; y según el manifiesto de carga No. 2011-077600070437 del 16 de marzo de 2013, figura como titular Oscar Javier Flórez Martínez, y del remolque de placa R-42271 Adriana Yaneth Santander Arias, además estaba asegurado a Royal & Sun Alliance Seguros Colombia S. A., mediante la póliza 20014, anexo 13325 expedida el 17 de abril de 2013.

2.3. A raíz de ese accidente sufrió perjuicio moral, consistente en parte *“por los dolores*

EL RECURSO DE APELACIÓN

6.1. Parte demandante

6.1.1. Falta de competencia. La sentencia apelada no se podía proferir por estar en trámite el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 23 de enero de 2018, mediante el cual

se rechazó incidente de nulidad, y por pérdida automática de competencia a partir del 9 de octubre de 2016, dado que el último del demandado se notificó personalmente el 9 de

octubre de 2015.

El Tribunal Superior de Bogotá, resolvió ese recurso de apelación, en providencia del 6 de abril de 2018, día siguiente al que se profirió la sentencia apelada, se revocó el auto que rechazó nulidad, por lo que se profirió sentencia en estado de nulidad.

Existen “4 sentencias proferidas por el *a quo* antes del 5 de abril de 2018 sin tener competencia para decidir las”. Siendo ellas:

i) de 24 de julio de 2017, en la que se aceptó el desistimiento propuesto y coaccionado por el juez contra G. E. OIL y GAS S. A;

ii) 24 de agosto de 2017, mediante la cual se declaró falta de legitimación en la causa por pasiva del Banco de Occidente S. A., y en particular, no se podía aplicar lo dispuesto en el numeral 3 del inciso final del art. 278 del C.G.P., dado que esta demanda se presentó en vigencia del C. P. C.

iii) del 29 de septiembre de 2017, mediante la cual se negaron las pretensiones del demandante por daños materiales, a la vida de relación y se condenó a la Previsora S. A., a pagar daños morales por cien millones de pesos;

iv) 29 de septiembre de 2017, por medio de la cual se negaron por segunda vez los perjuicios materiales, condenó parcialmente a Suramericana de Seguros S. A., y a la Previsora S. A., y a los demás demandados a pagar daños morales en cien millones de pesos;

v) del 5 de abril de 2018, por tercera vez se dicta sentencia y se decide nuevamente la litis y es ahora materia de apelación.

6.1.2. Los perjuicios materiales. La sentencia apelada no cumple con todos los requisitos del artículo 280 y 281 del C. G. P., no se hizo una valoración de las pruebas testimoniales recaudadas por el demandante que demuestran la existencia de los perjuicios materiales y su monto.

Los testigos fueron acosados, coaccionados y se impidió que aportaran documentos en que basaban sus dichos testimoniales declaraciones y mostraban las cuantías de ingresos.

La sentencia Apelada obedece a un abuso de poder del *a quo*, quien como autoridad Judicial Civil ejerció excesivos actos de control en las Audiencias.

6.1.3. El daño moral. Es necesario pronunciarse de manera profunda, estricta, equitativa e imparcial sobre el valor físico y moral que tiene la madre de todo ser humano,

que daba significativos y eficientes cuidados a su menor hijo.

6.1.4. Trámite ilegal y sospechoso. La Sentencia Apelada deberá ser revocada, por observarse cinco (5) o más mensajes encriptados en idioma arameo o árabe dados por los señores presidentes del Tribunal Superior de Bogotá, en actas de reparto de este proceso a los señores Magistrados a quienes les correspondió cada Reparto.

6.1.5. Las costas. Se condenó en costas al demandante en favor de los demandados, desconociendo la prevalencia del derecho de los niños sobre los demás.

6.2. Seguros Generales Suramericana S. A.

6.2.1. Causa Extraña. El mal estado de la vía no es un hecho previsible y resistible, se configuró una causa extraña. El testimonio del señor Mauricio Robayo, tecnólogo en seguridad industrial y del conductor del vehículo el estado de la vía no era óptimo, tenía varios huecos que impedían el tránsito normal automotores, a pesar de que se adoptaron las medidas de seguridad necesarias, fue un hecho imprevisible e irresistible, y por eso no debe ser de recibo que se debía conocer previamente el estado de la vía.

6.2.2. Hecho exclusivo o concurrencia. Debe considerarse la conducta de la señora Martha Lucía Urrea Rojas por haberse ubicado en la carretera a hablar por celular. La vía no tiene una berma que separe la circulación de vehículos, es evidente que se expuso de manera negligente e imprudente al riesgo.

La víctima incidió causalmente en la causación del accidente, correspondiente en consecuencia distribuir la responsabilidad de manera proporcional entre los intervinientes. La conducta del señor Cesar Alejandro Flórez Martínez de ninguna manera puede tenerse como culpa exclusiva.

6.2.3. El contrato de transacción. Del negocio celebrado el 28 de marzo de 2014, entre los familiares de la Señora Martha Urrea y Suramericana de Seguros S.A., por \$150.000.000, no se podía deducir que el accidente es un siniestro amparado por la póliza No. 20044, se debió encontrar probada la ruptura del nexo causal, y que de contera lleva a la imposibilidad de afectar la cobertura.

6.2.4. La condena. La suma asegurada por lesiones o muerte de dos o más personas se disminuyó por el pago indemnizatorio que se realizó a los familiares de la señora Urrea Rojas con cargo a dicha póliza, restando solo \$50.000.000. No se podía aplicar de manera concurrente dos amparos, por cuanto son

independientes.

Todo amparo en exceso del básico debe hacerse conforme a las reglas de coexistencia del artículo 1092 del Código de Comercio, por eso cualquier eventual condena por esa vía entre el amparo en exceso y la póliza expedida por La Previsora, debe ser asumido por ambas aseguradoras de forma proporcional de acuerdo con su participación en el aseguramiento del riesgo.

ANÁLISIS DE LA SALA

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

2. No saldrán avantes los puntos de reparo de la parte demandada y se modificará la sentencia impugnada, en virtud a que le asiste razón a la parte actora en relación con el reconocimiento de los perjuicios materiales reclamados y la revocatoria de la condena en costas impuesta en su contra. Los argumentos que respaldan estas tesis se analizan a continuación.

Previamente, se procede a resolver las censuras de carácter procesal, enfiladas a cuestionar el trámite de este juicio tanto en primera como en segunda instancia, y luego entrar en los puntos de embate sustanciales que tienen que ver con la responsabilidad extracontractual demandada, los perjuicios y el contrato de seguro.

3. La parte demandante rebate que la sentencia de primera instancia no podía proferirse, puesto que se encontraba en trámite el recurso de apelación del auto del 23 de enero de 2018, mediante el cual, se rechazó incidente de nulidad sustentado en la pérdida automática de competencia del juzgador para decidir la instancia que contempla el artículo 121 del Código General del Proceso.

El recurso de apelación contra la providencia referida, se concedió en el efecto “**devolutivo**”, razón por la cual, el reparo es infundado porque esa determinación no acarreo la suspensión del proceso, y por eso las decisiones posteriores no están viciadas de nulidad.

3.1. Refiere también el demandante que la sentencia impugnada fue proferida en “*estado de nulidad*”, en la medida que el citado recurso de apelación fue resuelto por este Tribunal el 6 de abril de 2018, esto es, al día siguiente en que

6.2.5. No se concretó el valor de la condena, se desconocen los límites de la responsabilidad que fue asumida por virtud del contrato de seguro. No es posible expedir una póliza educativa porque el artículo 100 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, estableció como principio rector la libertad en la contratación de los seguros, tampoco se tiene la solicitud del tomador, y la orden impartida por el Juez no suple esa manifestación de voluntad.

fue emitida aquella, dado que en esa decisión se revocó el rechazo de la nulidad formulada.

Este reparo no tiene vocación de prosperidad, porque a pesar de que la sentencia que es ahora materia de apelación fue emitida en el curso de los trámites de primera y segunda instancia del incidente de nulidad formulado por el demandante, en ningún momento se emitió decisión que la hubiese dejado sin efecto, razón por la cual, ningún vicio o irregularidad puede desprenderse del ritual procesal que sobre dicho tópico se surtió.

3.2. Denuncia el recurrente que el juez de primera instancia, sin tener competencia por vencimiento del término contemplado en el artículo 121 del Código General del Proceso, profirió varias decisiones, entre ellas, la sentencia apelada.

A juicio de esta Sala, ese tema quedó finiquitado por virtud de lo resuelto en su oportunidad por el Tribunal, en providencia del 28 de septiembre de 2018 (posterior a la que ahora es materia de apelación), mediante la cual se confirmó el auto del 28 de junio de 2018, emitido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá, en virtud de lo cual, el cargo no está llamado a prosperar, por tratarse de un asunto debidamente ejecutoriado.

4. El Procurador 13 Judicial I Adscrito a la Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles y Laborales, vía réplica al recurso de apelación denuncia la configuración en segunda instancia de la causal de nulidad consagrada en el numeral 6) del artículo 133 del Código General del Proceso, por haberse omitido la oportunidad para sustentación del recurso en audiencia y en forma oral, consagrada en los dos incisos finales del art. 327 *ibidem*

Esta nulidad no está llamada a prosperar, porque en este caso no se omitió la oportunidad para alegar en segunda instancia. Todo lo contrario, mediante auto del 8 de julio de 202016, notificado en estados del día siguiente, se concedió a la parte apelante un término de cinco (5) días hábiles para que sustente por

escrito su medio de impugnación, acontecer del que surge evidente que no se omitió a la parte interesada la *“oportunidad para (...) sustentar un recurso”*, porque bien pudo hacerlo en esa oportunidad y en la forma indicada -escrita-, o en su defecto impugnar esa determinación, cosa que en este asunto no ocurrió.

Cabe resaltar que la situación descrita hasta en sede constitucional ha sido descartada por la Corte Suprema de Justicia, quien ha dicho:

“En efecto, es ineludible que se desperdició el medio de impugnación que tuvo a su alcance, concretamente, el recurso de reposición en contra del proveído que adecuó el trámite. Tal omisión imposibilita el uso de esta senda constitucional si se tiene en cuenta que este es un mecanismo subsidiario y residual. Ciertamente, ha de tenerse en cuenta que el gestor contó con la posibilidad de exponerle a la autoridad acusada las razones de su inconformidad. Empero, por su propia *incuria* dejó fenecer la oportunidad para contradecir la determinación de ajustar el procedimiento de la apelación a las disposiciones del Decreto 806 del 2020 al decidir otorgar un término para la sustentación escrita de la alzada.

5. Seguros Generales Suramericana S. A., censura que en este juicio quedó probada una fuerza mayor o caso fortuito -causa extraña-, dado que el mal estado de la vía no es un hecho previsible y resistible.

Este cargo no tiene vocación de prosperidad, porque conforme las pruebas aportadas y recaudadas, en este juicio no quedó probada una causa extraña -fuerza mayor o caso fortuito-, derivada de huecos en el lugar donde ocurrió el accidente, al no reunirse el requisito de la irresistibilidad, tal y como se explica a continuación.

Para reconocer que hubo caso fortuito o fuerza mayor se deben tener en cuenta tres elementos: *“(i) el carácter externo, (ii) la imprevisibilidad y (iii) la irresistibilidad”*¹⁹. Se entiende que un hecho es externo cuando *“se haya dado por una causa ajena a la voluntad del agente, o al desarrollo de la actividad en cuestión”*.

Ahora, en lo que respecta a la imprevisibilidad y la irresistibilidad, la Corte Suprema de Justicia, ha explicado:

Para que un hecho pueda ser considerado como evento de fuerza mayor o caso fortuito – fenómenos simétricos en sus efectos-, es necesario que, de una parte, no exista manera de contemplar su ocurrencia en condiciones de normalidad, justamente porque se presenta de súbito o en forma intempestiva **y, de la otra, que sea inevitable, fatal o ineludible, al punto de determinar la conducta de la persona que lo padece, quien, por tanto,**

queda sometido irremediamente a sus efectos y doblegado, por tanto, ante su fuerza arrolladora.

Imprevisibilidad e irresistibilidad son, pues, los dos elementos que, *in casu*, permiten calificar la *vis maior* o *casus fortuitus*, ninguno de los cuales puede faltar a la hora de establecer si la situación invocada por la parte que aspira a beneficiarse de esa causal eximente de responsabilidad, inmersa en la categoría genérica de causa extraña, puede ser considerada como tal.

En torno a tales requisitos, la Corte ha puntualizado que si **“el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor...”** (G. J. Tomos. LIV, página, 377, y CLVIII, página 63)”, siendo necesario, claro está, *“examinar cada situación de manera específica y, por contera, individual”*, desde la perspectiva de los tres criterios que permiten, en concreto, establecer si el hecho es imprevisible, a saber: *“1) El referente a su normalidad y frecuencia; 2) El atinente a la probabilidad de su realización, y 3) El concerniente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo”* (Sentencia de 23 de junio de 2000; exp.: 5475).

Y en relación con la irresistibilidad, ha predicado la Sala que un hecho “es irresistible, “en el sentido estricto de no haberse podido evitar su acaecimiento ni tampoco sus consecuencias, colocando al agente –sojuzgado por el suceso así sobrevenido- en la absoluta imposibilidad de obrar del modo debido, habida cuenta que si lo que se produce es tan solo una dificultad más o menos acentuada para enfrentarlo, tampoco se configura el fenómeno liberatorio del que viene haciéndose mérito” (Se subraya. Sentencia de 26 de noviembre de 1999; exp.: 5220).

5.1. Transportes Vigía S.A.S., dentro de sus excepciones formuló la que denominó *“rompimiento del nexo causal”*, sustentada en que *“sobre la vía por la cual se desplazaba el señor Cesar Flórez, no se encontraba en buen estado de conservación, razón por la cual de manera intempestiva se vio en la obligación de realizar una maniobra para evitar el hueco que apareció en el carril donde transitaba el tracto camión y cuya existencia se prueba con las pruebas documentales obrantes en el expediente y que se aportan con esta contestación”* (fls. 212 C1).

Obra en el expediente un documento aportado por dicha empresa, denominado *“informe de accidente de tránsito”* cuyo objeto fue *“presentar los resultados de la investigación del accidente fatal ocurrido con el vehículo*

mini mula SRM-919”, en el que se tuvo en cuenta la versión de los hechos tomada al conductor del vehículo.

Para ese efecto, Cesar Alejandro Flórez Martínez, quien conducía el automotor dijo: *“yo venía bien estaba lloviendo bastante fuerte, salí de un puente es una recta la vía es muy angosta y **habían unos huequitos ahí unos huecos y cuando llegue a los huecos el carro de una vez se me fue resbalado hacia la izquierda inesperadamente** y pues yo vi que había una señora con un niño ahí parados en la vía y me fui allá de frente no recuerdo en el momento más hasta que el carro trancó y yo salí”* (negrilla fuera de texto, fls. 180 C1).

En ese documento, de manera conclusiva se dice: *“[e]n la evaluación de conducción realizada a varios conductores en el tramo de vía donde ocurrieron los hechos, se observa alta demanda de maniobras evasivas por las condiciones de deterioro de la capa asfáltica; **ponderando la hipótesis de ejecución de maniobra evasiva como factor causal altamente influyente en la ocurrencia del accidente**”* (negrilla fuera de texto, fls. 185 C1).

De ese medio de convicción surge una contradicción de entrada que no se puede pasar por alto, puntualmente entre el relato de los hechos del conductor, y la conclusión. Nótese, el conductor dijo que cuando llegó a los huecos que había en la carretera *“el carro de una vez se (...) fue resbalado a la izquierda inesperadamente”*. No obstante, el informe concluye como *“hipótesis de ejecución de maniobra evasiva como factor causal altamente influyente en la ocurrencia del accidente”*, es decir, que pudo ser una maniobra de ejecución evasiva a dichos huecos las que abrió paso a la ocurrencia del accidente.

Por otro lado, cabe resaltar que ese documento es insuficiente para acreditar una fuerza mayor o caso fortuito, porque si bien se aboga por un elemento externo -hueco en la vía-, y aun cuando se le diera razón al recurrente que estos son imprevisibles, no ocurre lo mismo con que sean irresistibles, por cuanto no da cuenta de una imposibilidad de haberse evitado el acaecimiento de los resultados que ahora se demandan.

Es que en verdad no da vestigios técnicos de que un vehículo de las mismas características al involucrado en este litigio, con una carga similar y a una velocidad reglamentaria, al pasar por esos huecos, pudiera deslizarse hacia la izquierda dando lugar a los hechos que hoy denuncia la parte actora.

Tampoco, pone de manifiesto que, en atención a las condiciones de la vía, necesariamente tenía que optar por una maniobra evasiva por

virtud de la magnitud del peligro que representaba, y teniendo en cuenta las nefastas consecuencias que podría implicar atendiendo el tipo de automotor involucrado -carga-.

Se tiene entonces que, ese documento no permite inferir razonablemente que cualquier vehículo en las circunstancias que enfrentó el conductor, se pudiese haber deslizado al llegar a esos huecos, menos que una maniobra para esquivarlos fuera la conducta que imperiosamente tenía que asumir en ese momento, y sobre todo que esa situación lo pusiera en una imposibilidad absoluta de obrar del modo debido, esto es, evitando el daño que ahora se reclama.

5.2. La contradicción advertida no solo surge del mismo documento, sino también de la versión rendida por el conductor en interrogatorio de parte.

Memórese, el señor Cesar en su declaración dijo que para el momento de la ocurrencia de los hechos había parado de llover, entró a unos charcos, el carro se fue a un hueco, se desestabilizó inmediatamente, y perdió el control absoluto, sin poder evitar el daño, y que a pesar de haber intentado enderezar la cabrilla, y frenar, en vez de detenerse lo que hizo fue tomar más impulso sin obedecer sus órdenes.

De manera que, el documento en que se insiste en esta instancia presenta francas contradicciones entre sus conclusiones y los hechos narrados por el mismo conductor en diferentes oportunidades. Por eso, no puede servir como prueba de que el accidente ocurrió por fuerza mayor o caso fortuito en particular por una maniobra evasiva a huecos en la vía.

5.3. A la audiencia de contradicción del contenido del documento presentado por Transportes Vigía asistió el señor Mauricio Robayo, ingeniero ambiental, tecnólogo en higiene y seguridad industrial, y quien trabajó para transportadora demandada.

Dijo que en ese análisis se estableció que la causa más probable del accidente era la pérdida de control del automotor por la presencia de una condición de peligro en la vía que impuso al conductor adelantar una maniobra evasiva que generó la pérdida de control del vehículo.

Una vez más refulge que la conclusión de ese estudio es contradictoria con la versión del conductor, quien sostuvo que perdió el control del automotor por deslizamiento de este cuando se fue a los citados huecos de la vía, y no por maniobra al intentar evitarlos.

Es importante resaltar que ese estudio carece de análisis técnico que permita inferir que el desperfecto que había en la vía correspondiera a un verdadero peligro para un vehículo de las

mismas características, y que imponían una maniobra intempestiva como la que se quiere hacer valer, o por lo menos diera lugar a que se resbalara con pérdida de control de la conducción.

5.4. El Informe Policial de Accidentes de Tránsito No. C-12917922, para infortunio del recurrente no permite concluir nada distinto. Por el contrario, a pesar de que algunos medios de convicción abogan por que el día del accidente había llovido, el citado informe policivo, al describir las características de la vía al momento del accidente, se consignó que era recta, plana, doble sentido, una calzada, dos carriles, material asfalto, estado con huecos, y en punto a las condiciones, sin que se hubiese hecho aclaración alguna, se dijo que estaba “seca”.

En ese documento también se dejó consignado como hipótesis presuntiva, *“impericia en el manejo, falta de experiencia ante el peligro. Otra: salirse de la calzada sin causa razonable”*. De igual modo, se dejó la siguiente constancia: *“sobre la capa asfáltica no se observó ninguna huella de arrastre metálico de frenado, de arrastre de llantas, ni tampoco partes del vehículo”*.

Refulge entonces que, si la vía estaba seca, y se trataba de una vía recta, nada respalda que al conductor le hubiese sido imposible detener la marcha del automotor para evitar los daños ocurridos.

Más relevante, si se tiene en cuenta que en el denominado dibujo topográfico del lugar de los hechos, anexo al referido informe, solo se dibujó en ese lugar un solo hueco en la vía, y puntualmente se dijo que tenía de *“profundidad 2.5cm”*.

Nuevamente, se echa de menos medio de convicción que técnicamente soporte que un desperfecto de esa profundidad correspondiera a un peligro de tal magnitud para el automotor, y que impusiera adelantar una maniobra intempestiva para esquivarlo a costa del accidente ocurrido, y mucho menos que de haberlo sobrepasado pudiera perderse el control de conducción.

Ahora, el registro fotográfico anexo al informe elaborado por Transportes Vigía no supe las carencias probatorias advertidas. A simple vista se nota una profundidad en la vía relativamente superficial, que por sí sola impide tener por demostrado que puso al conductor del vehículo en una situación de irresistibilidad.

6. Seguros Generales Suramericana S. A., reclama que debió tenerse en cuenta la conducta de la señora Martha Lucía Urrea

Rojas al momento de la ocurrencia de los hechos, se ubicó en la carretera para hablar por celular, hecho que quedó demostrado porque la vía no tiene una berma y por eso se expuso de manera imprudente al riesgo.

Este reparo no saldrá avante, porque la única prueba del fundamento fáctico que se expone, es la declaración del conductor cuando absolvió interrogatorio de parte, sin que encuentre respaldo en otro medio de convicción.

De conformidad con el final del artículo 191 del Código General del Proceso, “[l]a simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de *apreciación de las pruebas*”.

Ahora, sobre la declaración de parte, la doctrina enseña: *“[l]o único que cabe valorar a la declaración de un litigante es que su relato esté espontáneamente contextualizado y que se vea acreditado por otros medios de prueba. De lo contrario, (...) su fuerza probatoria es tan débil que no tiene por qué ser tenida en cuenta”*.

En ese sentido, si bien podría afirmarse que el sistema procesal actual impone la valoración de la declaración de parte como medio probatorio, no por ello puede olvidarse de tajo que de antaño la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha sido enfática en predicar que las manifestaciones de las partes en su beneficio no son prueba de sus alegaciones. Para el efecto, dijo: *“[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”*.

Así las cosas, la simple declaración de parte debe ser valorada, pero cuando corresponda a manifestaciones en beneficio del interrogado debe estar respaldado en otros medios de convicción por virtud del principio probatorio de que a nadie le es permitido fabricarse su propia prueba.

6.1. Por el contrario, obra en el expediente testimonio convincente de que la señora Martha Lucía Urrea no se encontraba en la carretera en ese instante, sino a un lado.

De conformidad con el Informe Policial de Accidentes de Tránsito No. C-129179 (anexos dictamen, anexo técnico policial, cd folio 177 C1), la única testigo del accidente de tránsito base de esta litis fue Lorena Urrea Rojas.

Esa señora en su testimonio sobre ese hecho dijo que, la señora Martha estaba llamando en un lugar que les hizo el padre en cemento para salir a la carretera antes de la línea blanca porque era donde había señal de celular.

Esa declaración contraría lo que dijo el conductor, impone concluir que no le asiste razón a la parte recurrente, la señora Urrea si bien es cierto se encontraba haciendo una llamada en ese momento, no estaba en la vía sino por fuera de ella, conducta que no puede resultar reprochable en este juicio, así hubiese quedado probado que no había berma.

No se olvide, en un curso normal de los acontecimientos conforme a las reglas de la experiencia, no era previsible que un vehículo de carga se saliera de la vía como aquí ocurrió, tampoco que transitara por este sitio, sobre todo cuando no hay dato certero de que correspondiera a un lugar de alta accidentalidad como para por lo menos considerar que la víctima se expuso al riesgo.

De manera que, no hay prueba de que la actividad de la señora Urrea -hablar por celular a un lado de la vía-, hubiese sido en todo o en parte determinante en la causa del perjuicio que ahora se reclama, y por eso este punto de apelación se cae por su peso.

7. La parte actora denuncia que en la sentencia confutada no se hizo valoración de los testimonios que demuestran la existencia de los perjuicios materiales y su monto.

7.1. Obra en el expediente las siguientes declaraciones:

(...)

7.2. De la valoración en conjunto de esa testimonial, se tiene que colegir que la señora Martha Urrutía era una persona trabajadora, aproximadamente desde el 2007-2008 hasta época próxima a su muerte, efectuó por lo menos dos actividades, una era la venta de dulces, alimentos de paquete y bebidas gaseosas en un mesón o caseta que tenía a la orilla de la carretera que pasaba cerca a lugar de residencia.

La otra actividad a la que se dedicaba era al cobro del paso de vehículos por un broche o carretera cercana a su casa, y que conducía a un río al que iban de paseo algunos turistas, o por donde pasaban vehículos para sacar “*material de arrastre*”. Además, cobraba por cuidar algunos carros, y por vender o preparar almuerzos a quienes solicitaban ese servicio.

No hay discusión entonces que la ganancia de la venta de productos a orilla de carretera era

percibida exclusivamente por la señora Urrea y por ende se torna necesario reconocer la indemnización por lucro cesante.

7.3. Como se analizó en precedencia, la señora Martha Urrea había sido una persona activamente laboral, que desarrollaba actividades en forma independiente, aunque no siempre continua, que durante su vida había desempeñado diferentes labores, algunas veces en la venta de dulces, alimentos de paquete y bebidas gaseosas en un mesón o caseta que tenía a la orilla de la carretera que pasaba cerca a lugar de residencia, no queda más camino que estarse a la presunción de que devengaría un salario mínimo para la fecha del siniestro, para no soslayar el derecho a la reparación integral que tiene el demandante.

Previamente resulta necesario aclarar que si bien el salario mínimo del año 2013 ascendía a \$589.500, esta no puede ser la base de la liquidación, porque como lo tiene decantado la citada jurisprudencia normalmente de esa cifra se descuenta el 25% que se entiende destinaba la señora Martha para su propia subsistencia, y el restante tendrá que dividirse entre 5 hijos menores que tenía al momento de su muerte, entre ellos el demandante porque todos tenían derecho de alimentos, y no hay lugar a incrementarla en un 25% porque no era el producto de una relación laboral.

La base del salario para la liquidación sería entonces el siguiente:

$$\$589.500 - \$147.375 (25\%) = \$442.125$$

$$\$442.125/5 = \mathbf{\$88.425}$$

Base del Salario= **\$88.425**

7.4. Para establecer el tiempo durante el cual se debe liquidar el lucro cesante se debe tener en cuenta que el accidente ocurrió el 17 de mayo de 2013, hasta la fecha de esta sentencia, esto es, el 03 de marzo de 2021 que corresponden a **93.36 meses**. Así, se tendrán como base para la liquidación del lucro cesante consolidado la suma de **\$88.425** como ingreso mensual, durante **93.36**, meses siendo necesario actualizar a la fecha, esa renta con la siguiente fórmula:

$$Ra = Rh \times IPC \text{ final} \\ \text{IPC Inicial}$$

$$Ra = \$88.425 \times 105.91 \text{ (enero 2021)} / 78.99 \text{ (abril de 2013, ipc inicial).}$$

$$Ra = \$88.425 \times 1.34$$

Ra= \$118.489 (renta actualizada)

Para liquidar el lucro cesante consolidado es

menester aplicar la siguiente fórmula, aceptada por la Doctrina:

$$S = Ra \times \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

Donde S= Suma Calculada, Ra= renta actualizada, n= meses durante los cuales se causó el perjuicio, i= tasa de interés constante del 0.004867.

- Aplicado al caso:

$$S = \$118.489 \times \frac{(1+0.004867)^{93.36} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$118.489 \times 0.573466/0.004867$$

$$S = \$118.489 \times 117.8274492$$

S= \$13.961.256 (lucro cesante consolidado).

7.5. El lucro cesante futuro debe reconocerse a partir de la fecha de esta sentencia, y hasta que el niño demandante cumpla 25 años, “*por ser la edad en la que ordinariamente se culmina la educación superior y se está en capacidad de valerse por sí mismo (Sent. del 18 de octubre de 2001 y 5 de octubre de 2004)*”.

Es importante poner de presente que no hay lugar a disminuir el tiempo de liquidación (hasta los 25 años) porque la señora Martha Urrutia para el momento de los hechos tenía 35 años (nació el 20 de enero de 1978), su expectativa de vida era de 50.5 años más (Resolución 1555 de 2010, Superintendencia Financiera), y este término supera los 21 años que faltaban al demandante para llegar a los 25 años (nació el 8 de abril de 2009, tenía 4 años para ese momento).

Se procede entonces a liquidar el lucro cesante futuro aplicando la siguiente fórmula, aceptada por la Doctrina:

$$LCF = Ra \times \frac{(1+i)^n - 1}{i \times (1+i)^n}$$

Donde LCF= lucro cesante futuro; Ra= renta actualizada, i= tasa de interés constante del 0.004867, n= tiempo durante el cual se causará el perjuicio.

Tenemos entonces que la renta actualizada base de la liquidación son **Ra= \$118.489**, y que el número de meses a liquidar a partir de la fecha de esta sentencia y hasta el 4 de abril de 2034 (fecha en que el niño cumple 25 años), son **157,03** meses.

Aplicado al caso:

$$LCF = \$118.489 \times \frac{(1+0.004867)^{157.03} - 1}{0.004867 \times (1 + 0.004867)^{157.03}}$$

$$LCF = \$118.489 \times 109.6075376$$

LCF= \$12.987.287 (Lucro cesante futuro).

8. La parte demandante insiste en esta instancia en que se revise el monto del perjuicio moral con miras a que se incremente, mientras que Seguros Generales Suramericana S. A., rebate que hay pruebas de que el menor no sufrió daño moral.

8.1. A juicio de esta Sala, no se aportó ninguna prueba que derrumbe la presunción de daño moral de un hijo por la muerte de su madre, así que dicho reconocimiento debe ser respaldado en esta instancia por la Sala.

En efecto, las pruebas adosadas revelan que el niño demandante padeció perjuicios morales y a futuro sin duda puede seguirlos padeciendo.

Leonardo Antonio Botia SÁCHICA, psicólogo, dijo que trabajó con el menor sesiones de psicología entre 4-6 mensuales y que para la fecha de su declaración estaba teniendo 2 en el mismo periodo. Relató que el niño llegó a su consultorio con un proceso mental en el que se diagnosticó una depresión producida por la muerte de su figura materna, sin que se hubiese demostrado de forma técnica que esa situación obedecía a una razón diferente.

María Erly Rodríguez Hernández dijo que el niño era tratado por tres psicólogos, uno del Sisbén que lo ve continuamente, otro del colegio y el personal. Describió que el niño a veces veía una estrella y le refleja a su señora madre, y cuando en el colegio envían razones a esta, él siente que ella no está, además que en ocasiones presenta episodios de tristeza, somnolencia y aislamiento.

Andrés Guillermo Caicedo, adujo que el niño a veces decía que la mamá estaba sentada en frente viéndolo o señalándolo, y **Lady Johana Medina Urrea,** refirió que cuando miraba la foto de la mamá se ponía a llorar, se aislaba y de repente decía verla.

Es preciso, indicar que si bien **Alcira Urrea Rojas,** puso de manifiesto que el niño pudo presentar daño psicológico previo al accidente porque según le contó su fallecida hermana su compañero sentimental al parecer maltrataba al niño por usar pañal a su edad, ese hecho no quedó plenamente acreditado, ni siquiera la declarante sostuvo que le costaba esa situación.

De otra parte, si bien es cierto en la historia clínica del menor se avizora que en cita del 15 de marzo de 2016 (casi tres años después del accidente), aparece una nota de evolución en psicología que dice: “*se realiza psicoterapia individual, se trabaja el cuento y se encuentra que no hay rastros de dolor por la ausencia de*

la madre (fls. 669 C2 VTo), de la misma no emerge que se trate de una situación definitiva, es decir, que a futuro el niño nunca más presentara situaciones de esa índole, y menos que en tiempo pasado no hubiese padecido.

En esa medida, se encuentra acreditada la existencia de perjuicio moral en cabeza del demandante, se demostró que el daño que nos ocupa afectó sentimientos íntimos que deben ser resarcidos.

8.2. No obstante, se deberá modificar la forma y la cuantía reconocida en la sentencia de primera instancia, porque el tema de ordenar “una póliza que cubra toda su educación superior, de acuerdo a las políticas de la empresa (...) que garantice (...) el plan de vida que (...) reclama que es un beneficio importante”, por un valor de \$78.000.000,00, excede los tope máximo establecidos por la jurisprudencia y vulnera el principio de congruencia consagrado en el artículo 281 del C.G.P., en virtud a que dicha póliza no fue solicitada en las pretensiones de la demanda.

En relación con dicho tópico, el auto AC3265-2019 proferido por la Corte Suprema de Justicia, dilucidó el tema así:

“(…) Así las cosas, para la ponderación de los daños extrapatrimoniales, se acude al denominado “arbitrium iudicis” o “recto criterio del fallador”, atendiendo “(…) el marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador (…)”

Bajo ese contexto, la tasación realizada por esta Corte en algunos eventos donde se ha reclamado indemnización del perjuicio moral para los padres, hijos y esposo(a) o compañero(a) permanente de la persona fallecida o víctima directa del menoscabo, se ha establecido regularmente en \$60´000.000,00., lo cual implica, *prima facie*, que dicha cuantía podrá ser guía para su determinación.”

Quiere decir lo anterior, que la suma de \$72.000.000 fijada en la Sentencia SC5686-2018, fue excepcional, en tratándose de un daño de mayor connotación y repercusión (tragedia colectiva), y no varía la doctrina probable que en forma constante ha reconocido sobre el tope máximo de \$60.000.000,00 en asuntos comparables con el que ahora se resuelve, por tratarse de un daño individual.

Por tal virtud, la condena por perjuicios morales en favor del menor demandante, se

fijará en esta sentencia en el tope máximo reconocido por la jurisprudencia en caso de muerte, esto es, en la suma de \$60.000.000,00.

Cabe precisar que, esa orden no va en contra de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política que establece la prevalencia de los derechos de los niños sobre los demás. En estrictez, se está protegiendo el derecho a la indemnización de perjuicios que tiene el niño demandante, mediante la orden de entregarle una compensación en dinero, respetando además el derecho de los obligados a ejecutar la prestación debida, y pactada en la fuente de esa obligación -contrato de seguro-.

Se advierte también que no obra en el expediente prueba clara, precisa y fehaciente que ponga de manifiesto alguna razón para impedir que el señor Gustavo Rodríguez, en calidad de padre reciba el dinero que por indemnización de perjuicios corresponde a su hijo Erick Hair Rodríguez Urrea, decidir algo distinto por mera prevención es pasar desapercibido que este juicio está gobernado por lo dispuesto en el artículo 83 de la Constitución Política.

8.2. Cabe también poner de presente que a pesar de que los escritos de impugnación y sustentación surgen visos de que el demandante insiste en que se debió conceder el denominado “daño a la vida de relación”, no indicó en concreto en qué consistió ese perjuicio, y las razones por las que debió ser acogido en primera instancia.

Como en términos generales se denunció que el niño Erick presenta problemas psicológicos (daño moral -afectación a su esfera interna) por la muerte de su madre, más no que padece una aminoración que le impida o dificulte gozar de los bienes de la vida, se impone desechar este cargo y tener por probadas las excepciones de mérito relacionadas con dicho punto.

9. Denuncia el demandante que la sentencia apelada debe ser revocada por observar cinco (5) o más mensajes encriptados en idioma arameo o árabe dados por los señores Presidentes del Tribunal Superior de Bogotá, en sendas actas de reparto de este proceso a los señores Magistrados a quienes les correspondió su conocimiento.

No obstante, ese punto de apelación está condenado al fracaso. No fue un reparo formulado contra la sentencia de primera instancia, y por otro, no obra en el expediente prueba fehaciente de que existan gráficos o mensajes que traduzcan las instrucciones que censura el recurrente.

10. Seguros Generales Suramericana S. A., reclama que del contrato de transacción

celebrado el 28 de marzo de 2014, entre familiares de la señora Martha y la primera por valor de \$150.000.000, no se podía deducir que el siniestro reclamado estuviera amparado por la póliza, también se debió encontrar probada la ruptura del nexo causal, y que su obligación está condicionada a que se declare la responsabilidad civil del asegurado.

La transacción a la luz del artículo 2469 del Código Civil, corresponde a un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual, y por eso de ese negocio jurídico no puede derivarse confesión de responsabilidad o que el riesgo realizado está amparado por la póliza a cargo del censor.

No obstante, la prosperidad de este cargo no derriba la responsabilidad civil declarada y las condenas impuestas, pues la misma no deriva de dicha transacción, sino de la valoración del cauda probatorio recaudado, tal y como se ha explicado en esta sentencia, sin que sea necesario reiterar los títulos de imputación que recaen en el conductor, locatario y empresa de transporte, como responsables solidarios en su condición de guardianes de la actividad peligrosa causante del daño.

10.1. Seguros Generales Suramericana S. A., insiste en que no está obligado a cubrir el amparo reclamado porque su obligación como aseguradora según su reclamo está condicionada exclusivamente a que se declare la responsabilidad civil del asegurado, tema que pasa a analizarse a continuación.

En la carátula de la póliza colectiva de automóviles No. 20014, en la figura como tomador Banco de Occidente S. A., asegurado y beneficiario **“ver relación adjunta”, anexo 13325**, vigencia desde 2013-05-01, hasta 01-06-2013, amparos contratados *“pesados 439 RCE 100/100/200 exc 300”*, y en particular se encuentra consignado *“la presente póliza ampara los riesgos descritos en el condicionado general del seguro de Automóviles registrada en la superintendencia financiera con el código 02/03/2011-1315-p-03 Automoviles2011 aplica para vehículos livianos y 02/03/2011-1315-p-03 Autopesados12011 aplica para vehículos pesados”* (negrilla fuera de texto, fls. 15 C1).

De igual modo, se encuentra el Certificado Individual de esa póliza en la que aparece en concreto como beneficiario el Banco de Occidente S. A., y se describen los amparos contratados por responsabilidad civil extracontractual entre otros, lesiones o muerte a dos o más personas \$200.000.000 y responsabilidad civil extracontractual en exceso de \$300.000.000, además el vehículo asegurado es el de marca Internacional, clase

remolcador, de servicio público, y placa SRM919 (fls. 15 C1)

Así mismo, se aprecia el documento intitulado Póliza de Automóviles – Relación de Vehículos Asegurados No. 20014, en el que figura como asegurado el Banco de Occidente S. A.

Examinado el condicionado que rige esa póliza, esto es, el 02/03/2011-1315-p-03 Autopesados12011, se encuentra que **“RSA [Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S. A.], indemnizará la responsabilidad civil extracontractual en que de acuerdo con la ley incurra el asegurado o las personas autorizadas por este, al conducir el vehículo descrito en la carátula de la póliza, proveniente de un accidente o serie de accidentes emanados de un solo acontecimiento y ocasionados por el vehículo que se encuentra descrito en la carátula de la póliza”** (negrilla fuera de texto, fls. 23, C1).

Se entiende entonces que, la obligación de la aseguradora apelante es que no solo ampara la responsabilidad civil extracontractual en que incurra el asegurado, sino también las personas autorizadas por este: *i)* al conducir el vehículo descrito en la póliza; y *ii)* proveniente de un accidente o serie de accidentes emanadas de un solo acontecimientos y ocasionados por el vehículo que se encuentra descrito en la carátula de la póliza.

Teniendo en cuenta que, no cabe la menor duda que tal calidad -persona autorizada- la tiene la señora Adriana Yaneth Santander Arias, locataria del vehículo asegurado, cuya responsabilidad extracontractual está comprometida en este caso, por virtud de la sentencia de primera instancia, y que no fue materia de apelación por la misma, refulge evidente que la aseguradora recurrente está llamada a indemnizar en los términos del contrato de seguro por la realización del riesgo asegurado.

Esa situación se afianza si no se pasa por alto lo siguiente, en el contrato de Leasing Financiero de Importación No. 180-44347, sobre el vehículo de placas SRM-919, suscritas por Leasing de Occidente S. A., hoy a cargo del Banco de Occidente S. A., y la señora Adriana Yaneth Santander Arias, se acordó que el primero entregó a la segunda ese vehículo, y en la obligación de entrega se pactó que **“Leasing colocará a través del proveedor el (los) bien (es) a disposición de EL LOCATARIO”** (fls. 325, 325 vto, cláusulas segunda y sexta. C1), y en particular, una obligación de ésta última según ese negocio era **“emplear el (los) bien (es) únicamente para las labores para las cuales fue (ron) diseñado (s)”** (fls. 326 C1).

Lo discurrido pone de manifiesto que Adriana Yaneth Santander Arias, estaba autorizada por el beneficiario -Banco de Occidente S. A.- para operar el vehículo de servicio público y de placa SRM919, amparado por la citada póliza, y como en este juicio se encontró extracontractualmente responsable la primera por su calidad de guardiana del automotor asegurado, no queda más camino que desechar el cargo bajo estudio.

10.2. Seguros Generales Suramericana S. A., reclama que la suma asegurada por lesiones o muerte de dos o más personas se disminuyó por el pago indemnizatorio que hizo a los familiares de la señora Urrea Rojas, y que por eso debe solo \$50.000.000.

Sostiene que erróneamente se aplicó de manera concurrente los amparos siendo independientes, sin determinar el que se adecue al caso, y todo amparo en exceso debe afectarse de conformidad con las reglas de la coexistencia de seguros, y por eso cualquier condena debía ser asumida por las dos aseguradoras vinculadas a este litigio.

El artículo 1092 del Código de Comercio, dispone: *“Indemnización en Caso de Coexistencia de Seguros”. En el caso de pluralidad o de coexistencia de seguros, los aseguradores deberán soportar la indemnización debida al asegurado en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos, siempre que el asegurado haya actuado de buena fe”*.

Por su parte, el artículo 1094 *ibidem*, señala. *“hay pluralidad o coexistencia de seguros cuando éstos reúnan las condiciones siguientes: 1) Diversidad de aseguradores; 2) Identidad de asegurado; 3) Identidad de interés asegurado, y 4) Identidad de riesgo”*.

La doctrina versada explica que la coexistencia de seguros *“supone (...) la existencia de varios aseguradores que aseguran, ya no conjuntamente sino separadamente, el mismo objeto y, desde luego el mismo interés”*.

De conformidad con el anexo a la póliza de seguro -vehículos pesados y/o servicio público, el amparo por responsabilidad civil extracontractual, procede para indemnizar la responsabilidad civil de ese tipo que de acuerdo con la ley incurra el asegurado o las personas autorizadas. (fls. 77 C6).

Sin embargo, el amparo por responsabilidad civil en exceso, si bien está plasmado en la carátula de la póliza (fls. 69-70 C6), no se encuentra descrito en el anexo -vehículos pesados y/o servicio público que se incorporó al expediente (Cfr. fls. 77-90 C6), está incompleto, no contiene la forma en que opera

ese amparo, y menos que no pudiese resultar afectado ante el agotamiento del monto de responsabilidad civil por lesiones o muerte a dos o más personas, como se hizo en este caso.

La única referencia que hay del mismo, parece ser la establecida para vehículos livianos particulares, y que dice: *“para que el presente amparo se entienda otorgado, así deberá constar en la carátula de la póliza. El valor indicado en la carátula de la póliza opera en exceso de la suma asegurada para la cobertura de responsabilidad civil extracontractual”* (fls. 14 C6).

De este texto surge que, el amparo en exceso debe estar pactado en la póliza y que opera en *“exceso”* de los establecidos en caso de responsabilidad civil extracontractual. Según la RAE el ese vocablo -exceso- *“significa parte que excede y pasa más allá de la medida o regla”*, por eso se entiende que opera para cubrir la parte que excede y pasa más allá de los amparos establecidos por responsabilidad civil extracontractual, como se hizo en primera instancia.

Cabe indicar también que, a pesar de que el numeral 3.1.5. de las condiciones generales para vehículos pesados y/o servicio público, dice: *“para la aplicación de los límites indemnizados, debemos precisar que éstos, son independientes uno del otro y que por ninguna causa serán acumulable entre sí”* (fls. 83 C6), no puede entenderse que esa determinación también aplica al amparo por responsabilidad civil extracontractual en exceso.

Llegar a esa conclusión sería tanto como decir que nunca habría lugar a aplicar este último⁴¹, aun cuando se agote la suma asegurada para la cobertura de responsabilidad civil extracontractual por lesiones o muerte a dos personas, cuando precisamente es este uno de los hechos que abre paso a la afectación del primero.

En ese sentido, se puede concluir que si bien es cierto esos dos amparos por regla general no operan de forma conjunta, puede haber casos en que sí hay lugar a esa doble afectación, puntualmente cuando el monto a indemnizar por responsabilidad civil extracontractual exceda, sea superior o pase más allá del monto fijada por lesiones o muerte a dos o más personas.

10.3. Alega también la aseguradora que el amparo de responsabilidad civil en exceso debe afectarse de conformidad con las reglas de la coexistencia de seguros entre la póliza No. 20014, expedida por Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia S. A.); y la No. 1052116, emitida por La Previsora S. A. Compañía de Seguros.

Sin embargo, entre esos dos negocios jurídicos se echa de menos uno de los elementos que estructuran la coexistencia de seguros, esto es el denominado “*identidad de riesgo asegurado*”, contemplado en el numeral 4) del artículo 1094 del Código de Comercio.

En la póliza expedida por la recurrente, más concretamente en el amparo respecto del cual se pide que se aplique la figura de la coexistencia de seguros, esto es, el de responsabilidad civil extracontractual en exceso, el riesgo asegurado corresponde a los perjuicios en “*exceso de la suma asegurada para la cobertura de responsabilidad civil extracontractual*”, establecida en el mismo contrato de seguro (fls. 2, 14, y 83 C6).

En la póliza expedida por La Previsora S. A. Compañía de Seguros, el riesgo asegurado fue “*la responsabilidad civil por lesiones a terceras personas o daños a propiedades de terceros que le sean imputables al asegurado legalmente como consecuencia de la utilización en el giro normal de sus negocios, de vehículos propios y no propios que presten el servicio de movilización de mercancías a nivel nacional, siempre y cuando se encuentren contratados mediante manifiesto de carga y/o remesa de carga; opera en exceso de \$100.000.000/\$100.000.000/\$200.000.00 del seguro de automóviles SOAT, y de cualquier otro seguro de responsabilidad civil que el vehículo posea*”. (Negrilla fuera de texto, fls. 3 C2).

Como puede apreciarse, no hay identidad de riesgo asegurado entre el amparo de responsabilidad civil extracontractual en exceso otorgado por Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia S. A.), y el ofrecido por La Previsora S. A. Compañía de Seguros. Si bien ambos recaen sobre responsabilidad civil extracontractual del correspondiente asegurado, el primero opera en exceso de su misma cobertura -responsabilidad civil

extracontractual-, y el segundo en exceso de cualquier seguro de responsabilidad civil que el vehículo siniestrado posea.

No estando presente ese elemento **-identidad de riesgo-** para la estructuración de la coexistencia de seguros que se reclama, sin necesidad de examinar los demás, se desecha el cargo.

11. La parte demandante enrostra yerro al fallo confutado porque la condenó en costas en favor de los demandados, desconociendo la prevalencia de los derechos de los niños sobre los demás.

Revisada la sentencia apelada, se advierte que asiste razón al recurrente. El juez de primera instancia no debió condenar en costas al demandante por el trámite de la primera instancia en “*favor de los demás demandados*” porque el único vinculado respecto del cual no salieron avante las pretensiones debatidas en este juicio fue La Previsora S. A. Compañía de Seguros, quien fue un llamado en garantía y pese a que no se impuso condena en costas en su favor, no impugnó esa determinación, tal y como acontece con Oscar Javier Flórez Martínez.

Ahora, y como según la parte motiva de la providencia apelada fueron encontrados responsables Cesar Alejandro Flórez Martínez, Adriana Yaneth Santander Arias y Transportes Vigía S. A. S., inclusive Seguros Generales Suramericana S. A., resultó vencido en juicio, no procedía condenar en costas al convocante.

Por el contrario, atendiendo que el artículo 365 del Código General del Proceso, de forma objetiva impone condenar en costas “*a la parte vencida en el proceso*”, es necesario modificar esa orden y condenar a Cesar Alejandro Flórez Martínez, Adriana Yaneth Santander Arias, Transportes Vigía S. A. S., y Seguros Generales Suramericana S. A., y en favor del demandante.

CONTRATO DE SEGURO / NULIDAD RELATIVA POR RETICENCIA
MP DR. IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA
RADICADO: [11001319900320180271201](#)

TESIS

En conclusión, el asegurado faltó a la verdad al momento de responder negativamente el formulario de declaración de asegurabilidad, cuando se le preguntó si ha tenido enfermedades o “*síntomas*” relacionados con “*h. Gastrointestinales: Gastritis, úlcera gástrica o duodenal, enfermedades del intestino, hígado, vesícula biliar, páncreas, apendicitis, peritonitis, enfermedades del colon, hemorroides, alteraciones rectales o anales, hemorragias digestivas*” y “*q. tumores o cáncer*”

Entonces, como no guardó la debida lealtad dada la información suministrada, se genera la nulidad relativa del contrato conforme a lo establecido en el artículo 1058 del Código de Comercio, pues según lo expuesto, se acreditó que el asegurado conocía sus antecedentes médicos, en concreto, los atinentes al diagnóstico de cáncer y la gastritis, los que de haber sido conocidos por la aseguradora, muy seguramente la hubieran llevado a no perfeccionar el contrato, o hacerlo bajo otras condiciones.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones de la demanda.

1. Se declare que la muerte de Georges Johan Opoka afectó el amparo de vida que hace parte del contrato de seguro contenido en la póliza No. DE-206 “*Crédito Hipotecario*”, que ampara el crédito No. 6000477100159687.

2. Se declare la prescripción de la nulidad relativa del contrato por reticencia y/o inexactitud de la declaración del estado del riesgo.

3. Se declare que Compañía de Seguros Bolívar S.A. incumplió el contrato, por no pagar a Banco Davivienda S.A. el saldo insoluto de la obligación contenida en crédito en mención.

2. Fundamentos fácticos de las pretensiones

2.1. El 29 de noviembre de 2012, María Cristina Mendoza Loaiza y Georges Johan Opoka³, celebraron con Banco Davivienda S.A., contrato de leasing No. 0600004200238425, cuya garantía se estableció sobre el inmueble con matrícula inmobiliaria No. 50N-20058559, por valor de \$496.000.000. Crédito amparado con la póliza vida grupo deudores No. VP-100 Nro. 5132000010001.

2.2. El 17 de febrero de 2017, el señor Opoka se realizó unos exámenes médicos en la Fundación Cardio Infantil y el 28 de febrero siguiente, éste junto con su compañera permanente, celebraron “*contrato de prenda (garantía mobiliaria) abierta sobre el derecho de ejercicio de la opción de adquisición y los derechos económicos derivados del contrato de leasing habitacional*”. El crédito de Libre Inversión - Línea Preferencial (Leasing - Crédito Hipotecario), identificado con el Nro. 60000477100159687, fue desembolsado el 28 de febrero de 2017, por valor de \$250.000.000

2.3. El 8 de febrero de 2017, Georges Johan Opoka diligenció “*declaración de asegurabilidad*” y, al día siguiente, Seguros Bolívar, a fin de determinar la condición de salud de aquel, ordenó la práctica de unos exámenes médicos ante su red de médicos.

2.4. El 20 de febrero de 2017, el Banco comunicó al señor Opoka, a través de la “*CARTA DE ACEPTACIÓN EXTRAPRIMA*”, firmada como aceptación, lo siguiente: “*analizada la información médica por parte de Seguros Bolívar, para el otorgamiento del seguro de vida deudores que respalda el crédito que por usted está siendo tramitado actualmente en Davivienda, la compañía aseguradora ha establecido las siguientes*

4. Se condene a Compañía de Seguros Bolívar S.A. a pagar a Banco Davivienda S.A., el saldo de la obligación crediticia, referido en el numeral anterior.

5. Se condene a Compañía de Seguros Bolívar S.A., como consecuencia del referido incumplimiento, a pagar a la demandante, las cuotas que ésta pagó con ocasión del crédito, así: \$64.438.000, por el abono realizado el 28 de agosto de 2018, más las sumas de dinero que llegue a pagar, por el mismo concepto, desde la fecha de la presentación de la demanda hasta la ejecutoria de la sentencia.

condiciones de aceptación, excluyendo el amparo de incapacidad total y permanente”.

2.5. El 28 de febrero de 2017, se expidió el “*CERTIFICADO INDIVIDUAL DE SEGURO DE VIDA GRUPO-DEUDORES*” que hace parte de la póliza No. DE-206 “*Crédito Hipotecario*”. No se entregó a la demandante las condiciones generales, particulares ni anexos de la misma.

2.6. El 22 de noviembre de ese año falleció Georges Johan Opoka, por lo que el 30 de noviembre siguiente, María Cristina Mendoza Loaiza, diligenció el “*FORMATO ÚNICO PARA RECLAMACIONES DE SEGUROS DE VIDA Y SUS ANEXOS*” de Seguros Bolívar.

2.6.1. El Crédito Nro. 06000004200238425 fue pagado por Seguros Bolívar S.A. al Banco Davivienda el 6 de febrero de 2018, afectando la póliza Nro. VP-100, por un valor de \$345.357.997, empero, la citada entidad financiera no ha dado cumplimiento al parágrafo de la cláusula 8ª del contrato.

2.6.2. En comunicación DNISV-6918107-6918256 del 6 de febrero de 2018, Seguros de Vida de Seguros Bolívar, señaló que no podía afectar ningún pago respecto del crédito 60000477100159687, porque el asegurado secundario fallecido fue reticente en la Declaración de Asegurabilidad, ya que no manifestó que tenía diagnosticado, antes de contratarse el seguro, “*fibrilación auricular, carcinoma renal de células claras, miocardiopatía alcohólica y hepatitis alcohólica isquémica, para la que había recibido tratamiento*”.

2.7. Como consecuencia del referido fallecimiento, la demandante ha pagado a

Davivienda, respecto de esa última obligación,

la suma de \$64.438.000.

EL RECURSO DE APELACIÓN

6.1. *“A pesar de haber practicado exámenes médicos, Compañía de Seguros Bolívar no conoció ni debía conocer las patologías que tenía el señor Opoka y que ocultó al momento de tomar la póliza”.*

El artículo 1058 del C. de Co. establece que el tomador debe informar los hechos relevantes del riesgo y no que el asegurador debe informarse de los mismos, y si bien éste, por ser un profesional tiene una carga mínima de sagacidad, no deja de ser aquella una obligación legal que tiene sustento en la buena fe.

Los exámenes médicos practicados no reemplazan el cuestionario que se formuló. También eran determinantes todas aquellas enfermedades respecto de las cuales se le preguntó expresamente si padecía, contenidas en la declaración de asegurabilidad, y que expresó no haber sufrido, tales como *“(i) enfermedades del corazón, (ii) enfermedades en los riñones (iii) tumores, ni (iv) enfermedades crónicas del hígado, a pesar de que, como se demostró con la historia clínica aportada al proceso y con declaración del Doctor Fabián Arias, el asegurado padecía de fibrilación auricular, miocardiopatía, carcinoma renal de células claras, e insuficiencia hepática”.*

La tesis conforme a la cual con los exámenes médicos la aseguradora adquiere el conocimiento total del riesgo, además de ser

ilegal y equivocada, incentiva la mala fe y premia a quien oculta la verdad, pues es imposible, con un examen médico, conocer todas las posibles enfermedades que tiene una persona.

6.2. *“La demandada acreditó que las enfermedades que sufría el señor Opoka eran relevantes del estado del riesgo”.*

El testimonio del doctor Fabián Arias acredita que las enfermedades que sufría el señor Opoka eran relevantes del estado del riesgo y de haber sido conocidas por la aseguradora, la hubieran retraído de otorgar la póliza. Además, las enfermedades que fueron consignadas en la declaración de asegurabilidad y que aquel omitió, eran indiscutiblemente relevantes del estado del riesgo y por lo tanto erró la Delegatura al considerar que no se había cumplido este requisito.

6.3. *“Se equivocó la Delegatura al afirmar que no se demostró que el tomador tuviera conocimiento de las patologías que padecía al momento de tomar la póliza de seguro”.*

El testimonio del doctor Fabián Arias demuestra que el señor Opoka no podía desconocer su estado de salud pues sus padecimientos constituían enfermedades crónicas, que requieren de tratamiento médico permanente y controles periódicos y por lo tanto era consciente de ellas.

ANÁLISIS DE LA SALA

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 C.G.P.

2. El problema jurídico a resolver consiste en determinar si el contrato de seguro objeto que dio lugar a la presentación de esta demanda (DE-206), es nulo por reticencia, con ocasión de la información que fue suministrada por George Johan Opoka al momento de suscribir la declaración de asegurabilidad. En caso de llegarse a una respuesta afirmativa, se analizará si dicha nulidad resultó convalidada, advirtiéndose desde ahora que el fallo apelado será revocado, por las razones que se pasan a exponer.

3. Respecto del tema que centra la atención, esto es, la declaración del riesgo, el artículo 1058 del Código de Comercio, establece:

El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro.

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

Si la inexactitud o la reticencia provienen de error inculpable del tomador, el contrato no será nulo, pero el asegurador sólo estará obligado, en caso de siniestro, a pagar un

porcentaje de la prestación asegurada equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del riesgo, excepto lo previsto en el artículo 1160.

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

4. La Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SC5327-2018, abordó las características de la reticencia, de la siguiente forma:

De acuerdo con el artículo 1058 del C. de Co. la reticencia o inexactitud en que incurra el tomador del seguro acerca del estado del riesgo genera nulidad relativa del contrato, siempre que los datos omitidos o imprecisos sean relevantes para la calificación del estado del riesgo.

Esa inadvertencia, para afectar la validez de la convención, debe ser trascendente, toda vez que si la declaración incompleta se concentra en aspectos que, conocidos por la aseguradora, no hubieran influido en su voluntad contractual, ninguna consecuencia se puede derivar en el sentido sancionatorio mencionado, todo lo cual se funda en la lealtad y buena fe que sustenta los actos de este linaje.

De ese modo, son relevantes, al decir de la norma en cita, las inexactitudes y reticencias cuando *«conocidas por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas (...)*», vale decir, la relevancia de la omisión o defectuosa declaración del estado del riesgo tiene qué ver directamente con datos esenciales para la cabal expresión de la voluntad.

En la misma sentencia, al referirse al responsable de la información veraz, previa a la contratación del seguro, la alta corporación en mención, precisó:

El tomador o el asegurado, en cumplimiento de la buena fe comercial, debe dar una información clara y fidedigna sobre el aspecto puntual que se le indaga, relativo al interés asegurable, pues si así no lo hace, conduce a la compañía a contratar con base en la creencia de hechos diversos a los que en verdad existen, esto es, la lleva a emitir el consentimiento cimentado en el error, lo cual es, sin duda, un vicio del consentimiento generador de nulidad relativa.

Ahora bien, esas inexactitudes y reticencias son predicables del tomador, ya que éste es el

obligado *«... a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador (...)*», como lo refiere el canon 1058 del C. de Comercio. De manera que si él conocía la circunstancia omitida o podía conocerla, hay lugar a la sanción de nulidad relativa por reticencia, pero si ignoraba ese hecho, por ejemplo, porque era del resorte del asegurado, cuando éste es persona diferente del tomador, no es posible hablar de aquella.

Dicho en otras palabras, si el tomador no oculta información o, lo que es lo mismo, si declara sincera y completamente el estado del riesgo fundado en la información objetiva que tiene sobre el mismo, no habría incumplimiento de sus deberes en la etapa precontractual, y ello descartaría la presencia de la mencionada causal de invalidez (...).

En suma, si el tomador omite información relevante al momento de negociar un contrato de seguro, finalmente consolidado, se está en el escenario de la reticencia, que conduce a la invalidez relativa del convenio. Por su parte, si el asegurado se reserva información respecto de circunstancias de agravación del riesgo, presentadas luego de la entrada en vigencia del seguro se está en causal de terminación del vínculo.

5. En el *sub examine*, se probó que Georges Johan Opoka, el 8 de febrero de 2017, diligenció formulario de declaración de asegurabilidad, documento en el que se le preguntó si ha tenido enfermedades o *“síntomas”* relacionados con *“e. Cardiovasculares: dolores u opresión torácica, insuficiencia coronaria, preinfarto, infarto del miocardio, cirugía cardiovascular, valvulopatías, soplos cardiacos u otras alteraciones del corazón”, “h. Gastrointestinales: Gastritis, úlcera gástrica o duodenal, enfermedades del intestino, hígado, vesícula biliar, páncreas, apendicitis, peritonitis, enfermedades del colon, hemorroides, alteraciones rectales o anales, hemorragias digestivas”, “j. Riñones y aparato genitourinario: insuficiencia renal, infecciones urinarias frecuentes, proteínas en la orina, azúcar o sangre en la orina, cólicos o cálculos renales, riñón poliquístico”, “q. tumores o cáncer”, “z1. Presenta actualmente algún síntoma y/o afección que no esté en el cuestionario y se encuentre en estudio médico”, a lo que contestó de forma negativa.*

El declarante respondió afirmativamente a lo siguiente: *“b. Alteraciones de los ojos, la visión, los oídos, la audición, tales como: sordera, glaucoma, enfermedades de la córnea o de la retina, cataratas”, “o. Huesos o*

articulaciones (...)", "x. ha estado hospitalizado alguna vez", "y. ha sido sometido a alguna operación quirúrgica" y "z. le han tomado electrocardiogramas, radiografías, biopsias o exámenes de laboratorio en los dos últimos años".

Posteriormente, en el acápite destinado a detallar "LAS RESPUESTAS AFIRMATIVAS", se precisó: "b. presbicia", "o. Cx columna cervical – reemplazo de discos intervertebrales sistema de cajas artificiales – Fx Brazo en infancia" y "x. amigdalotomía – transparente de córnea O.D. –Cx Refractiva", sin ninguna otra anotación.

6. Ahora bien, alega la apelante que se equivoca el *a quo* al sostener que el señor Opoka desconocía que padecía de fibrilación auricular, carcinoma, miocardiopatía alcohólica y hepatitis alcohólica, ya que ocultó su verdadero estado de salud y actuó de mala fe, lo que sustentó en que, contrario a lo concluido por la Delegatura, el testimonio del doctor Fabián Arias demuestra que el señor Opoka no podía desconocer su estado de salud pues sus padecimientos constituían enfermedades crónicas, que requieren de tratamiento médico permanente y controles periódicos, y por lo tanto, era consciente de ellas.

6.1. De cara a ese motivo de inconformidad, esta Sala de decisión advierte que, en efecto, el asegurado fue reticente al momento de diligenciar la declaración de asegurabilidad -8 de febrero de 2017-, lo que se desprende de un análisis de las pruebas recaudadas.

6.2. Al respecto, resulta relevante referirnos primeramente a la historia clínica de Georges Johan Opoka, en la que se destaca lo siguiente:

- Atención clínica. Fecha de ingreso: 17/02/2017 y egreso: 21/02/2017. Antecedentes patológicos: carcinoma de células renales txabril/16 (...) tratado quirúrgicamente (abril 2016) "Se sugiere continuar control con Oncología clínica a discreción del tratante, para vigilancia clínica e imagenología a relación a antecedente de cáncer renal".

- Informe estudio anatomopatológico Q2016008086. 17 de mayo de 2016. Diagnóstico: gastritis crónica leve, no atrófica, sin actividad inflamatoria aguda.

- Evento 21. Ingreso Clínica de Próstata. 2 de mayo de 2016. Diagnósticos: Otros trastornos especificados del sistema urinario – confirmado nuevo. Tumor maligno del riñón, excepto de la pelvis renal – confirmado nuevo.

- Informe estudio anatomopatológico

Q2016006640. 30 de abril de 2016. Diagnóstico clínico: Tumor maligno secundario del riñón y de la pelvis renal (carcinoma renal de células claras).

- Evento 20. Inicio 22 de abril de 2016 - fin 26 de abril de 2016. Ingresó programado para nefrectomía parcial asistida por robot. Enfermedad actual: Hallazgo incidental de masa renal derecha durante seguimiento para estudio de hepatitis isquémica. Órdenes de consulta: Clínica del dolor.

- Descripción quirúrgica. 22 de abril de 2016. Nefrectomía parcial laparoscópica asistida por robótica. Hallazgos: Masa de aproximadamente 4 cm polo superior cara posterior riñón derecho exofítica.

-Evento Nro. 18. 11 de abril de 2016. Control: "Masa renal derecha de 4cms. Explico al paciente necesidad de intervención. Está de acuerdo. Explico cirugía nefrectomía parcial por laparoscopia asistida por robot. Entiende y acepta". Patológicos: "Reflujo gastroesofágico severo.

-Evento Nro. 16. 30 de marzo de 2016. Control hepatología: Hepatitis isquémica resuelta; choque cariogénico resuelto; cardiopatía se descartó enfermedad coronaria. Tratamiento: "no toma medicamentos".

- Evento Nro. 15. 12 de febrero de 2016. Concepto: paciente con antecedentes de hepatitis isquémica.

- Evento Nro. 14. 8 de octubre de 2014. Hepatitis isquémica resuelta. Olestasis secundaria en manejo. Choque cardiogénico resuelto. Cardiopatía se descartó enfermedad coronaria.

- Evento Nro. 12. 30 de julio a 5 de agosto de 2014. Diagnóstico: Insuficiencia hepática, no especificada¹⁴. Órdenes de consulta: Cardiología, medicina física y rehabilitación, rehabilitación cardiaca, psiquiatría adulto.

- Se lee en la Epicrisis¹⁵ del señor Opoka¹⁶: "paciente con 58 años de edad con antecedente de choque cardiogénico posiblemente por miocardiopatía por alcohol manejado en julio 2014, antecedente de hepatitis isquémica resuelta posterior a ingesta de alcohol en julio de 2014, antecedente de heminefrectomía derecha asistida por robot por carcinoma renal de células claras PT1, antecedente de fibrilación auricular encontrada en ecocardiograma equirurgico (sic) de abril de 2016 sin trastornos de la contractibilidad ni de la función ventricular".

6.3. Lo anterior da cuenta de las enfermedades

diagnosticadas al señor Opoka antes de suscribir la declaración de asegurabilidad, consistentes en gastritis crónica leve- no atrofica-sin actividad inflamatoria aguda, reflujo gastroesofágico severo, otros trastornos especificados del sistema urinario, tumor maligno del riñón - carcinoma de células renales, hepatitis isquémica “resuelto”, choque cariogénico “resuelto”, enfermedades que ciertamente se enmarcan dentro de las que fueron negadas en la declaración de asegurabilidad.

Nótese que de la historia clínica se desprende que previo a la solicitud de la póliza, a Georges Johan Opoka se le había practicado una nefrectomía parcial laparoscópica asistida por robótica, en la que se halló una masa que fue objeto de análisis médico, y según informe estudio anatomopatológico Q2016006640 del 30 de abril de 2016, dio como resultado un tumor maligno secundario del riñón - carcinoma renal de células claras.

Sobre ese procedimiento, el médico cirujano José Domingo Blanco Aparicio, afirmó que en el año 2017, “le tomaron una biopsia que la remitieron al patólogo (...) hay una un reporte histopatológico determina que el paciente tiene un tumor de células claras y un posible carcinoma renal que le fue extirpado en un procedimiento quirúrgico (...) el señor Opoka tuvo cáncer (...) tuvo un tumor”.

Luego de indicar que si bien en la historia clínica no aparece que se le hubiera manifestado al paciente expresamente que tenía cáncer, señaló: “lo que yo leí en una historia clínica, es un señor que se le hizo unos exámenes previos, y en los exámenes encontró una lesión renal, además se le encontró unos quistes (...) en un examen de una tomografía, le dijeron, usted tiene una masa, vamos a ver qué es lo que tiene y lo llevamos a un procedimiento, se le hizo (...), se detectó la masa y se mandó al estudio, o sea que él directamente no está padeciendo ninguna enfermedad como tal, eso fue un hallazgo accidental (...) que como todos los hallazgos accidentales conllevan a un estudio de un manejo para detectar que es lo que está pasando. Entonces en ese estudio incidental se la encontró la masa, se programó para hacer un procedimiento, hacer una biopsia y mandarla al patólogo, para que (...) determinará que es, pero el paciente en ningún momento era consciente que tuviese un tumor maligno o cualquier otra alteración, más que la que se percibió por los exámenes que le fueron efectuados”.

Se destaca que el estudio realizado de forma posterior, es decir, la extracción de la masa (estudio anatomopatológico Q2016006640 del 30 de abril de 2016) determinó que el paciente

padeció de un tumor maligno secundario del riñón y de la pelvis renal.

En tal sentido, el médico en referencia, después de expresar que para hacer un procedimiento hay que explicarle al paciente en que consiste, lo que tuvo lugar en el caso que se analiza de acuerdo con la historia clínica, precisó que al señor Opoka: “se le hizo un procedimiento de una lesión que tenía a nivel renal, hasta ese momento se le manda el procedimiento que es la biopsia a patología y en patología determinaron que tiene un tumor de células claras, que es (...) un cáncer, que su tamaño le fue extirpado y que en los controles salió normal (...) hasta ahí se acabó el manejo de ese tumor (...) porque generalmente yo encuentro un paciente con cáncer, yo tengo que llamarlo, decirle, explicarle porque es una de las lesiones más traumáticas que se le puede decir a una persona, pero eso no lo encontré en historia clínica”.

Aunque en el expediente no obra prueba de tratamiento médico en razón del carcinoma que en su momento afectó al señor Opoka, hecho del que podría inferirse que aquel no tuvo conocimiento del mismo, lo cierto es que realizado el correspondiente estudio patológico, se encontró que tuvo un tumor maligno, y como lo expresó el médico en cita, y fluye de las reglas de la experiencia, cuando un médico encuentra que un paciente padece de cáncer “yo tengo que llamarlo decirle explicarle porque es una de las lesiones más traumáticas que se le puede decir a una persona”.

6.4. Afianza lo anterior que en el interrogatorio a la demandante, se le puso en conocimiento el documento titulado “INFORME ESTUDIO ANATOMOPATOLÓGICO No. Q2016006640” con “DIAGNÓSTICO CLÍNICO: TUMOR MALIGNO SECUNDARIO DEL RIÑÓN Y DE LA PELVIS” de fecha 30 de abril de 2016 y, seguidamente, al referirse a ese documento, expresó: “yo acompañé a mi esposo a la clínica, cuando él se hizo el chequeo le salió una pequeña masa, nos dirigimos a la clínica Santa Fe con el doctor Blanco que era el especialista, nos dijeron que le iban a hacer la revisión, o sea, nunca le dijeron usted tiene cáncer, le iban a mirar si era benigno o maligno, en qué estado se encontraba, pero en el momento que le hacen la extracción, ya después nos dan el concepto y si salía lo que acaba de leerme, pero ya le dio 100% que no tenía absolutamente nada en el riñón, posterior a eso se hizo dos chequeos mas, donde le salió que nada, o sea le queda la cicatriz en el riñón, pero no le quedaba absolutamente nada, o sea, no tenía cáncer”.

Obsérvese que de esa manifestación surge

cristalino que la declarante y su esposo el señor Opoka, si se enteraron del padecimiento en referencia, independientemente de que el mismo haya sido superado, lo que denota que se presentó reticencia, toda vez que en la etapa precontractual del contrato de seguro, aquel manifestó que no ha tenido “*tumores o cáncer*”, cuando sí le había sido diagnosticada esa enfermedad, se itera, independientemente de que hubiera sido superada.

6.5. Adicionalmente, se entrevistó que la epicrisis da cuenta de que el señor Opoka fue diagnosticado con gastritis crónica leve- no atrófica - sin actividad inflamatoria aguda, enfermedad que también fue negada en la declaración de asegurabilidad, aunque el literal h) hace alusión expresamente a ella.

En tal sentido, no puede soslayarse que la demandante María Cristina Mendoza Loaiza, en interrogatorio de parte, afirmó que su esposo “*tenía gastritis y se controlaba, tomaba (...) mantenía con gastritis y controlaba con la doctora (...) de la clínica Santa Fe*”.

6.6. En conclusión, el asegurado faltó a la verdad al momento de responder negativamente el formulario de declaración de asegurabilidad, cuando se le preguntó si ha tenido enfermedades o “*síntomas*” relacionados con “*h. Gastrointestinales: Gastritis, úlcera gástrica o duodenal, enfermedades del intestino, hígado, vesícula biliar, páncreas, apendicitis, peritonitis, enfermedades del colon, hemorroides, alteraciones rectales o anales, hemorragias digestivas*” y “*q. tumores o cáncer*”

Entonces, como no guardó la debida lealtad dada la información suministrada, se genera la nulidad relativa del contrato conforme a lo establecido en el artículo 1058 del Código de Comercio, pues según lo expuesto, se acreditó que el asegurado conocía sus antecedentes médicos, en concreto, los atinentes al diagnóstico de cáncer y la gastritis, los que de haber sido conocidos por la aseguradora, muy seguramente la hubieran llevado a no perfeccionar el contrato, o hacerlo bajo otras condiciones.

Al respecto se destaca lo expresado por doctor Fabián Arias, quien frente a ese tópico, señaló: “*si, si se hubiera conocido en ese momento por la declaración del paciente que tenía una fibrilación auricular desde el 2016 y un antecedente de un carcinoma de células renales claras y los antecedentes del evento de la miocardiopatía alcohólica en el 2014 y de la hepatitis alcohólica en el mismo año, es claro que con esa suma de patologías adicionales a la que se declaró en el momento de la suscripción, no se hubiera generado no se hubiera rechazado y no se hubiera asegurado al cliente*”.

7. No resulta admisible para esta Sala de decisión el argumento expuesto por la parte demandante en el sentido que la aseguradora fue negligente por cuanto no le exigió al tomador aportar la historia clínica y, “*en el caso de cáncer, adicionalmente copia del resultado de patología, tal y como lo exigía el formato de autorización de exámenes médicos*”.

Dicho raciocinio carece de fundamento, toda vez que en el asunto que se analiza, el señor Opoka diligenció un formulario que debió completar con información verídica, empero, pasó por alto esa obligación respecto de las enfermedades “*cáncer*” y “*gastritis*”, siendo oportuno recordar que el contrato de seguro se desarrolla en cumplimiento de la buena fe comercial, por lo que en la declaración de asegurabilidad se entiende, en principio, que se suministró una información clara y fidedigna sobre el aspecto puntual que se le indaga.

Diferente sería si nos ubicamos ante el supuesto previsto en el inciso segundo del artículo 1058, esto es, cuando la declaración no se hace con sujeción a un cuestionario determinado, en el que sería exigible a la aseguradora haber adoptado medidas de diligencia más estrictas, como exámenes adicionales a los practicados y, en esa dirección, no cabe duda que la aseguradora demandada practicó al señor Opoka una revisión médica, unos exámenes de laboratorio (sangre y orina) y un ecocardiograma, lo que resulta acorde con la declaración del asegurado, quien se itera, manifestó no haber padecido o padecer cáncer o tumores, ni gastritis.

Sobre el deber información de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia ha expuesto: “*En este específico sentido, es importante agregar que, en materia informativa, como secuela de la buena fe y, en particular, del postulado de la cooperación negocial, el límite o el confín de la carga de informar al otro radica, precisamente, en el deber de informarse a sí mismo, en la medida de lo posible, y de las circunstancias que rodean cada asunto, observación que coincide con la opinión expresada por los juristas galos Gerard Cas y Didier Ferrier, según la cual existe claramente ‘...una relación dialéctica entre la obligación de información, de una parte y, de la otra, el deber de informarse’ (19), el que a juicio de un sector de la dogmática jurídica, como ya se ha referido, está enclavado en otro deber, aún de mayor espectro: el de cooperación, signado por un criterio de reciprocidad negocial, tan propio de la ratio contractual.*»

8. En punto a la prescripción de la nulidad relativa del contrato por reticencia, la misma Corporación en mención, ha precisado: “*El*

término dispuesto para la prescripción ordinaria corre, pues, en relación con la acción de nulidad relativa (art. 1058 C. de Co.) del contrato de seguro, a partir del conocimiento real o presunto que tenga el titular acerca de los vicios que lo afectan, al paso que el de la extraordinaria (5 años) corre desde el momento que nace el derecho a demandar esa nulidad. No hay duda, entonces, de que cuando el motivo de esa acción son las reticencias o inexactitudes respecto de las manifestaciones del tomador, el interesado en promoverla debe hacerlo dentro de los dos años siguientes a la fecha en que conoció o debió conocer esas conductas, sin que en ningún caso pueda promoverla pasados cinco años desde cuando se produjo el perfeccionamiento del contrato, que dio nacimiento al derecho a demandar la rescisión, según se reseñó”

En el *sub examine*, el momento preciso en el que empezó a contabilizarse el término de prescripción en mención, es la fecha en la que la aseguradora tuvo conocimiento de los vicios del contrato, siendo este, el 11 de diciembre de 2017, data en la que recibió de Davivienda la reclamación por el fallecimiento del señor Georges Opoka, documento al que se adjuntó la respectiva historia clínica.

Obsérvese que en respuesta a la reclamación, del 6 de febrero de 2018, se dijo: *“Ahora bien, de acuerdo con la historia clínica que reposa en la reclamación, se pudo establecer que desde antes de ingresar al seguro, el Asegurado ya se le había diagnosticado Fibrilación auricular, carcinoma renal de células claras, miocardiopatía alcohólica y hepatitis alcohólica isquémica, para lo que había recibido tratamiento médico; circunstancias importantes del estado de salud que no fueron informadas al momento de suscribir la declaración, incurriendo en conducta reticente que genera nulidad del contrato”*.

Así las cosas, cuando se contestó la demanda, esto es, el 1o de marzo de 2019, no había vencido el término de prescripción en mención, sin que resulte acertado tener como fecha de inicio de dicho término el 8 de febrero de 2017, calenda en la que se diligenció la declaración de asegurabilidad y se practicó el examen médico, pues conforme a lo antes expuesto, dada la reticencia del señor Opoka, en ese momento no se le podía exigir a la aseguradora conocer o debido conocer sobre el verdadero estado de salud de aquel.

Al respecto importante resulta advenir, que los exámenes de sangre ordenados y el electrocardiograma realizado, no tenían la virtualidad para descifrar las patologías omitidas por el tomador, pues el diagnóstico de

las mismas requiere pruebas científicas más especializadas.

9. Finalmente, no sobra precisar que la entidad demandada no se allanó ni aceptó la reticencia, pues nótese que objetó la reclamación precisamente con argumentos enmarcados dentro de esa figura.

Ahora, cuestiona la parte actora *“¿por qué a mi cliente le siguieron cobrando la prima POR AMBOS RIESGOS? Es decir, ¿por qué siguieron cobrando prima por el riesgo correspondiente a la vida del señor OPOKA aún a pesar de su fallecimiento?”*

Se tiene por acreditado que la aseguradora demandada, luego del fallecimiento del señor Opoka, recibió el pago de primas, como se otea en el cd que contiene el histórico de pagos correspondiente a la obligación ***9687, en el que se consta que el 28 de agosto de 2018, se hizo un abono por valor de \$64.438.000, suma de la cual se imputó a *“VALOR PAGADO SEGUROS Y OTROS CONCEPTOS”*²⁵ la suma de \$3.879.932,78; y, más adelante, esto es, el 1º de octubre de 2018, se realizó un abono por \$601.444, de la cual se imputó \$449.304, a ese mismo rubro.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en ese histórico de pagos y en los extractos de crédito obrantes en el expediente, expedidos con posterioridad al deceso del señor Opoka, aparece como deudora la aquí demandante, sin que pueda inferirse de esa documental, que las sumas imputadas a *“VALOR PAGADO SEGUROS Y OTROS CONCEPTOS”*, corresponda a la prima de seguro de vida del fallecido, y sin que la parte actora se haya ocupado de acreditar tal circunstancia, pese a lo alegado en el curso del proceso.

Recuérdese, conforme lo establecido en el artículo 167 de nuestro ordenamiento procesal civil, *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”*

Colofón, no se probó que la aseguradora hubiera renunciado a alegar la nulidad derivada de la supuesta reticencia, en razón de los pagos de la prima efectuados con posterioridad a la realización del riesgo.

10. Puestas así las cosas, se revocará la sentencia objeto del recurso de alzada, y en su lugar, se declaran probadas las excepciones denominadas *“nulidad del contrato de seguro por reticencia en la declaración del estado del riesgo”* e *“improcedencia de declaratoria de prescripción de la acción nulidad del contrato de seguro por reticencia”*.

ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL
MP DR. IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA
RADICADO: 11001310301520120026801

TESIS

Teniendo en cuenta que el actor es un tercero (no copropietario) que reclama indemnización por conductas que atribuye a quien tenía para ese momento la calidad de administradora, sin duda está llamada a responder por los perjuicios que por dolo, culpa leve o grave, hubiese ocasionado, razón por la que contrario a lo dicho en primera instancia, sí tiene legitimación en la causa por pasiva.

De igual modo, surge el elemento de la responsabilidad denominado nexo causal, si no se hubiese procedido de esa manera, esto es cortando el cable que conducía energía, sino requiriendo a quien tenía la obligación de hacer el correspondiente retiro, la falta de fluido eléctrico no fuera un resultado atribuible a esa conducta.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

Guillermo Bohórquez Franco presentó demanda en contra de María Dolores Bernal de Villamizar y Edificio Guillermo Rincón P. H., con las siguientes pretensiones:

1.1. Principales: *i)* Ordenar a los demandados reconectar el servicio público de energía eléctrica del apartamento que habitaba el demandante situado en la calle 48 A No. 6-13 de Bogotá, *“con las normas técnicas y de seguridad que el caso requiere, en los mismos términos ordenados por la sentencia de tutela proferida por el Juzgado 38 Penal del Circuito de Bogotá en el término que su despacho determine”*. *ii)* Declarar que los demandados son civil y extracontractualmente responsables de todos los perjuicios morales y económicos causados al demandante, tales como daño emergente y lucro cesante por sus hechos abusivos, arbitrarios e ilegales, especialmente por suspender el servicio público de energía eléctrica en dicho apartamento desde el 27 de enero de 2007, hasta que se reconecte con todas las normas técnicas de seguridad.

1.1. Primeras subsidiarias: *i)* Ordenar a María Dolores Bernal de Villamizar reconectar el servicio público de energía eléctrica del apartamento que habitaba el demandante situado en la calle 48 A No. 6-13 de Bogotá *“con las normas técnicas y de seguridad que el caso requiere, en los mismos términos ordenados por la sentencia de tutela proferida por el Juzgado 38 Penal del Circuito de Bogotá en el término que su despacho determine”*. *ii)* Declarar que María Dolores Bernal de Villamizar es civil y extracontractualmente responsable de todos los perjuicios morales y económicos causados al demandante, tales como daño emergente y lucro cesante, por los hechos abusivos, arbitrarios e ilegales especialmente por haberse negado a cumplir la sentencia de tutela proferida por el Juzgado 38 Penal del Circuito de Bogotá, mediante la cual

se ordenó la reconexión de ese servicio en el citado inmueble.

1.2. Segundas subsidiarias: *i)* Ordenar a los demandados suministrar al actor las llaves del cerramiento externo y de la puerta de ingreso al edificio de la calle 48 A No. 6-05 de Bogotá, en donde se encuentran los contadores de energía eléctrica -zona común y necesaria- y permitan el ingreso para que el primero a su costa contrate la reconexión del servicio de energía eléctrica con las medidas técnicas y de seguridad en el mismo apartamento. *ii)* Declarar que los demandados son civil y extracontractualmente responsables de todos los perjuicios morales y económicos causados al demandante, daño emergente y lucro cesante, especialmente por no haberle suministrado las llaves y permitir el ingreso para reconectar dicho servicio en el citado inmueble. *iii)* Condenar a los demandados a pagar todos los perjuicios morales y económicos causados al demandante, daño emergente y lucro cesante por el hecho violatorio de derecho fundamental, delictivo, arbitrario e ilegal de no haber suministrado las llaves y permitir el ingreso del demandante a reconectar dicho servicio en el citado apartamento.

Se efectuó juramento estimatorio por las siguientes sumas de dinero: *i)* **\$2.240.000** desde el 27 de enero de 2007: arrendamiento mensual pagado en la 48 A No. 6-13 de \$1.000.000, apartamento de vivienda \$880.000 y oficina de la calle 13 No. 7-90 Of 617 de \$360.000; y *ii)* **\$300.000** por reconexión del servicio público de energía con observancia de las normas técnicas de seguridad incluidos materiales y la mano de obra.

Del mismo modo, se dijo: *“no obstante las anteriores estimaciones me atengo a lo que se arroje el acervo probatorio”* (fls. 90 C1).

2. Fundamentos fácticos de las pretensiones

2.1. Desde enero de 1994 el demandante

habitaba el apartamento de la calle 48 A No. 6-

13 de Bogotá donde ejercía sus labores como abogado litigante.

Ese inmueble hace parte del Edificio Guillermo Rincón ubicado en la calle 48 A de Bogotá, en donde está la zona común en la que se encuentran las cajas de los medidores de energía eléctrica de las diferentes unidades.

2.2. María Dolores Bernal de Villamizar en julio de 2006 fue designada administradora de esa copropiedad, manifestó a sus vecinos el propósito de sacar al actor de su domicilio, empezó a perseguirlo y hostigarlo de la siguiente forma:

i) Inició en su contra 4 querellas policivas en la Alcaldía de Chapinero.

ii) No tomó medidas preventivas en desarrollo del cambio de cubierta del edificio, dañó las marquesinas de la aparta estudio que ocupaba el demandante, produjo goteras que dañaron libros y enchape en cedro de sus bibliotecas.

iii) Ordenó a un obrero arrancar un portón que protegía ese inmueble del ingreso de habitantes de la calle.

iv) Cubrió una ventana que daba luz a una habitación.

v) Arrojó en la puerta del apartamento papeles sucios.

vi) Instauró proceso ejecutivo a la arrendadora del apartamento por cuotas de administración.

vii) El 27 de enero de 2007 suspendió el servicio de energía eléctrica “*que sale de la caja del contador al apartamento que habitaba, cambiando la puerta de entrada, hasta la fecha sin suministrarme llaves de los nuevos portones y no permitirme la entrada a la zona común*”, situación que obligaron a buscar donde vivir y ejercer libremente el trabajo como abogado.

2.3. El actor ante esos hechos inició querella policiva ante la Inspección 2 A Distrital de Policía.

Frente al corte de energía instauró acción de tutela ante el Juzgado 38 Penal del Circuito, en donde se ampararon de manera transitoria sus derechos a la propiedad, trabajo y vivienda digna.

Se ordenó a Dolores Bernal proceder a la reconexión de energía con las medidas técnicas de seguridad y liberar el obstáculo instalado en una ventana, orden que cumplió, pero la reconexión fue irregular y peligrosa.

2.4. A la fecha no se ha cumplido con la orden de tutela y la copropiedad ha sido tolerante con esas conductas.

2.5. Ante el Juzgado 53 Civil Municipal de Bogotá se adelantó proceso de ejecución con esa orden de tutela, trámite en el que se declaró probada la inexistencia de título.

2.6. No se ha podido usar el inmueble, el perjuicio se sigue acrecentando, no se permite el ingreso a la zona común donde se encuentran los contadores.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora presentó recurso de apelación. Los puntos de inconformidad sustentados oportunamente en segunda instancia son los siguientes:

5.1. De manera inconsulta y en forma arbitraria se ordenó al ornamentador cortar el cable en dos partes de la red interna.

Cortar la red privada de energía no es sanción legal, no se notificó el propietario, hubo violación del debido proceso sancionatorio.

5.2. No existe prueba suficiente del estado técnico y de seguridad de las instalaciones de la red interna antes del daño. La reconexión actual no se cumple los requisitos técnicos de seguridad. Las pericias Omar Díaz Sandoval y Jorge Hernán Ospina Mora versaron sobre la reconexión que agravó el riesgo de accidente eléctrico. El informe de Jorke Enrique Mosquera Díaz, no fue atendido.

5.3. No se obedeció la orden impartida en la inspección 2, tampoco el fallo de tutela relativo a reconectar el servicio con las reglas técnicas de seguridad. No era necesario el corte del cable sino desactivar el circuito. Por haberse amparado el derecho en forma transitoria el juez de la jurisdicción ordinaria es el competente para restablecer ese derecho al comprobarse la infracción de la demandada.

La diligencia de verificación de inspección 2ª Distrital de Policía, es irregular y en la continuación del 13 de julio de 2010, asistió el perito quien dejó constancias de inconveniencia.

5.4. El acta de asamblea No. 2 fue fabricada por la administradora para evadir su responsabilidad, se firmó cuando el corte era un hecho cumplido. Los administradores son responsables por los perjuicios que causen - legitimación-.

5.5. Se procedió al cerramiento con candado de la caja de contadores y se impidió el ingreso a personal calificado para normalizar con técnica, seguridad, situación que persiste. Mario Orlando Torres entregó 3 llaves con esa finalidad y la parte demandada manifestó que adicionalmente existía candado para uso exclusivo de Codensa.

5.6. Lo daños reclamados fueron a causa de la reconexión y debido a que no se facilitó el ingreso de personal idóneo.

5.7. Con respecto a la marquesina, se hizo una

reconexión de desagüe adicional por taponamiento de la canal, se perforó la placa y se buscó la caja para recoger aguas negras. Se quitaron los libros, se desocupó la oficina, se echó silicona, pero el hecho grave fue no permitir el ingreso al contador. Los avalúos de daños y perjuicios demuestran los perjuicios, no se pudo usar la energía eléctrica, desmontar la marquesina con equipo de soldadura, pulidora y taladro.

5.8. No se advirtió que la demanda no fue contestada, y tampoco se hizo objeción al juramento estimatorio.

ANÁLISIS DE LA SALA

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 C.G.P.

2. Se revocará la sentencia impugnada. Asiste razón a la parte actora en que quedaron demostrados los elementos de la responsabilidad civil extracontractual. Los argumentos que respaldan estas tesis se analizan a continuación.

3. El demandante enrostra yerro al fallo confutado, pues María Dolores Bernal Viuda de Villamizar tiene legitimación en la causa por pasiva.

No es materia de debate que esa señora tenía la calidad de administradora del Edificio Guillermo Rincón P. H. para el periodo en el que ocurrieron los hechos denunciados, situación que la legitima en la causa por pasiva frente al demandante -tercero-.

Memórese, el inciso segundo del artículo 50 de la Ley 675 de 2001, dispone: “[l]os administradores responderán por los perjuicios que por dolo, culpa leve o grave, ocasionen a la persona jurídica, a los propietarios o a terceros. Se presumirá la culpa leve del administrador en los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o del reglamento de propiedad horizontal”.

Teniendo en cuenta que el actor es un tercero (no copropietario) que reclama indemnización por conductas que atribuye a quien tenía para ese momento la calidad de administradora, sin duda está llamada a responder por los perjuicios que por dolo, culpa leve o grave, hubiese ocasionado, razón por la que contrario a lo dicho en primera instancia, sí tiene legitimación en la causa por pasiva.

4. Denuncia el demandante que se demostraron

hechos constitutivos de culpa en cabeza de la demandada, uno de ellos el corte de energía sin autorización.

4.1. La Corte Suprema de Justicia ha establecido que la responsabilidad civil extracontractual se estructura cuando en el proceso se encuentran acreditados los siguientes elementos: *i*) una conducta humana, positiva o negativa; *ii*) un daño, esto es, un detrimento, menoscabo o deterioro, que afecte bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con los bienes de su personalidad, o con su esfera espiritual o afectiva; *iii*) una relación de causalidad entre el daño sufrido por la víctima y la conducta de aquel a quien se imputa su producción o generación; y, *iv*) un factor o criterio de atribución de la responsabilidad, por regla general de carácter subjetivo (dolo o culpa) y excepcionalmente de naturaleza objetiva (v.gr. riesgo).

En este grado de conocimiento es pacífico la concurrencia de dos de esos elementos: *i*) la conducta humana, el 27 de enero de 2007 María Dolores Bernal de Villamizar en calidad de administradora del edificio demandado gestionó el corte de un cable que pasaba por la puerta de entrada de esa edificación (fls. 259 C1); y *ii*) el daño, el inmueble que habitaba el demandante quedó sin energía eléctrica.

Se rebaten entonces dos elementos: *i*) factor de atribución -culpa -; y *ii*) nexo causal.

4.2. Según respuesta a derecho de petición de fecha 29 de enero de 2007, esto es, después de la ocurrencia del daño, Codensa informó al demandante que “no se ha generado orden de suspensión alguna al cliente del asunto, razón por la cual se efectuó visita técnica (...) con la cual se determinó que existe un daño en las instalaciones eléctricas del predio, por las cuales genera la anomalía en el mismo (...). Así las cosas, cabe aclarar que la red interna no es responsabilidad de nuestra compañía, tal y como lo prevé la cláusula 16 del contrato de

condiciones uniformes para la prestación del servicio de energía” (fls. 256).

En ese documento se dice que esa cláusula establece: “16. *Responsabilidad sobre la red interna. (...). De acuerdo con las normas vigentes el diseño, construcción y mantenimiento de la red interna es responsabilidad exclusiva del cliente, razón por la cual la Empresa está exente de toda responsabilidad en los eventos que comprometen dichas instalaciones”. El cliente bajo su responsabilidad, podrá elegir el electricista, técnico electricista o ingeniero que diseñe, construya y/o mantenga la red interna, según la competencia que las normas vigentes otorgan para actuar a cada uno de ellos” (fls. 256).*

Se entiende entonces que el mantenimiento de redes eléctricas está a cargo de quien se beneficia de ese servicio público, prestación que encaja en las denominadas obligaciones no pecuniarias en cabeza de propietarios, tenedores o terceros cuyo incumplimiento abre paso a la imposición de las sanciones que contempla el artículo 59 de la Ley de propiedad horizontal, **“previo requerimiento escrito, con indicación del plazo para que se ajuste a las normas que rigen la propiedad horizontal, si a ello hubiere lugar”** (negrilla fuera de texto).

No obstante, brilla por su ausencia prueba de que la administradora demandada hubiese efectuado de algún modo requerimiento al demandante o a su arrendadora -propietaria - para que procediera a corregir el vicio encontrado consistente en cable en el marco de la puerta de entrada del edificio.

Tampoco obra soporte de que la demandada tuviera autorización de esas personas para proceder de esa manera, ella misma corroboró que no se comunicó con el demandante (fls. 362 C19).

Esa situación impone estarse a que se procedió en contra de lo dispuesto en dicha regla, no se hizo requerimiento previo para el cumplimiento de obligaciones no pecuniarias, evidente culpa por violación de reglamentos o más comúnmente conocida como culpa contra la legalidad.

De igual modo, surge el elemento de la responsabilidad denominado nexo causal, si no se hubiese procedido de esa manera, esto es cortando el cable que conducía energía, sino requiriendo a quien tenía la obligación de hacer el correspondiente retiro, la falta de fluido eléctrico no fuera un resultado atribuible a esa conducta.

Cabe advertir, aun cuando se hubiese

demostrado que las redes que conducían energía al apartamento que habitaba el convocante no se ajustaban a las prescripciones en la materia, no podía la actora proceder de esa manera pasando inadvertida la Ley 675 de 2001 que incluso establece la presunción de culpa en casos de incumplimiento o extralimitación de funciones, violación de la ley y de ese reglamento.

De modo que se encuentran presentes los elementos de la responsabilidad civil extracontractual por corte del servicio de energía eléctrica en el apartamento de la calle 48 A No. 6-13 desde el 27 de enero de 2007, procediendo develar si la causa en que se cimentó ese hecho encaja en causal de exoneración.

Previamente se advierte, como la señora Dolores en esa oportunidad actuó también en calidad de administradora del edificio convocado, este está llamado a responder de forma solidaria con la primera, no solo por ser persona jurídica de naturaleza civil (art. 33 Ley 675 de 2001), capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones (art. 633 C. C.), sino porque en últimas se trata de actuación culposa cometida por dos personas (natural -jurídica) (art. 2344 del C. C.).

4.3. La razón en que se fundó la señora Dolores para el corte del cable que salía por la fachada del edificio y que encontró mientras efectuaba el cambio de la puerta principal es que correspondía a una línea viva que era un peligro para los residentes. Sin embargo, las pruebas fueron insuficientes para predicar que ese hecho corresponde a una fuerza mayor o caso fortuito.

Para reconocer que se configura esa causa extraña debe demostrarse los tres elementos que la estructuran: “(i) *el carácter externo, (ii) la imprevisibilidad y (iii) la irresistibilidad*”². En este caso no hay prueba de la irresistibilidad, no se demostró que ante la situación descrita la administradora no hubiese tenido otra alternativa distinta para contener el peligro que cortar el cable de energía a costa de dejar sin ese servicio al demandante.

Mario Orlando Torres Rey sostuvo en su declaración que el ornamentador que estaba cambiando la puerta dijo en ese momento que ese cable representaba un peligro para todos los habitantes del edificio (fls. 199 C1). Jairo Rodolfo Villamizar Bernal, dijo que ese señor sugirió cortarlo porque no estaba encauchetado (fls. 261 C1; 369 C1). Y la señora Dolores corroboró que ante esa sugerencia ordenó proceder de conformidad (fls. 360 C1).

No obstante, la parte demandada no acreditó imposibilidad de actuar de forma distinta para

contener el peligro como lo sería esperar mientras se comunicaba con el usuario, desactivar el servicio de otra manera o poner en conocimiento la situación de la empresa de servicios públicos, situación que pone de manifiesto que no se probó la irresistibilidad, y por eso no hay lugar a exonerar de responsabilidad a las demandadas.

Se procede entonces a examinar la procedencia de las órdenes pedidas y los perjuicios reclamados.

5. Reprocha el recurrente que la señora administradora desatendió lo dispuesto en una acción de tutela y querrela de policía, razón por la se debe ordenar la reconexión técnica de ese servicio.

5.1. Obra en el expediente sentencia de tutela del 22 de mayo de 2007 proferida por el Juzgado 38 Penal del Circuito de Bogotá, mediante la cual se concedió en amparo de manera transitoria en favor del demandante, mientras la inspección de policía que conocía de un asunto relacionado con este caso profiriera la decisión que en derecho correspondiera, y ordenó a la señora Dolores efectuar *“la reconexión de la energía eléctrica al inmueble del demandante, con las medidas técnicas de seguridad que el caso requiere y libere el obstáculo instalado en la ventana del mismo inmueble”* (fls. 33 C1).

El 28 de mayo de 2007 María Dolores Bernal de Villamizar comunicó a ese Juzgado *“se ha procedido a dar cumplimiento en el sentido de reinstalar el servicio de luz en las mismas condiciones en que fue retirado, es decir que le corresponde al accionante realizar todas las diligencias ante Codensa, con el fin de dar cumplimiento a las medidas técnicas de seguridad que requiere el Edificio”* (fls. 37 C1, negrilla fuera de texto).

Si bien la demandada informó la reinstalación del servicio de energía *“en las mismas condiciones que fue retirado”* y que dejó las *“medidas técnicas de seguridad”* para que las acatara el accionante, no puede pasarse inadvertido que la ejecución de esa orden corresponde a un trámite especial gobernado por el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, sobre todo que el competente es el juez constitucional que la profiere.

Ahora, mediante memorial del 1 de agosto de 2007 el demandante informó al Juzgado encargado de ese trámite: *“en mi calidad de accionante en la tutela de la referencia por medio del presente escrito manifiesto que no tengo interés en iniciar el incidente de desacato”* (fls. 35 copias del Juzgado 52 CM). Mediante providencia del 3 de agosto de 2007, se resolvió *“...y en virtud del memorial presentado por el accionante, (...) no hay lugar*

a iniciar incidente de desacato contra la señora María Dolores Bernal de Villamizar”.

Como puede verse, la petición de ordenar el cumplimiento de esa providencia se encuentra condenada al fracaso. El competente es el juez constitucional que la profirió, el demandante profesional del derecho desistió de su trámite y esa orden transitoria perdió vigencia porque la querrela de policía de la que se tratará a continuación ya se profirió.

5.2. En Decisión del 2 de abril de 2007, proferida por la Inspección 2 A de Policía de la Alcaldía Local de Chapinero, confirmada en segunda instancia por la Sala de Decisión de Contravenciones Civiles del Consejo de Justicia de la Alcaldía Mayor de Bogotá en providencia del 30 de marzo de 2009, frente a los temas que importan en este juicio se resolvió: *“[o]rdenar a la señora María Dolores Bernal Viuda de Villamizar (...), que disponga de manera inmediata la reconexión de los cables de fluido eléctrico a la unidad del señor Guillermo Bohórquez Franco, localizada en la calle 48 A No 6-13 de esta ciudad”*.

En la parte motiva de esa providencia se tuvo en cuenta: *“[e]l hecho de cortar los cables de luz en el predio, aun cuando medie consenso del Consejo de Administración o del Administrador, no hace, por sí solo, causal para el retiro de tales elementos, pues debe mediar orden de retiro para el afectado, ya que de no ser así, se estaría frente a vías de hecho, situación sancionable, máxima si se trata de un servicio público domiciliario (...) la suspensión arbitraria por retiro de los cables sin autorización del propietario, es sancionable por las normas de policía a no ser que el corte de suministro lo haya ejecutado la Empresa de Energía de Bogotá o uno de sus agentes”* (fls. 157 C Copias auténticas).

Del mismo modo se dijo: *“el corte del cableado de suministro de electricidad al predio del querellante lo realizó la querellada, a través de un obrero que cambió la puerta principal de entrada al edificio, lo que indica que ejerció de manera directa y sin orden o autorización alguna, por lo que, la querellada deberá, a su costa, disponer la reinstalación del fluido eléctrico al inmueble del querellante, de manera inmediata, so pena de las sanciones a que haya lugar”* (fls. 157 C Copias auténticas).

Refulge que la referida inspección emitió orden en favor del actor para que la señora Dolores procediera a la reconexión de ese servicio público en el mencionado lugar. Empero, a pesar de que en diligencia de verificación efectuada el 15 de octubre de 2009, se dijo que *“el Despacho pudo verificar que se reconectó*

un cable de fluido eléctrico que conduce a un sótano cuya nomenclatura es 6-13 de la calle 48 A” (fls. 248), (fls. 157 C Copias auténticas), no es este el escenario para revisar la legalidad de este acto y menos para hacer cumplir esa decisión.

No se olvide, *“las medidas de policía son de efecto inmediato en punto a evitar que se perturbe el orden y la tranquilidad pública. Se trata de medidas de carácter precario y provisional, cuya única finalidad es devolver el statu quo mientras el juez ordinario competente para decidir sobre la titularidad de los derechos reales en controversia, decide definitivamente sobre ellos”*

6. Censuró también el actor que la reconexión del servicio que hizo la señora Dolores no cumple con las reglas técnicas de seguridad que el caso requiere.

6.1. Como se dijo, el diseño, construcción y mantenimiento de la red eléctrica interna en es responsabilidad exclusiva del cliente -usuario- quien tiene derecho a elegir el electricista, técnico o ingeniero para que haga esos trabajos, razón por la que ordenar a las demandadas la reconexión en condiciones técnicas se encuentra condenada al fracaso.

Cosa distinta es que los medios de convicción incorporados abran paso a ordenar la indemnización de perjuicios por el costo de la reconexión de la red eléctrica.

6.2. Más allá de que el cable cortado se encontraba en el marco de la puerta de madera de la entrada principal del edificio convocado, no obra prueba exacta del estado en que se encontraban las redes eléctricas del citado apartamento para ese momento, obstáculo insalvable para ordenar reconexión en esos términos, cuando no hay siquiera un referente para verificarlo.

Las experticias incorporadas a este juicio correspondan a inspección de esas redes en fecha posterior al daño, de ese modo asiste razón al demandante en cuanto recaen sobre la reconexión efectuada por la señora Bernal, en particular acreditan que ésta debe ser intervenida de inmediato y que no puede usarse ante el peligro que representa.

Juan de Dios Luna, en recibo de caja No. 005 del 26 de mayo de 2007, dejó constancia: *“recibí de la señora Lola Bernal de Villamizar (...), por concepto de trabajo de re-conexión de luz al semi sótano de número 6-3, dejando constancia de que el cable re – conectado de ninguna manera debe ir por fuera del contador ni de la fachada ni del edificio, sino entubado de manera interna (...). Dejo constancia que este tipo de conexión no cumple con las normas*

técnicas exigidas por Codensa para instalaciones eléctricas” (fls. 39 C1).

Omar Diaz Sandoval dijo: *“la derivación de una fase por parte un usuario antes de la caja de automáticos no está permitida. Por consiguiente, en el presente caso resulta obvio que tal derivación no debe existir, puesto que están deben ser hechas a partir de los interruptores de la caja de automáticos y su recorrido deber ser por el interior de la propiedad privada y en ningún caso por la fachada de la edificación (...). Este cable (...) debe ser retirado a la mayor brevedad posible dado el riesgo que presenta (...) corto, electrocución o incendio” (fls. 473-474 C1).*

Mario Orlando Torres Rey aseveró que visitó el apartamento del actor con posterioridad a la reconexión, no tenía luz y estaba iluminado con velas (fls. 200 C1) y José Hilario López Rincón sostuvo que con posterioridad al 2011, fue al apartamento y el inmueble seguía sin energía eléctrica (fls. 353 C1).

El 16 de junio de 2007 Gabriel Valencia recomendó al demandante *“seguir con los breaks o automáticos desconectados y seguir no haciendo uso de la instalación y evitar la manipulación hasta tanto no se tenga acceso directo a la caja de medidor” (fls. 56 C1).*

La señora Dolores en su interrogatorio manifestó *“yo reconecté el cable en la forma artesanal que estaba” (fls. 365)* que es prueba de la reconexión antitécnica más no se encontraban con anterioridad.

Recuérdese, las manifestaciones de las partes en su beneficio no son prueba, salvo que estén corroborados por otros medios de convicción.

Esos medios de convicción permiten colegir que la reconexión efectuada por la demandada tiene derivaciones antes de la caja de automáticos que no deben existir. Como nada prueba que esas deficiencias estuvieran presentes previo al daño, no queda más camino que estarse a que son secundarias a la intervención culposa que los demandados hicieron sobre las mismas, daño cierto, directo y personal padecido por el actor -usuario- que debe ser resarcido.

6.3. Se reclamó en el acápite de juramento estimatorio a título de daño emergente \$300.000 para efectuar la *“reconexión del servicio público de enero con observancia de las normas técnicas de seguridad incluidos los materiales y la mano de obra”*, y aunque el mismo no fue objetado tampoco puede tenerse como prueba de ese monto, dado que no corresponde a un juramento razonado, no explica detalladamente las fórmulas, valores, materiales precisos requeridos para esa reparación y menos de dónde surge esa suma de dinero, imponiéndose su descarte (art. 211

C. P. C.).

Sin embargo, ante la Inspección Segunda Distrital de Bogotá el Ingeniero Civil Jairo Hernán Ospina Mora mediante memorial del 19 de julio de 2010, refirió que el costo de la reconexión no sobrepasaba los \$100.000 (fls. 59 C1), suma que se reconocerá indexada desde esa data y que actualmente asciende a \$145.181.

6.4. Se acreditó que la caja de contadores en donde se encuentra el medidor del apartamento que habitaba el accionante se encuentra en una zona común a la que este no tiene acceso y que contiene cerraduras -candado- cuyas llaves solo las maneja el administrador del edificio.

La señora Dolores en el proceso ejecutivo 2008-00653, al preguntarle si después de la instalación de la nueva puerta metálica se suministró copia de las llaves al demandante, contestó: “no, no se le dieron llaves, porque la propiedad del señor está ubicada en un semisótano y la entrada es independiente y no es necesario para su ingreso que pase por áreas comunes” (fls. 203 C copias). A la pregunta de si la caja de contadores está dentro de esa zona común y que solamente se accede a través de la puerta que se cambió. Contestó: “si está en el área común y para acceder a ella hay que entrar por la puerta que se cambió” (fls. 203 C copias).

Quiere decir entonces que al demandante no se entregaron llaves de la zona común que conduce a la caja de contadores solo porque la entrada a su apartamento es por lugar diferente, pero sin ahondar en detalles esa situación raya con impedir a el acceso a una zona común, determinación que no se puede prohiar ante la necesidad de reconexión del servicio de energía que es clara en este juicio.

Si bien es cierto, algunos medios de convicción demuestran que se entregaron tres llaves al demandante que permitían dirigirse a ese sitio (fls. 192), el mismo edificio convocado puso de manifiesto que las mismas no servían para ingresar a la caja de contadores, dado que “la maneja es la administración con sus debidas normas de seguridad y únicamente se abre o suministra es para los funcionarios de Codensa para cuando hacen algún arreglo o tomas las medidas de los contadores” (fls. 216 C1).

Se abre paso entonces a la pretensión relativa a ordenar al edificio demandado entregar copia de las llaves del cerramiento externo y de la puerta de ingreso al edificio de la calle 48 A No. 6-05 de Bogotá, en donde se encuentran los contadores de energía eléctrica y que permita el ingreso para que se proceda a la reconexión del servicio con la medidas técnicas y

reglamentarias de seguridad que el caso amerita.

6.5. Otro perjuicio reclamado fueron los cánones de arrendamiento del apartamento ubicado en la calle 48 A No. 6-13 desde el 27 de enero de 2007 (fls. 90 C1).

Según los medios de prueba adosados el demandante tenía la calidad de arrendatario sobre el inmueble objeto del corte de energía, en documento del 7 de febrero de 2013 suscrito por la señora Gloria Helena Botero Villegas, esta refirió que seguía recibiendo arrendamiento por parte del primero y por valor de \$1.000.000 (fls. 106 C3).

En este documento también se dijo que “a pesar de no poderse utilizar ni habitar por el corte del servicio eléctrico en el precitado inmueble en razón a mi incapacidad laboral, producto de un cáncer (...), continua hasta la fecha cancelándome mensualmente dicha suma, encontrándose a paz y salvo por dicho concepto a la fecha”.

Sin embargo, no puede pasarse inadvertido que el mismo demandante reconoció que se vio obligado a abandonar el inmueble tantas veces citado por virtud del daño, fue privado del derecho por el que reconocía renta a la arrendataria, situación que lo relevaba de proceder en ese sentido y si lo hizo fue producto de su autodeterminación o benevolencia que no puede cargar a los demandados.

6.6. También se pidió a título de indemnización de perjuicios cánones de \$880.000 por el “apartamento de vivienda” y de \$360.000 por la “oficina calle 13 No. 7-90 Of. 617”, se reclama entonces el valor de la renta que pasó a pagar el actor en su nuevo apartamento y oficina una vez ocurrido el daño.

Teniendo en cuenta que el objeto de los procesos de responsabilidad civil es indemnizar el daño y nada más que el daño, los demandados no tienen por qué asumir los gastos de vivienda y oficina que en un curso normal de los acontecimientos debía sufragar el actor.

A lo sumo, podría cobrar el mayor valor entre la renta que pagaba y la de los nuevos espacios que tuvo que tomar. Empero el material probatorio no dilucida que hubiese sido imposible conseguir un fundo de las mismas características y por un valor similar, razón por la que esa pretensión tampoco puede ser acogida.

6.7. En concreto solo se solicitaron los perjuicios materiales hasta aquí analizados, pero en garantía del derecho sustancial sobre

las formas, se tiene en cuenta que en el juramento estimatorio se dijo “no obstante las anteriores estimaciones me atengo a lo que arroje el acervo probatorio” (fls. 90 C1).

En la demanda se denunció que cuando se efectuaron arreglos en la cubierta del edificio no se ordenó tomar medidas preventivas, se rompieron las marquesinas del apartamento que ocupa el actor y se causaron goteras que dañaron libros y enchapes en cedro de su biblioteca (fls. 87 C1, pretensión b) hecho 3).

En lo que atañe a daños en la marquesina -techo- que hace parte del inmueble que tenía en arriendo el señor Bohórquez, el derecho al cobro de su reparación lo tiene el propietario o arrendador más no el arrendatario.

Con respecto a libros y enchapes en cedro, basta indicar que si bien algunas pruebas abogan por daños en esa marquesina, no soportan que fuera el producto de objetos que hubiesen caído de la cubierta cuando se hicieron reparaciones, por eso no puede reconocerse su valor.

Por el contrario, según acta de verificación ocular efectuada el 26 de noviembre de 2006 por la Inspección Segunda A Distrital de Policía, el aquí demandante dijo: “*el cambio del techo del edificio el maestro contratado botó sobre la marquesina de la oficina del fondo todos los recibos (sic) del pañete y me tapó la canal, razón por la cual se dañaron unos libros, enchapado de la oficina en madera no obstante que he procurado poner recipientes para recibir el agua*” (fls. 17 C copias auténticas).

En esa oportunidad esa entidad dejó la siguiente constancia: “*verificada la cubierta del apartamento (...) no se observa residuos de construcción o sedimentos que puedan indicar que se hubiera arrojado en dicha área basuras o desperdicios*” (fls. 17 C copias auténticas).

El perito Jairo Hernán Ospina Mora quien asistió a esa diligencia, en su informe del 6 de diciembre de 2006 dijo que se presentaban humedades entre otras, en el lugar donde se encuentra una oficina con cielo falso en vidrio y entramado en madera y por encima se encuentra una marquesina en regular estado con malla eslabonada (fls. 21 C Copias).

Manifestó que se presentaba una obstrucción en el sistema de drenaje, “*producto del material que se deposita a través del tiempo en la marquesina y la lluvia lo conduce al sistema de drenaje que con el tiempo se colmata y taponan el sistema, debido a la falta de un mantenimiento periódico y adecuado de la marquesina a través del tiempo (...)*” (fls. 21 C Copias), vía aclaración sostuvo: “*la*

marquesina es única y exclusiva de la parte querellante por lo tanto su mantenimiento y conservación le corresponde”, como si eso fuera poco al correrse traslado de esa experticia el señor Bohórquez dijo estar de acuerdo (fls. 112 C Copias).

Esa prueba fulmina el antecedente fáctico que el recurrente achaca a la demandada en este juicio, visualmente para esa época -diciembre de 2006-, no se veían escombros o sedimentos en la marquesina, había obstrucción en el sistema de drenaje por material que se deposita a través del tiempo y por falta de mantenimiento periódico.

Es importante resaltar que el drenaje de la marquesina se encontraba obstruido previo al corte de energía y no hay prueba de que el arreglo posterior obedeciera exclusivamente a esa situación. Nada soporta que no existiera otra forma de transportar energía de manera oportuna con esa finalidad como lo fuera llevar una planta portátil o instrumentos recargables para esa labor, ante esas circunstancias ni en margen de duda puede reconocerse que esos perjuicios son atribuibles a los demandados.

6.8. Se reclamó daño moral (fls. 84) y si bien no se pidió una suma concreta, una vez acreditados los supuestos fácticos que según las reglas de la experiencia y la sana crítica constituyen una afectación a la esfera íntima de las personas, es preciso reconocer esa clase de perjuicio si el mismo no ha sido desvirtuado por otros medios de prueba.

Se demostró el corte del suministro de energía sin mediar la correspondiente autorización, reconexión que su uso representaba peligro, hechos que según las reglas de la experiencia causan afectación a la esfera íntima de una persona, se presume que el demandante sufrió perjuicio moral derivado de verse privado de la prestación de ese servicio esencial al punto de tener que abandonar el lugar que habitaba, se reconocerán \$2.000.000.

7. Como en esta instancia se acogen algunas de las pretensiones, en garantía del derecho de defensa se procede a resolver las excepciones de mérito planteadas, contrario a lo dicho en recurso de apelación, en primera instancia se tuvo por contestada la demandada de parte los demandados, sin reproche de la parte recurrente (fls. 219 C1).

i) “falta de requisito de procedibilidad exigido por la Ley 640 de 2001 e improcedencia de acudir directamente a la Jurisdicción Civil por Improcedencia de las medidas cautelares” e “improcedencia de acudir directamente a la jurisdicción civil por falta del requisito de procedibilidad exigido por la Ley 640 de 2001, artículo 35 y Ley 1395 de 2010”, no fueron

alegadas como excepción previa, aun en ese evento se debe entender subsanadas por falta de impugnación oportuna (parágrafo del entonteces vigente art. 140 del C. de P. C.).

ii) *“inexistencia de la obligación condicional a cargo de la demandada” e “inexistencia de la obligación toda vez que la orden tutelar ya fue cumplida”*. Establecido el corte de energía sin autorización por los demandados, sin mediar una fuerza mayor y que la reconexión presenta fallas que hacen imposible acceder al servicio, no hay lugar a tener esta defensa por demostrada.

iii) *“prescripción de la acción”*. La acción ejercida no está dirigida *“contra terceros responsables”*, por tanto, el término de prescripción no es de 3 años como lo contempla el artículo 2358 del Código Civil. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SC9193-2017, precisó: *“La entidad demandada adujo que la acción para la reparación del daño que pueda ejercitarse contra terceros responsables está prescrita, según lo dispone el inciso segundo del artículo 2358 del Código Civil, pues la demanda se presentó con posterioridad a los tres años contados desde la perpetración del acto. Frente a tal argumento, es preciso memorar que esta Corte, a partir de la sentencia de 30 de junio de 1962 (G.J. t, XCIC), ratificada en fallos posteriores, adoptó la doctrina según la cual la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas es directa, cualquiera que sea la posición de sus agentes productores del daño dentro de la organización. El fundamento jurídico de esta postura fue explicado en fallos recientes, en los que se reiteró que «la responsabilidad de las personas jurídicas es directa y tiene su fundamento normativo en el artículo 2341 del Código Civil, tal como lo ha afirmado la jurisprudencia de esta Corte desde mediados del siglo pasado»*.

En consecuencia, al ser la persona moral demandada (propiedad horizontal) un agente que incurre en responsabilidad directa y no un “tercero responsable”, la prescripción que regula esta acción es la decenal consagrada en

el artículo 2536 del Código Civil.

iv) *“falta de legitimación en la causa por activa”*; no está llamada a prosperar porque en trámite de segunda instancia del proceso ejecutivo invocado como fundamento de la excepción, quedó plenamente establecido que se aceptó la cesión del crédito de Eduardo Matías Camargo en favor del señor Guillermo Bohórquez Franco (fls. 89 copias), actor en este juicio, lo que permite evidenciar que el aquí demandante recuperó su calidad de acreedor del débito allí perseguido.

Aunado a lo anterior, ninguna controversia fáctica o jurídica se discutió en este juicio, relacionada con que el señor Bohórquez era quien residía en el lugar de los hechos cuestionados, y fue precisamente la persona que se vio afectada con la interrupción abrupta del servicio de energía eléctrica, hecho que por sí solo lo legitima en la causa.

v) *“Cosa juzgada”*. No hay identidad de partes, en el proceso ejecutivo la demandada era la señora Dolores, en el que nos ocupa hay una parte adicional. Tampoco hay identidad de pretensiones, allí se buscaba hacer valer un título ejecutivo y en este se apuntó a la declaratoria de una responsabilidad civil extracontractual con indemnización de perjuicios.

vi) *“Fraude procesal”*. Como quedó visto el demandante es cesionario del crédito cobrado en ese juzgado, la reconexión efectuada presenta falencias que hacen peligroso el sistema y el inmueble fue abandonado al no contar con ese servicio.

vii) *“cumplimiento de orden de tutela”*. A pesar de que el demandante renunció al incidente de desacato para el cumplimiento de la tutela, esa situación no borra los perjuicios causados que son los que en estricto sentido se cobran en este juicio.

Ninguna de las excepciones tiene vocación de prosperidad.

MANDATO / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL
MP DR. IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA
RADICADO: [11001310302820130025701](#)

TESIS

Por virtud de ese negocio jurídico, se facultó a la convocada, entre otras para lo siguiente: *i)* presentar en nombre, representación y por cuenta del mandante declaraciones de importación, exportación y tránsito aduanero, en todas sus modalidades, incluyendo todos los trámites aduaneros inherentes; y *ii)* declarar las mercancías según los documentos e informaciones aportadas por el mandante.

De igual manera: *i)* en nombre, representación y por cuenta del demandante, retirar cualquier mercancía de las zonas primarias aduaneras una vez obtenido el levante, o el transporte; y *ii)* en general, adelantar todos los trámites contemplados en la legislación aduanera que sean requeridos por el mandante y deban ser realizados a través de una agencia de aduanas.

Más visible se hace que la demandada no tenía esa obligación, si no se pasa inadvertido que el requisito relativo a la fecha de vencimiento de los lactosueros que se convirtió en el obstáculo insalvable para su importación estaba contenido en una regla que por virtud de la ocupación de la actora necesariamente tenía que conocer

De esa manera, como el pluricitado requisito gobernaba la actividad comercial de la demandante, esa situación permite entender que en un curso normal de los acontecimientos conforme a las reglas de la experiencia se esperaba que lo conociera, y por eso no puede colegirse que el daño ocurrido por su ignorancia es atribuible a la demandada.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones de la demanda.

Deltagen S.A.S. presentó demanda en contra de la Agencia de Aduanas SIACO S.A.S. Nivel 1, a fin de que se declarara:

i) Que existe entre las partes contrato mercantil consensual de mandato a partir del 2 de noviembre de 2005.

ii) Que la demandada se obligó a adelantar en favor de la actora asesoría y representación de agenciamiento aduanero en operaciones de comercio exterior a fin de obtener el *“levante de la DIAN (...) y/o nacionalización de mercancías importadas a territorio colombiano y, entre ellas, mercancías consistentes en permeado de suero en polvo y similares”*.

iii) Que la convocada incumplió ese contrato, no brindó asesoría y orientación, acontecer que impidió la nacionalización y pérdida de mercancías perecederas compradas en Argentina a la sociedad Arla Foods Ingredients S. A., que arribaron a Colombia con documentos de transporte o B7L con Nos. SC7ME069A y SC/CME069B, reembarcadas

2. Fundamentos fácticos de las pretensiones

2.1. Desde el 2 de noviembre de 2005 la demandada convino actuar como mandataria aduanera y/o intermediaria para operaciones de importación de mercancías de la demandante y su principal obligación era asesorar y orientar en el proceso de comercio exterior.

El objeto de esa intermediación era obtener la nacionalización o levante de las mercancías que comprara e introdujera a Colombia la demandante, en especial perecederas como *“permeado de suero en polvo”* y similares provenientes de Argentina.

2.2. La convocada se obligó a obtener levante y/o nacionalización de mercancías que zarparon hacía territorio aduanero colombiano, según los documentos de transporte *“ó B/Ls SC/SME069A y SC/CNe069B, en agosto de 2011; lote consistente en dos mil cuarenta (2.040) sacos o bolsas de (...) permeado de suero en polvo Variolac 850, carga (...) que tenía un peso total de 51.000Kgr”*.

el 19 de septiembre de 2011.

En consecuencia, solicitó condenar a la demandada a pagar en su favor:

i) \$84.532.500, a título de daño emergente y/o *“valor F. O. B. pagado por Deltagen S. A. S. por las mercancías que arribaron a Colombia Conforme los B7L con Nos. SC7ME069A y SC/CME069B”*.

ii) \$43.147.991, por daño emergente y/o *“valores conexos y adicionales del precio de compra”* de esas mercancías.

iii) Intereses moratorios a la tasa máxima legalmente permitida, por los valores insolutos de capital que se causen y sigan causando desde el 19 de septiembre de 2011, fecha de reembarque o concreción de las pérdidas y hasta el momento en que se realice el pago.

iv) En subsidio de la anterior pretensión, condenar a pagar los valores pedidos indexados o actualizados monetariamente.

La compra de esa mercancía se sustenta en la factura comercial No. 0006-00000653 y 0006-00000671, del 22 de julio de 2011, cada una por USD 21.675, para un valor total de FOD de los 2.040 sacos o bultos de dicho producto por USD 43.350, expedida por el exportador Argentino Arla Foods Ingredientes S. A., quien tiene relación comercial con la actora desde el 2005.

2.3. Esa carga estaba destinada al cumplimiento de obligaciones comerciales adquiridas por la demandante de conformidad con la orden de compra No. 20399 del 27 de julio de 2011, en la que se aprecia el compromiso de suministrar a Comestibles Ítalo S. A. 60.000 kg de Suero Variolac 859/ Bultos por 25 Kg, negociación que se hizo por antecedentes positivos de importación de la demandada.

2.4. Agencia de Aduanas Siaco SAS Nivel 1

manifestó que no cumpliría con posterioridad al 2 de septiembre de 2011, día de llegada de la mercancía a puerto de Cartagena, detectó que no había tenido en cuenta en el trámite de nacionalización, normatividad, reglamentos y cumplimiento de requisitos asociados al tipo de producto.

Por lo anterior, Deltagen S.A.S. se vio obligada a devolver al exterior o reembarcar las mercancías respecto de las cuales además de pagar por su costo USD 43.350, debió cubrir: *i)* USD 5.340 por fletes; *ii)* gastos portuarios y otros en conexidad; *iii)* póliza de cumplimiento

de disposiciones legales por \$282.403, para garantizar la salida de la mercancía, y *iv)* flete de reembarque de Cartagena a Buenos Aires Argentina de \$6.776.910.

2.5. La convocada, en razón al valor del bodegaje en puerto desde que fue recibida la mercancía a territorio aduanero colombiano el 2 de septiembre de 2011, solicitó anticipo de \$19.194.240, que fueron pagados el 24 de octubre de la misma anualidad.

2.6. Los perjuicios sufridos por la actora equivalen a \$127.680.491.

EL RECURSO DE APELACIÓN

5.1. Parte demandada.

i) La demandada no tenía obligación de asesoría en la operación de comercio exterior. Se confunde el objeto del mandato aduanero con reemplazar el importador en sus negociaciones y actividad de comercio exterior.

La asesoría de la demandada se da en el marco de la operación de la importación, exportación o tránsito aduanero encargado. La obligación de asesorar al importador en una norma para el ámbito de sus operaciones de compraventa internacional y requisitos preembarque, no está expresamente indicada en el mandato aduanero suscrito entre las partes, tampoco en la normatividad aduanera.

En el ejercicio de agenciamiento aduanero la labor de asesoría se da en un determinado momento, esto es, en la oportunidad del sometimiento de la mercancía a una modalidad de importación y no previamente.

La obligación de la demandada era verificar el cumplimiento de la regulación aduanera para presentar a las autoridades aduaneras y sanitarias respectivas, e instar al importador a cumplir con los requisitos legales, antes de la presentación y levante aduanero.

Cuando se otorga mandato aduanero, se concede para iniciar actuación administrativa en el cumplimiento del deber legal de declarar una mercancía, atendiendo los trámites y requisitos exigidos, la responsabilidad se rige bajo las reglas de la legislación aduanera.

ii) La agencia de aduanas solo se enteró de la mercancía el 9 de septiembre de 2011, 7 días después de estar en puerto, a partir de ese momento impulsó las actividades propias de agenciamiento aduanero, cuando se tornaba inviable su importación.

La fecha de vencimiento de la mercancía no reunía los requisitos de las autoridades

sanitarias, no era un requisito que se pudiera subsanar por la convocada, tampoco con la asesoría en la operación, era un hecho cumplido.

Ese negocio nació en una época en que la demandada desconocía de la operación, recibió una operación de importación inviable, esa situación la conoció a tiempo la actora, pero insistió en que se continuara con el trámite de importación.

La jefe de comercio exterior de la demandante cuando fue advertida que el encargo era inviable, expuso conocer desde el embarque esa omisión y haber tratado de subsanarla.

La asesoría por la que se pretende imputar responsabilidad no obligaba a la demandada previo a su actuación como agencia de aduanas, menos sobre negocios inconsultos.

Por haber cumplido la demandada en calidad de agente aduanero para con la demandada desde el 2005, no estaba obligada a alertar sobre requisitos de operación exigibles para importación y comercialización de mercancías que son atribuibles a la gestión del importador.

iii) No se consideraron las excepciones de mérito, tampoco se hizo mención a interrogatorios, testimonios, al acervo probatorio, y a la prueba de que la directora de comercio exterior de la actora escribió a un funcionario pidiendo ayuda por haber importado un producto que tenía vencimiento.

Debe tenerse en cuenta la actividad profesional del demandante a efectos de ratificar la excepción denominada culpa exclusiva de la víctima.

El desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento. No hay lugar al desconocimiento de esta norma inherente a la actividad comercial principal y profesional

desarrollada por la demandante en Colombia.

El importador, debía aportar a la agencia de aduanas todos los soportes y requisitos legales que se exigen de conformidad con la clase del producto a importar.

iv) La demandada no era la única agencia de aduanas con la que la demandante tenía

5.2. Parte demandante.

Los valores de las indemnizaciones por daño emergente causados por incumplimiento del contrato comercial deben actualizarse no con fórmula de indexación monetaria, sino por

suscrito mandato a la fecha de operación como lo reconoció su representante legal, y por tanto, a todas asistiría igual obligación.

v) Habría incumplimiento si no se hubiese advertido al importador y presentada declaración con la sobreviniente sanción aduanera.

derivarse de pagos de capital de un negocio jurídico mercantil desde 19 de septiembre de 2011, con intereses moratorios mercantiles y hasta la fecha del pago.

ANÁLISIS DE LA SALA

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 revocará la sentencia impugnada. El requisito que imposibilitó la importación de la mercancía base de este ligio debía ser de conocimiento de la demandante y no se demostró que hubiese pedido asesoría previa a la demandada. Los argumentos que respaldan estas tesis se analizan a continuación.

3. La pasiva enrostra yerro a la sentencia apelada, rebate que por virtud del mandato aduanero no estaba obligada a brindar asesoría en el trámite de comercio exterior, puntualmente no tenía que informar sobre el requisito que impidió la importación de la mercancía.

3.1. Resulta pacífico en este asunto que el negocio jurídico base de la controversia es un mandato, contrato respecto del cual el Código de Comercio entre otras reglas establece: *i)* el mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra (art. 1262); y *ii)* comprende los actos para los cuales haya sido conferido y aquellos que sean necesarios para su cumplimiento (art. 1263).

En lo que respecta a los límites de ese contrato, la misma codificación prevé: *i)* el mandatario no podrá exceder los límites de su encargo (art. 1266); *ii)* los actos cumplidos más allá de dichos límites sólo obligarán al mandatario, salvo que el mandante los ratifique (art. 1266); y *iii)* el mandatario puede separarse de las instrucciones, cuando circunstancias desconocidas que no puedan serle comunicadas al mandante, permitan suponer razonablemente que éste habría dado la aprobación (art. 1266).

De igual modo, consagra: *i)* el mandatario debe informar al mandante de la marcha del negocio; rendirle cuenta detallada y justificada de la gestión y entregarle todo lo que haya recibido por causa del mandato (art. 1268); *ii)* debe comunicar sin demora al mandante la ejecución completa del mandato (art. 1269); e *iii)* igualmente está obligado a comunicar al mandante las circunstancias sobrevinientes que puedan determinar la revocación o la modificación del mandato (art. 1269).

Ahora, en relación con el agenciamiento aduanero, es importante memorar que en el proceso de importación de conformidad con el artículo 10 del Decreto 2685 de 1999, podrán actuar ante las autoridades aduaneras como declarantes con el objeto de adelantar los procedimientos y trámites de importación, exportación o tránsito aduanero, entre otras, las agencias de aduanas, quienes actúan a nombre y por encargo de los importadores y exportadores.

A voces del artículo 12 *ibídem*, “[l]as agencias de aduanas son las personas jurídicas autorizadas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para ejercer el agenciamiento aduanero, actividad auxiliar de la función pública aduanera de naturaleza mercantil y de servicio, **orientada a garantizar que los usuarios de comercio exterior que utilicen sus servicios cumplan con las normas legales existentes en materia de importación, exportación y tránsito aduanero y cualquier operación o procedimiento aduanero inherente a dichas actividades**” (negrilla fuera de texto).

A su turno, el artículo 27-2 de la normativa en cita, impone a las agencias de aduanas en ejercicio de su actividad la obligación de “actuar de manera eficiente, transparente, ágil y oportuna en el trámite de las operaciones de comercio exterior ante la autoridad

aduanera”.

De esas premisas normativas surge lo siguiente: *i*) la obligación legal de una agencia de aduanas que actúe en calidad de mandataria para la gestión de índole aduanero en la importación de mercancías es actuar como declarante a nombre y por encargo de los importadores.

ii) La finalidad principal de esa intervención es garantizar que los usuarios de comercio exterior cumplan con las normas legales existentes en materia de importación.

iii) Está obligada a no exceder los límites del mandato para el agenciamiento aduanero, pero además de que debe ejecutar los actos para los cuales haya sido contratada, también debe adelantar aquellos necesarios para su cumplimiento.

iv) Tiene la obligación de informar las circunstancias sobrevinientes que puedan determinar la revocación o la modificación del mandato para el agenciamiento aduanero.

3.2. Dado que en este asunto se debate una responsabilidad contractual, es preciso traer a colación que para la prosperidad de esa pretensión es imperioso acreditar: *i*) la celebración de un contrato entre las partes; *ii*) el incumplimiento de la persona a quien se demanda; *iii*) la producción para el actor de un daño; y *iv*) un nexo de causalidad, esto es que el perjuicio cuya reparación se persigue sea consecuencia directa de la conducta reprochada al demandado.

De esos elementos son pacíficos en esta instancia los siguientes:

i) *Contrato entre las partes.* Mandato con representación, cuyo propósito era que la demandada en nombre de la actora adelantara la gestión de nacionalización y levante de mercancía adquirida por la segunda en el comercio exterior en calidad de compradora -importadora-, desde el año 2005.

Del mismo modo, el 8 de marzo de 2011, mediante documento privado las mismas suscribieron mandato aduanero para que la convocada en nombre de la convocante realizara *“todas las gestiones de índole aduanero (...) necesarias en relación con las mercancías del mandante”*.

ii) El daño. La mercancía – *“Permeado de suero en polvo”*- fue reembarcada al país de origen -Argentina-, no fue posible su importación porque al momento de inspección para la nacionalización, el INVIMA determinó que no cumplía con el requisito sanitario establecido en la Resolución 1707 de 2010,

relativo a tener *“mínimo doce (12) meses de vida útil al momento de ingreso al país, contados a partir de la fecha de vencimiento que le otorga el fabricante en el país de origen”*.

De manera que el debate gira en torno a los siguientes elementos de la responsabilidad civil contractual: *i*) el incumplimiento de la persona a quien se demanda; y *ii*) nexo de causalidad, esto es que el perjuicio sea consecuencia directa de la conducta de la demandada.

3.3. Rebate entonces la demandada que no incurrió en incumplimiento contractual porque no estaba obligada a informar sobre la existencia del pluricitado requisito para la importación de dicha mercancía proveniente del exterior.

Obra en el expediente el documento de fecha 8 de marzo de 2011, mediante el cual Deltagen S.A.S., en calidad de mandante confirió por un año mandato aduanero a la Agencia de Aduanas Siaco Ltda. Nivel 1, *“para que esta adelante en nombre de aquel todas las gestiones de índole aduanero que sean necesarias en relación con las mercancías del mandante”* (fls. 366 C1 T1).

Por virtud de ese negocio jurídico, se facultó a la convocada, entre otras para lo siguiente: *i*) presentar en nombre, representación y por cuenta del mandante declaraciones de importación, exportación y tránsito aduanero, en todas sus modalidades, incluyendo todos los trámites aduaneros inherentes; y *ii*) declarar las mercancías según los documentos e informaciones aportadas por el mandante.

De igual manera: *i*) en nombre, representación y por cuenta del demandante, retirar cualquier mercancía de las zonas primarias aduaneras una vez obtenido el levante, o el transporte; y *ii*) en general, adelantar todos los trámites contemplados en la legislación aduanera que sean requeridos por el mandante y deban ser realizados a través de una agencia de aduanas.

Como puede verse, más allá de que la demandada tenía autorización para fungir como tramitadora ante las autoridades aduaneras en nombre y representación de la demandante, incluso para retirar mercancías una vez obtenido el levante, no se pactó obligación concreta de asesoría previa a la compra de cada una de las mercancías de la actora en el comercio exterior, piedra angular de este litigio que no soporta la estructuración del incumplimiento contractual que se pretendió hacer ver.

3.4. Más visible se hace que la demandada no tenía esa obligación, si no se pasa inadvertido

que el requisito relativo a la fecha de vencimiento de los lactosueros que se convirtió en el obstáculo insalvable para su importación estaba contenido en una regla que por virtud de la ocupación de la actora necesariamente tenía que conocer.

La Resolución 1707, publicada el 18 de mayo de 2010, proferida por el Ministerio de la Protección Social, dispuso: i) “*Modificar el literal c) del artículo 5o de la Resolución 2997 de 2007 el cual quedará así: “c) Tener mínimo doce (12) meses de vida útil en el momento de ingreso al país, contados a partir de la fecha de vencimiento que le otorga el fabricante en el país de origen”, y ii) “[l]a presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación”.*

Por esa razón, el artículo 5o de la Resolución 2997 de 2007, en particular su literal c), desde el 18 de mayo de 2010 quedó así: “[c]ondiciones generales de los lactosueros en polvo. Además de los requisitos de calidad exigidos en el artículo siguiente, los lactosueros en polvo deben cumplir con las siguientes condiciones generales: (...) c) *Tener mínimo doce (12) meses de vida útil en el momento de ingreso al país, contados a partir de la fecha de vencimiento que le otorga el fabricante en el país de origen*”.

Si se mira bien esta última Resolución en su artículo 2º dice: “*las disposiciones contenidas en el reglamento técnico que se establece mediante la presente resolución se aplican a:* a. *Los lactosueros en polvo como materia prima de alimentos para el consumo humano;* y b. **Todos los establecimientos donde se obtengan, procesen, envasen, transporten, comercialicen y expendan lactosueros destinados para consumo humano en el territorio nacional**” (negrilla fuera de texto). Emerge con claridad que esa disposición desde el 18 de mayo de 2010 aplicaba a todos los establecimientos donde se comercializaran lactosueros destinados para el consumo humano, y por tal virtud la actora tenía que saber de ella, sobre todo cuando la falta de su conocimiento no sirve de excusa. No se olvide, el artículo 9 del Código Civil, consagra: “[l]a ignorancia de las leyes no sirve de excusa”.

De esa manera, como el pluricitado requisito gobernaba la actividad comercial de la demandante, esa situación permite entender que en un curso normal de los acontecimientos conforme a las reglas de la experiencia se esperaba que lo conociera, y por eso no puede colegirse que el daño ocurrido por su ignorancia es atribuible a la demandada.

3.5. Ciertamente la agencia convocada tenía la obligación legal de garantizar que los usuarios de comercio exterior que utilicen sus servicios

cumplan con las normas legales existentes en materia de importación.

De igual manera, debía actuar de manera eficiente, transparente, ágil y oportuna en el trámite de las operaciones de comercio exterior ante la autoridad aduanera.

Sin embargo, los medios de prueba no revelan que la actora hubiese consultado a la demandada los requisitos legales que debía satisfacer la operación de comercio exterior base de este litigio y previo a su adquisición, proceder que derriba cualquier vestigio de que los dolidos perjuicios fueran imputables a la segunda.

Si esa operación fue efectuada directamente por la demandante como lo demuestran las facturas incorporadas (Cfr. facturas de compra del 22 y 28 de julio de 2011, Nos. 653 y 671, fls. 13 y 14), y no obra prueba de consultoría previa, emerge más bien que invoca su propia culpa en su beneficio.

La actora ignoraba esa regla que aplicaba a su actividad mercantil relativa a la importación de lactosiero para el consumo humano, o por lo menos no la tuvo en cuenta al momento de la compra internacional de que trata este juicio, y según las probanzas solo tuvo conocimiento de esa exigencia cuando la carga estaba en tránsito (fls. 370 C1).

En ese sentido Halliby Garzón, profesional en negocios internacionales, coordinadora de los procesos de importación y exportación para la época, en su testimonio reconoció que hubo un cambio de regulación y que no se enteraron a tiempo (Audiencia del 24 de mayo de 2017).

Como si es eso fuera poco, a la fecha en que fueron adquiridas las mercancías, esto es, para el 22 y 28 de julio de 2011, estas tenían menos de los 12 meses que exigía la memorada reglamentación para permitir su ingreso a este país.

Véase, según los certificados de calidad y análisis para leche y productos lácteos Nos. 658.113 y 657.701, los lotes 5B 26401 y 5B26501, tenían fecha de elaboración del 30 de junio de 2011, y 1 de julio del mismo año, con fecha de vencimiento 30 de junio de 2012, y 1 de julio de esta anualidad, respectivamente, lo que quiere decir que tenían menos de los 12 meses que se requerían para su importación al momento de su compra (fls. 19-20).

Sin noticia de consulta previa a la demandada acerca de esa negociación, no cabe otra que concluir que fue la actora quien adquirió ese producto sin tener en cuenta el requisito relacionado con la fecha de vencimiento y es quien debe soportar los perjuicios que reclama

por su falta de diligencia y cuidado.

3.6. En verdad los medios de convicción soportan la alegación de la demandada relativa a que solo se enteró de esa compra el 9 de septiembre de 2011, cuando la mercancía se encontraba en puerto.

Nótese, mediante oficio del 9 de septiembre de 2011, la actora a través de su gerente de importaciones y exportaciones remitió “*Documentos IMP 2436/2439 ARLA*” (fls. 286 C1), de donde se colige que fue en ese momento cuando la convocada asumió la responsabilidad de tramitar la importación que se encontraba en las instalaciones del puerto de Cartagena desde el 2 de septiembre de ese mismo año (Cfr. fls. 294 C1, hecho 7).

De igual modo, es claro que el hecho que impidió la importación surgió con anterioridad a ese momento, fue ejecutado por la convocada sin el cuidado que el caso ameritaba, compró esa mercancía sin tener en cuenta una regla aplicable a su actividad y por virtud de la cual debía tener conocimiento, y sobre todo sin solicitar orientación sobre el tema a la demandada, quien se enteró de ese hecho cuando nada podía hacerse.

Vale la pena tener en cuenta que la testigo Yamile Parra al preguntarle si la demandante avisaba a la demandada que iba a traer mercancía, contestó que no y que en este caso se enteraron cuando les entregaron los documentos y cuando la mercancía estaba en puerto (Audiencia del 24 de mayo de 2017).

Así mismo, a pesar de que Halliby Garzón coordinadora de los procesos de importación y exportación de la demandante dijo que informó de esta operación remitiendo el correspondiente documental, también refirió que no recordaba la fecha exacta (Audiencia del 24 de mayo de 2017).

Por eso, se impone estarse a que ello ocurrió el 9 de septiembre de 2011 cuando la mercancía estaba en puerto, hecho que por demás coincide con lo relatado por el testigo Fabián Cifuentes Ramírez, técnico en comercio internacional de la convocada para ese momento (Audiencia del 24 de mayo de 2017).

3.7. Tampoco puede entenderse que como algunos medios de convicción abogan en favor de que la demandada con anterioridad prestó sus servicios de agenciamiento aduanero por productos similares, debió inexorablemente alertar a la actora acerca del requisito tantas veces citado, y sobre todo sin mediar solicitud previa en ese sentido (Cfr. 70, 71, 74, 77,81).

Según el Certificado de Existencia y Representación de la demandante, dentro de su objeto social está “*la importación y*

exportación de materias primas e ingredientes para el procesamiento de alimentos” y “*la fabricación de toda clase de productos alimenticios y comercialización de los mismos*” (fls. 2 C1).

De ese documento resulta incontrovertible que parte de la actividad profesional de la convocante es la importación de materias primas para el consumo humano, por tanto debía conocer la reglamentación que aplicaba a esa actividad, en particular el requisito relacionado con la fecha de vencimiento a tener en cuenta para ingresarlas al país.

Aun cuando la demandada tuviera la controvertida obligación de asesoría por virtud de los contratos base de este litigio, ante la profesionalidad del demandante y el presunto conocimiento de ese requisito, previo a la adquisición de la mercancía la actora debió solicitar la correspondiente información a la demandada cosa que para su infortunio no ocurrió.

No se olvide, si bien es cierto los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella (art. 1603 del C. C.), el deber de información que surge de ese principio tiene límites, entre los cuales se encuentra el comportamiento proactivo y experticia de quien la requiere.

Sobre el tema la doctrina enseña: “*el deber de actuar de buena fe obliga a las partes del contrato a desplegar un comportamiento proactivo y diligente en orden a obtener la información que requiera. El grado de diligencia con que debe autoinformarse depende de las circunstancias de la convención, el nivel de experiencia y conocimiento de quien la requiere y el mayor o menor acceso que puede tener a ella. Así por ejemplo, la condición de experto o letrado del acreedor o el carácter público de los antecedentes dificultan que pueda alegarse ignorancia legítima, pues por tales motivos es esperable una actitud más diligente para informarse en comparación con quien carece de conocimientos técnicos*”

En ese sentido, los daños objeto de este litigio son entonces exclusivamente imputables a la conducta de la demandante, fue ésta quien a pesar de dedicarse a la importación de materias primas para el consumo humano, efectuó esa actividad en el tiempo sin ponerse al tanto de los requisitos en punto a la fecha de vencimiento que debían cumplir sus mercancías para ingresar a este país, razón por la que no puede alegar ignorancia legítima en su favor.

A pesar de la revelada ignorancia o desinformación sobre el tema por parte de la demandante, tampoco solicitó asesoría previa a comprar la mercancía y sobre exigencias que cambiaron de cara a su conocimiento, situación que cierra el paso obtener beneficios de su propia culpa, sobre todo cuando los medios de convicción soportan que tenía una gerente de importaciones y exportaciones cuya diligencia temprana frente al daño reclamado quedó en tela de juicio.

3.8. Tampoco puede soslayarse que en estrictez el proceso de importación inicia con el aviso de llegada de la mercancía por parte del transportador y finaliza con la autorización de levantamiento, situación que impone estarse a que salvo prueba en contrario, la obligación de la agencia de aduanas no se puede entender extendida a los actos previos a ese proceso como fueren los de comercio exterior - compra de la mercancía-.

Memórese, el artículo 1 del Decreto 2685 de 1999 el proceso de importación: “[e]s aquel que se inicia con el aviso de llegada del medio de transporte y finaliza con la autorización del levante de la mercancía, previo el pago de los tributos y sanciones, cuando haya lugar a ello. Igualmente finaliza con el vencimiento de los términos establecidos en este Decreto para que se autorice su levante”.

Resulta entonces que la demandada mediante el mandato aduanero se obligó en puridad a adelantar “todas las gestiones de índole

aduanero (...) necesarias en relación con las mercancías del mandante”, y como la importación inicia cuando se notifica de la llegada de la mercadería a puerto, no surge por ningún lado visos de que tuviera la obligación de asesorar a la demandante en la compra de mercancía, menos cuando previamente no fue consultada.

4. Lo hasta aquí analizado es más que suficiente para concluir que la causa adecuada del daño que en este litigio se ventila es la falta de diligencia y cuidado de la demandante quien adquirió mercancía en contravención a lo dispuesto en la referida reglamentación que gobernaba su actividad mercantil, y sin solicitar asesoría previa sobre el tema a la demandada.

Por esas razones resulta imperioso tener por demostradas las excepciones de mérito denominadas: i) “culpa exclusiva del actor”; ii) “inexistencia de la obligación contractual o legal”; iii) “inexistencia de la causa invocada”; iv) “asignación con conocimiento de causa de un encargo inviable” y v) “falta de presupuestos de la acción para la prosperidad de la demanda”.

En consecuencia, se revocará la sentencia apelada para en su lugar denegar la declaratoria de incumplimiento contractual junto con las correspondientes condenas, y por sustracción de materia no hay lugar a resolver la apelación de la actora, dado que se cimientan en el éxito de las pretensiones fracasadas en esta instancia.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL / RESPONSABILIDAD MÉDICA
MP DR. IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA
RADICADO: [11001310304120120056601](#)

TESIS

En tratándose de responsabilidad civil por actividades médicas terapéuticas o de recuperación de la salud, es reiterada y pacífica la jurisprudencia en sostener que se aplica el régimen de culpa probada, razón por la cual, una vez acreditados los elementos de la responsabilidad (hecho, daño y nexo causal), es posible que el demandado se exonere, además de las causas extrañas, probando la debida diligencia y cuidado en las prestaciones a su cargo.

Se confirmará el fallo de primera instancia, porque a juicio de esta Corporación, ninguno de los reparos formulados contra el fallo confutado, logran derribar la conclusión del a quo, consistente en que los médicos accionados y las personas jurídicas demandadas, demostraron la debida diligencia y cuidado en la prestación de los servicios médicos a su cargo.

ANTECEDENTES

1. Pide la parte actora que se declare solidaria y civilmente responsable a los demandados, como consecuencia de la ineficiente prestación de servicios de salud brindados durante el post operatorio inmediato de la menor Natalia Cruz Cruz que le generó el estado vegetativo en el que se encuentra, y como consecuencia de ello, se les condene a la indemnización de todos los daños y perjuicios materiales e inmateriales, y

demás perjuicios que se prueben en el proceso a favor de los demandantes, tasados así en la demanda:

- Daño emergente consolidado a favor de los padres: \$3.000.000,00

- Daño emergente futuro a favor de los padres:

\$261.618.000,00

- Lucro cesante futuro de la víctima directa:
\$466.605.928,00

- Lucro cesante futuro a favor de la madre de la víctima: \$325.682.177,00

- Daño moral para cada uno de los demandantes: 100 smmlv

- Daño a la vida de relación para todo el grupo familiar: 800 smmlv.

2. Como fundamentos fácticos de las pretensiones, se indicó que la menor Natalia Cruz Cruz nació el 28 de junio de 1993 y presentaba desde su nacimiento paladar hendido y labio leporino.

2.1. El día 31 de enero de 2008 se sometió a una cirugía denominada Osteomía Lefort II y reducción cerrada de fractura Lefort II para corregir en forma definitiva las patologías enunciadas, con la advertencia que le habían practicado previamente tres cirugías antes para corregir el problema, la primera en 1994, la segunda en 1996 y la tercera en el año 2001.

2.2. El procedimiento médico se hizo a cargo de la EPS demandada, porque la menor era beneficiaria de su padre cotizante. El médico cirujano fue el Dr. José Rolando Prada Madrid, el anestesiólogo el Dr. Oscar Hernán Camargo Pinzón y la auxiliar de enfermería que estuvo a cargo de la recuperación de la paciente fue Mónica Rocío Acosta.

2.3. Los errores que se atribuyen en la prestación del servicio médico fueron los siguientes:

- No había sangre reservada para la paciente de forma previa a la cirugía.

- No había sangre disponible durante la cirugía y en el postoperatorio.

- A la paciente no se le hizo transfusión de sangre durante la cirugía ni en el post operatorio inmediato.

- La paciente no fue evaluada por el personal médico del hospital en el post operatorio inmediato.

- No se controló el sangrado en forma oportuna.

- No se realizó adecuado manejo de vías aéreas

- No fue monitorizada durante la estancia en recuperación ni durante el traslado a la UCI

2.4. Después de presentar varios paros

cardiorrespiratorios en el post operatorio la menor Natalia Cruz presentó daño neurológico severo a consecuencia de dichos eventos con hipoxia e isquemia. Su diagnóstico para la fecha de presentación de la demanda fue: secuelas neurológicas severas, en estado vegetativo persistente, secundarias a encefalopatía hipóxico isquémica.

3. La parte parte pasiva propuso los siguientes medios de defensa:

3.1. Saludcoop EPS se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones el cumplimiento de las funciones y obligaciones por parte de la entidad para con su afiliada e inexistencia de solidaridad entre IPS y EPS.

3.2. José Rolando Prada Madrid (médico cirujano) y Oscar Hernán Camargo Pinzón (anestesiólogo) se defendieron alegando inexistencia de relación causal entre el daño y el acto médico plástico reconstructivo y anestésico (pre-intra y post operatorio inmediato), ausencia de culpa e indebida solicitud de perjuicios.

3.3. La Fundación Hospital Infantil Universitario de San José propuso la inexistencia de los requisitos para que se presente la responsabilidad civil por parte de la demandada, caso fortuito, cobro de lo no debido y obligaciones de medio y no de resultado en las actividades médicas.

3.4. Mónica Rocío Acosta no contestó la demanda.

3.5. Liberty Seguros S.A. se opuso al llamamiento en garantía alegando que lo solicitado está excluido de la póliza, pues se hizo por fuera de tiempo y estando ya prescrita la acción correspondiente. Asegura que la póliza no cubre lucro cesante y que el máximo valor asegurado es de \$122.500.000,00.

3.6. La Cooperativa de Trabajo Asociado Fowler Salud se opuso al llamamiento en garantía aduciendo la inexistencia de actos culposos del personal de servicios de la UCI, debida diligencia del citado personal e inexistencia de nexo causal entre la atención en UCI y las complicaciones de la paciente.

3.7. Servicios Integrales de Salud y Anestesia S.A.S. contestó el llamamiento en garantía alegando la existencia de un contrato de mandato sin representación e inexistencia de la obligación de reembolsar por no existir culpa ni nexo causal entre el daño y la actividad de la llamada en garantía.

4. En la sentencia de primera instancia el a quo declaró la prosperidad de las excepciones de

mérito propuestas por los demandados, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.

4.1. Para sustentar esta decisión, después de explicar los fundamentos teóricos de la responsabilidad civil, sustentó que no se evidencia en la atención médica prestada la existencia de una conducta reprochable al actuar médico, pues se adelantaron los procedimientos previos, médicos y administrativos para la realización de la cirugía, inclusive no se presentó ninguna complicación en el tiempo que duró la intervención, además al presentarse la hemorragia se procedió por el personal médico al respectivo taponamiento, y al presentarse las condiciones médicas imprevisibles como lo fue el shock hipovolémico, se realizaron los procedimientos o maniobras médicas correspondientes, colocándole sangre, recordando que siendo aquella cirugía de esas características tan especiales, no hubo manera de prever las complicaciones tan especiales como las que se presentaron, amén, aquella era una posible complicación del procedimiento, esto es, la pérdida de sangre, y es que además, no se puede concluir que al momento de entregar a la menor de ese entonces Natalia Cruz Cruz, no se hubiese estado monitoreando debido a la descarga del monitor, pues a las 12:20 se registró se encontraba en monitoria y a las 12:30 se le comunicó al departamento de pediatría e inmediatamente se monitorizó. Compás de tiempo dentro del cual no se reporta ninguna complicación corporal en la paciente, según se desprende de la historia clínica.

4.2. Con base en la declaración de los médicos y la prueba pericial allegada, concluyó que el procedimiento fue ajustado a los lineamientos médicos para la patología e intervención que se le realizó a la paciente, con lo que se puede concluir, que el personal que la valoró en el pre y post procedimiento, tienen alta idoneidad y experiencia en la materia. Se siguieron todos los pasos previos necesarios para tratar de estimular el crecimiento del maxilar superior, en el tercio medio facial, y evitar el procedimiento quirúrgico, como fue el tratamiento con ortopedia, maxilar y ortodoncia, sin embargo, los tejidos de la paciente, debido a su condición de base de labio leporino y paladar hendido, y al efecto de las cicatrices de los procedimientos previos realizados para su manejo, no respondieron a ese tratamiento.

4.3. En el procedimiento se contó con todos los servicios de apoyo para la realización de la cirugía, entre ellos, servicios de anestesia, sala de cirugía, recuperación, unidad de cuidados intensivos especializados en la atención pediátrica y servicios, quienes estuvieron atentos en todo momento a la evolución de la

paciente, buscando los mejores resultados frente al tratamiento realizado. Sin embargo, desafortunadamente a pesar de haber hecho todo lo necesario para obtener un buen resultado, se presentó una complicación post operatoria que llevó a la presentación de siete paros cardiorrespiratorios, los cuales respondieron parcialmente a las maniobras de resucitación realizadas, con un desenlace desafortunado, debido al daño cerebral durante los períodos de resucitación, concluyendo que la totalidad del procedimiento se ajustó a lo estrictamente prescrito por la *lex artis*.

4.4. En este orden de ideas, no fue posible demostrar a ciencia cierta, bajo los parámetros de la razonabilidad y las reglas de la experiencia, que hubo culpa ni en los entes como tampoco del personal médico encargados de prestar el servicio médico a la entonces menor frente a la intervención realizada, por ser hechos imprevisibles derivados de la patología de base. Las pruebas recolectadas, allegadas, recopiladas y puestas en conocimiento de las partes a lo largo del proceso, llevan a concluir que la atención dada a la menor por parte del extremo demandado, se ajustó a una diligente y perita conducta como profesionales de la salud, sin que se pueda afirmar a ciencia cierta, que la sometieron a una situación injustificada, ni que se violó la *lex artis* y, por lo tanto, no es posible catalogar la conducta de los médicos, como actividades culposas.

5. Los reparos concretos formulados en la sustentación del recurso de apelación se resumen así:

5.1. Reparos primero: no valoración de la totalidad de la historia clínica de la menor Nathalia Cruz Cruz de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Las anotaciones que reposan en la citada prueba documental, muestran un consenso por parte de los especialistas que la trataron en cuanto a que la causa del deterioro del estado de salud corresponde a un Choque hemorrágico Clase IV, choque hipovolémico, choque cardiogénico descompensado, anemia severa. Los riesgos intra y postoperatorios (sangrado excesivo y obstrucción de la vía aérea), totalmente previsible y mitigables, no fueron controlados por parte de la Fundación Hospitalaria Infantil Universitario de San José, ni por parte de los médicos tratantes, debido a sus falencias, negligencia médica y falta de oportuna atención, llevando a Natalia a complicaciones que culminaron con su lamentable estado actual (vegetativo irreversible), tal como se desprende de una descuidada y pormenorizada lectura de la historia clínica.

5.2. Reparos segundo: no valoración de las demás pruebas. La juez de primera instancia no

tuvo en cuenta el testimonio de la abuela de la menor operada, señora María Elina Forero, quien por ser testigo presencial, merece credibilidad, pues en su declaración la citada señora dijo: *“Que se demoró bastante en la cirugía y que al parecer la habían reanimado, que ella vio a la niña que la sacaron sin oxígeno, que ella estaba despierta pero que no la reconoció, que el anestesiólogo le dijo que no había podido hacer nada porque el monitor estaba dañado, que después en la U.C.I., vio que la estaban reanimando de manera manual y con el desfibrilador...”*

5.3. Reparos tercero: alcance probatorio diferente al consentimiento informado. El consentimiento informado, no implica ni mucho menos, que el paciente asuma completamente y a cabalidad todos los riesgos que implica la prestación de servicios en salud, por el contrario, este se limita únicamente a aquellos riesgos que los profesionales de la salud, con sus conocimientos, herramientas, procedimientos, y demás recursos a disposición, sean incapaces de controlar y/o minimizar. Natalia fue expuesta a riesgos mayores por la incapacidad de los médicos de controlar el sangrado y reponer la sangre en tiempos adecuados y oportunos, además de que se permitió la obstrucción de la vía aérea e incluso broncoaspiración masiva de sangre, circunstancias estas que exceden por mucho lo consentido. El formato que utilizó la demandada Hospital Infantil Universitario de San José no cumple con la naturaleza del consentimiento informado que según la jurisprudencia constitucional: “debe satisfacer, cuando menos, dos características: (i) debe ser libre, en la medida que el sujeto debe decidir sobre la intervención sanitaria sin coacciones ni engaños; y, (ii) debe ser informado, pues debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente para que el paciente pueda comprender las implicaciones de la intervención terapéutica. Más aun, analizando de manera detallada el numeral 4 del mismo, referente a los riesgos, efectos secundarios y molestias contaminantes de la intervención, en ningún lugar aparecen riesgos y complicaciones como, paro cardiaco, Choque hemorrágico Clase IV, choque hipovolémico, choque cardiogénico descompensado, anemia severa, obstrucción de vía aérea, bronco aspiración masiva de sangre, ni el final estado vegetativo actual de Natalia, los cuales se hicieron realidad y no fueron informados, incumpliendo lo previsto por el ordenamiento colombiano. En su numeral 5, el consentimiento versa sobre la aplicación de anestias, tampoco aparecen los riesgos indicados. Teniendo en cuenta para la época de los hechos, la afectada Natalia era menor de edad, debía darse el consentimiento por parte de alguno de sus padres, y no como se hizo en el presente, que en forma irregular e inválida lo

otorgó la abuela, simplemente con el ánimo de llenar un requisito. En lo referente a Natalia, el consentimiento debió ser dado por sus padres, quienes son los que ejercen la patria potestad.

5.4. Reparos cuarto: dictámenes periciales que presentaron los demandados, incorporados y valorados ilegalmente. Los dictámenes periciales presentados por los doctores Jan Daniel Franco Gruntorad y Jorge Ernesto Cantini Ardila, a petición de algunos demandados fueron aportados y valorados en forma ilegal pues se hizo una mezcla entre el procedimiento civil y el código general de proceso, siendo por ende prueba ilegal, nula de pleno derecho (art. 14 C.G.P.); al no comparecer los peritos a la audiencia prevista en el artículo 228 C.G.P., su dictamen no tendrá valor. Ninguno de los dictámenes periciales es siquiera dicente en lo referente a demostrar que los profesionales de la salud, desplegaron todas las herramientas, los esfuerzos, las técnicas y demás posibilidades que tenían, para evitar el estado vegetativo de la señorita Natalia Cruz Cruz.

5.5. Reparos quinto y sexto: los demandados, siendo su obligación no demostraron que el procedimiento efectuado para la reanimación de la paciente hubiese sido el adecuado, como tampoco demostraron que el Hospital demandado contaba con todos los equipos adecuados y científicos para practicar este tipo de cirugías, es decir, no demostraron la idoneidad requerida, como era su obligación.

5.6. Reparos séptimo: los elementos de la responsabilidad civil extracontractual se encuentran debidamente probados. El origen del lamentable estado de Natalia Cruz Cruz, no es otro que las falencias, la negligencia médica y la falta de oportuna atención durante los procedimientos intra y postoperatorias que se le realizaron; Durante la cirugía las múltiples laceraciones y fracturas ocasionaron un sangrado, más allá de lo aceptable y seguro para el funcionamiento de los órganos del cuerpo, la sangre pérdida no fue repuesta de manera oportuna, conllevando a múltiples complicaciones previsibles, que por un inadecuado seguimiento escalaron hasta producir múltiples paros cardiacos y sangrado que requirió una nueva intervención.

5.7. Reparos octavo: (la culpa probada también se infiere de indicios). Abundan indicios de responsabilidad médica en cabeza de los demandados, pues de un lado, a la menor en el mismo hospital San José, los días 10 de febrero de 2005 y 30 de julio de 2007, ya le habían practicado unas cirugías previas, encaminadas a corregir el paladar hendido y labio leporino, las cuales eran necesarias para corregirle el defecto con el que nació. Como ese defecto requería de varias intervenciones el Hospital

programó una cuarta intervención el día 31 de enero de 2008; Con similares procedimientos en las anteriores cirugías, no hubo complicación de ninguna índole y todo salió normal. Pero se cometieron varias falencias en la cirugía llevada a cabo el día 31 de enero del 2008, que por negligencia, falta de diligencia y cuidado, tanto en la cirugía como en el procedimiento posterior, llevaron a dejar a la paciente en el estado vegetativo irreversible en que se encuentra.

5.8. Reparó noveno: (declaró probadas todas las excepciones de mérito formuladas por los demandados) Tan ligera fue la decisión de la juez a-quo, que denota su falta de análisis concienzudo tanto del acervo, como de los medios exceptivos planteados que, desconociendo lo previsto en el artículo 282 inciso 3 del C.G.P., en forma curiosa y particular, declaró probadas todas las excepciones de mérito formuladas por los demandados, sin indicar alguna en particular y sin referirse a la misma, como era su deber.

ANÁLISIS DE LA SALA

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

2. En tratándose de responsabilidad civil por actividades médicas terapéuticas o de recuperación de la salud, es reiterada y pacífica la jurisprudencia en sostener que se aplica el régimen de culpa probada, razón por la cual, una vez acreditados los elementos de la responsabilidad (hecho, daño y nexa causal), es posible que el demandado se exonere, además de las causas extrañas, probando la debida diligencia y cuidado en las prestaciones a su cargo.

3. Se confirmará el fallo de primera instancia, porque a juicio de esta Corporación, ninguno de los reparos formulados contra el fallo confutado, logran derribar la conclusión del a quo, consistente en que los médicos accionados y las personas jurídicas demandadas, demostraron la debida diligencia y cuidado en la prestación de los servicios médicos a su cargo.

Para un mejor entendimiento argumentativo, se responderán uno a uno los reparos concretos.

4. Se resolverán en este acápite los reparos relacionados con las atenciones médicas, es decir, primer reparo, relacionado con la no valoración de la totalidad de la historia clínica de la menor Nathalia Cruz Cruz de acuerdo a las reglas de la sana crítica, y los reparos quinto y sexto fundados en que los demandados, siendo su obligación, no demostraron que el procedimiento efectuado para la reanimación de la paciente hubiese sido el adecuado, como tampoco demostraron que el Hospital demandado contaba con todos los equipos científicos para practicar este tipo de cirugías.

4.1. Pretende el apelante que este Tribunal infiera de la sola lectura de la historia clínica la culpa de los demandados, desconociendo la

prueba pericial incorporada al proceso.

Es verdad decantada que la historia clínica es un elemento de juicio relevante, porque con base en ella se reconstruyen las atenciones médicas, dejando la posibilidad de que se pueda demostrar la culpa en los procedimientos de salud, cual acontece cuando, por ejemplo, el documento muestra una grave e indiscutible negligencia en adelantar una intervención urgente, que ahí mismo recomendaron los profesionales tratantes.

Sin embargo, dicha circunstancia no se avizora en este caso, porque la historia clínica muestra los hechos, conforme a los cuales el deterioro de salud de la paciente fue después de la cirugía practicada, cuyas complicaciones hacen parte de los riesgos inherentes al procedimiento.

Aunque la historia clínica es prueba por sí sola, en este preciso caso no logra inferir la negligencia o culpa en los actos médicos, y en un tema tan especializado, es indispensable saber si el procedimiento fue contrario a la *lex artis*, inferencia a la que no se puede arribar, vistos los medios probatorios en su conjunto, pues todos coinciden en que se tomaron las precauciones y la intervención quirúrgica fue idónea y adecuada; como tampoco muestra negligencia en la oportunidad de la atención post cirugía.

Al referirse a los errores que se observen en la historia clínica y pretender de ellos derivar la responsabilidad civil de los médicos e instituciones, Jurisprudencia reciente ha precisado lo siguiente:

“Otra cosa es que a partir de la omisión total de la historia clínica, o de la presencia de tachaduras, enmendaduras, borrones, intercalaciones, etc., o del aporte de una incompleta, pueda el juez, atendidas las circunstancias, deducir un indicio más o menos grave en contra de la entidad o el profesional demandado. Pero se trata sólo de eso, de un indicio, más no de la acreditación de la causación del daño por el solo efecto de la omisión en el cumplimiento de este deber

profesional.

Pero que ello sea así no significa que se esté ante una prueba tasada, específicamente establecida en la ley, para la acreditación de un hecho. Porque una cosa es la pertinencia de la prueba, es decir, su relación con el hecho a probar, que en la historia clínica es indiscutible frente a la reconstrucción histórica que se persigue conocer, y otra muy distinta su poder de convicción, su mérito persuasivo, su mayor o menor prolijidad.

Es deseable, pero en sí mismo no es constitutivo de culpa, que en la elaboración de una historia clínica en un establecimiento de salud, sobre todo en las circunstancias actuales por las que atraviesa el colapsado sistema en Colombia, los más mínimos detalles queden registrados. A más detalles más información para la eventual y futura reconstrucción de los hechos.

En consecuencia, derivar una culpa y por ende una responsabilidad a la demandada por el lamentable deceso de doña Ligia, a partir de la ausencia de firma en las notas operatorias, o por el hecho de que no exista allí acreditación de que le fue informada a la paciente los riesgos de la intervención, o que no figuren las órdenes relativas al cuidado de la herida en el cuello, pueden no estar justificadas pero, en todo caso, no se encuentran enlazadas, ni el cargo lo propone ni menos lo demuestra, con el resultado dañoso reclamado.”

Pretender, como se invocó en el recurso, que con la sola historia clínica se determine –con probabilidad suficiente– que los demandados erraron en el desarrollo post cirugía, es contrario a la sólida jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, quien ha reiterado la necesidad de probar la culpa con el dinamismo propio de la carga probatoria.

En sentencia SC3847 de 2020, la Corte precisó que la prestación de servicios de salud debe estar “*atada a los principios de benevolencia y no maledicencia o primun non nocere*”, con una obligación ética y jurídica, que exige a los involucrados contribuir al bienestar de los pacientes y evitar el incremento del daño físico o síquico; a más de que su formación teórica y práctica rigurosa, de actualización permanente, “*asegura que sus decisiones las adoptan en beneficio de los enfermos para evitar perjuicios innecesarios en su integridad física y moral*”.

De modo que los citados principios “*conminan a los profesionales de la salud a optar siempre por los procedimientos y alternativas terapéuticas menos dolorosas y lesivas para los pacientes y usuarios de los servicios*”, lo cual “*presupone, en general, que el actuar*

médico se realiza con diligencia y cuidado. Por esto, los menoscabos o las lesiones causadas a la salud, también en línea de principio, se entienden que son excusables. Las excepciones se refieren a las faltas injustificadas (groseras, culposas, negligentes o descuidadas)...”.

De ahí que, iteró, incumbe a quien demanda responsabilidad en ese campo: “*1. Desvirtuar los principios de benevolencia o no maledicencia. 2. Según la naturaleza de la responsabilidad en que se incurra (subjetiva u objetiva), o de la modalidad de las obligaciones adquiridas (de medio o de resultado), mediante la prueba de sus requisitos axiológicos. En particular, probar la conducta antijurídica, el daño y la relación de causalidad entre éste y aquélla, así como la culpabilidad. En todo caso, no basta la afirmación del actor carente de los medios de convicción demostrativos de los hechos que se imputan*”; lo cual es acorde con el art. 26 de la ley 1164 de 2007 (modif. art. 104 de la ley 1438 de 2011), alusiva al talento humano en salud, bajo cuyo tenor “*la relación médico-paciente «genera una obligación de medio, basada en la competencia profesional» sin perjuicio de las «estipulaciones especiales de las partes» (artículo 1604, in fine, del Código Civil), en una evidente distinción con las obligaciones de resultado*”.

No es posible para esta Corporación, descifrar con la sola lectura de la historia clínica, una responsabilidad que se desprenda de los tiempos de respuesta a cada una de las complicaciones que presentó la menor, porque son temas científicos que requieren conocimientos técnicos que deben provenir de quienes ejercen la misma profesión.

4.2. Las dos experticias allegadas al plenario y uno de los testigos técnicos escuchados en audiencia, permiten probar el cumplimiento de protocolos y la debida diligencia y cuidado de los demandados.

4.2.1. El primer peritaje relacionado con la especialidad cirugía plástica², precisó que antes de la cirugía, la paciente presenta hipoplasia severa de tercio medio facial, arco maxilar superior colapsado en forma transversa, ausencia de soporte columelar, o sea, la porción central de la nariz en la vista basal, colapso de la punta nasal, mordida clase III, lo que significa que los dientes del maxilar se encuentran por detrás de los dientes de la mandíbula, con inversión de la mordida normal, rotación anti horaria mandibular (apertura del ángulo mandibular por dirección del cuerpo mandibular hacia abajo) con problemas respiratorios por la retrusión del maxilar superior que reduce la capacidad de la vía aérea superior.

En la valoración pre anestésica realizada el 11 de septiembre de 2007, se presumió vía aérea difícil para realizar las maniobras de intubación nasotraqueal.

El procedimiento quirúrgico denominado Osteomía Lefort II + distracción del segmento maxilar superior con la ayuda de distractor externo tipo blue device, fue acordado por Junta quirúrgica con ortodoncia y cirugía plástica, puesto que no se había obtenido buenos resultados con el tratamiento de ortodoncia y ortopedia maxilar. Se trata de un procedimiento ampliamente descrito en la literatura científica, con resultados muy satisfactorios y de mejor calidad que los que se tenían antes de contar con la distracción osteogénica.

Las complicaciones más comunes de este tipo de cirugías, por su alta exigencia técnica son: afectaciones de la vía aérea por la presencia de edemas, hematomas o cúmulos de sangre que obstruyan la vía aérea superior, lesión de un vaso mayor o sangrado por las fracturas, necrosis ósea o de tejidos blandos por falta de irrigación, infección, alteración de la cicatrización del hueso y de la oclusión dental y pérdida de piezas dentales. En los pacientes de paladar hendido pueden presentarse fístulas o comunicaciones oronasales o alteración en la competencia velofaríngea lo que puede llevar a que se empeore la capacidad de fonación.

Presentada la complicación del sangrado, las medidas de taponamiento anterior y posterior son adecuadas para controlarlo.

Sobre el procedimiento quirúrgico del cirujano plástico Prada, precisó que lo realizado por éste se ajustó a los lineamientos de la lex artis. Se siguieron todos los pasos previos necesarios para estimular el crecimiento maxilar superior, en el tercio medio facial y evitar el tratamiento quirúrgico, como fueron el uso de procedimientos de ortopedia maxilar y ortodoncia, sin embargo, los tejidos de la paciente, debido a su condición de base de labio y paladar hendidos y a los efectos de las cicatrices de los procedimientos quirúrgicos previos realizados para su manejo, no respondieron a ese tratamiento por lo que se ofreció la posibilidad de hacer un avance maxilar con distracción osteogénica y realizar de esta manera un adelanto en los tejidos. Asegura que la paciente se llevó a un centro de atención de alto nivel que disponía de UCI pediátrica, con todos los recursos y conocimientos para realizarlo y todos los servicios de apoyo. Desafortunadamente, a pesar de haber hecho todo lo necesario para obtener unos buenos resultados, se presentó una complicación durante la evolución postoperatoria, que llevó a la presentación de siete paros cardiorrespiratorios, los cuales

respondieron parcialmente a las maniobras de resucitación realizadas, con un desenlace desafortunado debido al daño cerebral por hipoxia durante los periodos de resucitación. Dicha complicación corresponde a un riesgo dada la magnitud y complejidad del acto quirúrgico y su consecuente acto anestésico. El desenlace no pudo ser previsto, toda vez que es sumamente infrecuente encontrar una paciente que presenta esta complicación severa y responda de manera tan singular a las maniobras de resucitación realizadas por el equipo médico tratante.

4.2.2. El segundo peritaje, realizado por un médico y cirujano especialista en anestesiología³, detalla los siguientes hechos relevantes: en la valoración pre anestésica se ordenó la respectiva reserva de sangre y se clasificó la vía aérea como difícil. La paciente estuvo monitorizada todo el tiempo en cirugía, ventilación controlada, buena saturación arterial de oxígeno.

Según el record de anestesia la paciente presentó un sangrado que se encuentra dentro de las pérdidas mínimas permisibles. La transfusión de sangre se hace en el caso de que supere las pérdidas sanguíneas permisibles, calculadas para cada tipo de cirugía. La paciente no tiene indicación de transfusión en el momento de ingreso a UCI, es decir, no tenía criterios para dicho procedimiento, pues no se evidenciaron picos de hipotensión o taquicardia que mostraran un choque hipovolémico en la cirugía o en el postoperatorio inmediato. Concluye entonces que, para el momento de la entrega de la paciente a la UCI (12:50) no presentaba signos de hipotensión y mucho menos un shock hipovolémico. Una vez la paciente es operada el grupo de cuidado intensivo de la UCI es quien se hace cargo del postoperatorio.

La extubación de la paciente una vez terminada la cirugía si era aconsejable, atendiendo a que estaba estable desde el punto de vista hemodinámico, despierta, consciente, con reflejos protectores de la vía aérea presente (tos y deglución) y con buena saturación del oxígeno (98%).

En relación con las complicaciones en la UCI, precisó que de la lectura de la historia clínica, considera que las mismas no se derivan del shock hipovolémico sino de una presunta vasoplejia farmacológica asociado a un fenómeno de depresión del estado de conciencia con depresión respiratoria, pero son hipótesis basadas en lo registrado en la historia clínica y en la literatura médica, con la advertencia que es una complicación frecuente de la sedación.

Concluye que la atención de la paciente en UCI

pediátrica, en el post operatorio, se adecuó con la *lex artis*, pues los objetivos anestésicos se cumplieron en su totalidad, el acompañamiento fue permanente y la paciente se entregó a la UCI con signos hemodinámicos que demuestran una estabilidad hemodinámica y desde el punto de vista respiratorio la saturación mayor a 90% indica que estaba con buen estado de oxigenación y con buen estado de conciencia.

4.2.3. El doctor Carlos Eduardo Torres Fuentes, cirujano plástico con 10 años de experiencia, aseguró que atendió un llamado de la unidad de cuidados intensivos, al día siguiente de la cirugía. Al ser interrogado sobre los riesgos inherentes a dicho procedimiento practicado a la menor, contestó que hay infinidad de riesgos que son expresados de manera directa al paciente y se consigna en el consentimiento informado, siendo el más grave la muerte, sangrado, infecciones, asimetrías, la ausencia de consolidación del hueso, cicatrización, o temas relacionados con las cicatrices, entre muchos otros riesgos. En el momento que examinó a la menor Cruz Cruz, en el post operatorio, encontró a una paciente intubada, con ventilación y sedación. Se le informa que la paciente está presentando un sangrado. La examina y encuentra un taponamiento anterior, que son gasas que se colocan en la nariz para el control del sangrado, que es lo que se hace en estos eventos. Aseguró que el sangrado posterior a este tipo de cirugías es esperable, razón por la cual se taponan, porque generalmente puede presentarse días después del post operatorio. Si es poca la cantidad, se deja que el sangrado cese espontáneamente. Debido a que la paciente estaba en la UCI, se prefiere hacer un procedimiento para estar más seguros del control del sangrado, pero es una situación esperada en este tipo de cirugías. El denominado shock hipovolémico es uno de los riesgos esperados, advirtiéndole que dicha complicación tiene muchas causas, pero no puede afirmar si está en relación directa con la cirugía realizada a la menor. Hipoxia significa que no está llegando suficiente sangre al cerebro, o a los demás tejidos y suficiente oxígeno. Eso puede presentarse por infinidad de causas provocadas por varios eventos, entonces no podría afirmar relación directa, o relación causal. El objetivo de la cirugía realizada a la menor es inminentemente funcional y reconstructivo. No se reportó complicación durante la intervención. En este tipo de cirugía, es protocolo que el paciente inmediatamente pase a UCI para vigilancia del post operatorio. A partir de allí, el médico que realiza la cirugía, se convierte en un médico que acompaña, porque el manejo lo realiza directamente el intensivista, es decir, el médico que está a cargo del UCI. Es permitido y esperado que la paciente en cirugía tuviera un

sangrado entre 800 y 1000 mililitros, en virtud que anestesiología, hace un cálculo de la edad, el peso de la paciente, y manifiesta al grupo cual es el sangrado permitido. Y mientras esté dentro de ese rango, las cosas pueden ser adecuadas. Concluyó que las conductas que realiza el doctor Prada se ajustaron tanto a los protocolos científicos, como a los protocolos médicos de tratamiento y a la *Lex Artis*.

4.3. La prueba pericial y el testimonio técnico valorado permiten inferir, al igual que lo hizo el A quo, que los médicos actuaron con la debida diligencia y cuidado y de acuerdo a la *lex artis*, tanto en las etapas previas al procedimiento, la cirugía en sí misma considerada y el post operatorio atendido por los funcionarios de la UCI pediátrica.

También quedó claro que la menor tuvo todas las atenciones necesarias para solventar las complicaciones, sin que se hubiese puesto de manifiesto alguna omisión en la prestación asistencial, demoras, falta de aparatos o instrumentos. Todo lo contrario, se encontraba en un centro del más alto nivel.

En conclusión, estos cargos no tiene vocación de prosperidad, porque la simple lectura de la historia clínica y la constancia de las complicaciones ocurridas con posterioridad a la cirugía, el shock hipovolémico, sangrado y secuelas neurológicas de la paciente, no evidencian culpa de los galenos, siendo necesario acreditar dichas conclusiones con dictámenes periciales que acrediten la imprudencia, negligencia o impericia de quienes intervinieron en el acto médico para mitigar dichas complicaciones.

5. El segundo reparo, sustentado en que el juez de primera instancia no valoró el testimonio de la abuela de la menor operada, señora María Elina Forero, tampoco está llamado a prosperar, porque la citada dama no ostenta la calidad de tercero en el juicio, sino que es parte demandante, así que su versión no puede catalogarse como testimonio sino declaración de parte.

De conformidad con el final del artículo 191 del Código General del Proceso, “[l]a simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas”.

Ahora, sobre la declaración de parte como medio de prueba, la doctrina enseña: “[l]o único que cabe valorar a la declaración de un litigante es que su relato esté espontáneamente contextualizado y que se vea acreditado por otros medios de prueba. De lo contrario, (...) su fuerza probatoria es tan débil que no tiene por qué ser tenida en cuenta”

En ese sentido, si bien podría afirmarse que el sistema procesal actual impone la valoración de la declaración de parte como medio de prueba, no por ello puede olvidarse de tajo que, de antaño la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha sido enfática en predicar que las manifestaciones de las partes en su beneficio no son prueba de sus alegaciones. Para el efecto, dijo: “[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”

Así las cosas, la simple declaración de parte debe ser valorada, pero cuando corresponda a manifestaciones en beneficio del interrogado debe estar respaldado en otros medios de convicción por virtud del principio probatorio de que a nadie le es permitido fabricarse su propia prueba.

Quiere decir entonces que, como el hecho de una deficiente atención post quirúrgica de la que fue testigo presencial la abuela de la menor, solo está respaldado por la versión de ella misma, sin que encuentre soporte con otro medio de prueba, no tiene la virtualidad de acreditar por sí solo ese antecedente fáctico, y por ende, este cargo está llamado al fracaso.

6. El tercer reparo se sustenta en deficiencias del consentimiento informado, alegando que no incluye el daño generado a la paciente y que no fue suscrito por los padres de la menor.

6.1. El consentimiento informado o ilustrado materializa el derecho fundamental de todo paciente a tomar decisiones preponderantes en torno a su salud física y mental, por lo tanto, de someterse libre y voluntariamente al diagnóstico o al procedimiento sugerido por el galeno, una vez ha recibido de éste la explicación suficiente, idónea y clara relacionada con el mismo.

En reciente sentencia, la Corte sentó un precedente más completo para determinar los efectos jurídicos del consentimiento informado para determinar si en un asunto específico, el o la paciente recibió en forma autónoma el nivel de información adecuada para someterse a una intervención sanitaria, para lo cual, se requieren ponderar ciertas variables o elementos desarrollados en la jurisprudencia constitucional.

Se precisa que resulta cuestionable que haya lugar a responsabilidad civil derivada del acto médico, cuando se materializa un riesgo que es

propio, natural o inherente al procedimiento ofrecido. En estos casos, el daño causado no tiene el carácter de indemnizable, al no estar precedido de un comportamiento culposo. Frecuentemente el médico se encuentra con los riesgos inherentes al acto médico, sea de ejecución o de planeamiento, los cuales son inseparables de la actividad médica, por cuanto no puede predicarse que la medicina sea una ciencia exacta y acabada, sino en constante dinámica y evolución.

En uno de sus apartes, el citado precedente señala:

“De tal manera, probable es, que el médico en la ejecución de su labor lesione o afecte al paciente; no obstante, no puede creerse que al desarrollar su actividad curativa y al acaecer menoscabos lesivos, pretenda ejecutar un daño al enfermo o, incursione por ejemplo, en las lesiones personales al tener que lacerar, alterar, modificar los tejidos, la composición o las estructuras del cuerpo humano. De ningún modo, el delito o el daño a la humanidad del doliente es la excepción; no es regla general, por cuanto la profesión galénica por esencia, es una actividad ligada con el principio de beneficencia, según el cual, es deber del médico, contribuir al bienestar y mejoría de su paciente. Al mismo tiempo la profesión se liga profundamente con una obligación ética y jurídica de abstenerse de causarle daño, como desarrollo del juramento hipocrático, fundamento de la lex artis, que impone actuar con la diligencia debida para luchar por el bienestar del paciente y de la humanidad, evitando el dolor y el sufrimiento.

Ello no significa soslayar los errores. Estos pueden ser excusables e inexcusables. En el ámbito de estos últimos, se hallan los groseros, los culposos, los faltos de diligencia y cuidado, y por tanto injustificados, motivo por el cual resultan abiertamente inexcusables y consecencialmente, reparables “in natura” o por “equivalente”, pero integralmente. Todos los otros resultan excusables.

En estas lides, cuando ha existido lesión, y simultáneamente se demuestra negligencia en el facultativo, debe hallarse un baremo o límite, el cual se halla en la normalidad que demanda la Lex Artis, a fin de disponer cuando fuere del caso lo consecuente con el extremo pasivo, y determinar el momento en que se incursiona definitivamente en el daño antijurídico.

El criterio de normalidad está ínsito en la lex artis, y permite inferir ese carácter antijurídico cuando supera ese criterio, cuando la lesión excede el parámetro de normalidad, en cuanto en todo momento el médico debe actuar con la diligencia debida. En consecuencia, se exige

por parte del demandante o del paciente afectado que demuestre, en definitiva, tanto la lesión, como la imprudencia del facultativo en la pericia, en tanto constituye infracción de la idoneidad ordinaria o del criterio de la normalidad previsto en la Lex Artis, las pautas de la ciencia, de la ley o del reglamento médico.”

Es importante advertir, que en la sentencia SC9721-2015, la Corte se pronunció sobre la forma inadecuada como se dio el consentimiento informado, precisando que el artículo 15 de la Ley de Ética Médica (23 de 1981), consagra un deber para el profesional de no exponer al paciente a «riesgos injustificados» y solicitar autorización expresa «para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible», previa ilustración de las consecuencias que de allí se deriven. Complementan esa estipulación los artículos 9 al 13 del Decreto 3380 de 1981, que señalan como «riesgos injustificados aquellos a los cuales sea sometido el paciente y que no correspondan a las condiciones clínico patológicas del mismo» y se refieren al cumplimiento de la obligación de enterar al enfermo o su familia cercana sobre los efectos adversos del tratamiento, los casos excepcionales en que se exonera de hacerlo, la exigencia de que se deje expresa constancia sobre su agotamiento o la imposibilidad de llevarlo a cabo, y la salvedad de que por la imprevisibilidad connatural a esta ciencia «el médico no será responsable por riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos de imposible o difícil previsión dentro del campo de la práctica médica al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico».

Eso quiere decir que, siendo un derecho de quien va a ser sometido a una intervención saber cuáles son los peligros a los que se verá enfrentado, no puede llegarse al extremo de exigir que se consignen en el «consentimiento informado» situaciones extraordinarias que, a pesar de ser previsibles, tengan un margen muy bajo de probabilidad que ocurran.

6.2. A folio 311 vto del cuaderno 5 obra documento denominado “manifestación de consentimiento para la práctica de intervenciones quirúrgicas, anestesias, métodos diagnósticos o terapéuticas” con logo del Hospital Infantil Universitario de San José, fechado a 31 de enero de 2008 a las 7:00 am, donde se lee claramente el nombre de Natalia Cruz Cruz, actuando a través de su abuela María Elina Forero c.c. 41.533.638 y que se encuentra debidamente suscrito por los médicos tratantes y la mencionada señora.

En dicho documento se otorgó el consentimiento al citado centro hospitalario, para que con el concurso de su personal médico y paramédico, aplique los métodos diagnósticos y los tratamientos médicos y quirúrgicos denominado Lafort II – avance (ilegible) colocación de abstractos de tercio medio. También se dejó constancia de los riesgos, efectos secundarios y molestias contaminantes con la intervención y en especial, sangrado, infección, requerimiento de una segunda intervención y cicatrices.

En relación con la anestesia, se le expusieron como riesgos los siguientes: alergias, anafilaxia, laringoespasma, broncoaspiración, lesión dental, arritmia, paro cardiorespiratorio, encefalopatía y muerte.

6.3. La imputación fáctica de la demanda, es decir, la culpa médica que se atribuyó a los médicos, nunca se dirigió al tema del consentimiento informado. Resulta novedoso a las discusiones de primera instancia, así que por plena garantía del derecho de defensa y contradicción, no se puede analizar dicho cargo en segunda instancia, cuando dicho tópico no fue controvertido por las partes.

Sin embargo, ninguna falencia se denota en relación con el mismo, puesto que no solo fue debidamente suscrito, sino que incluye dentro de los riesgos asumidos, el sangrado y el paro respiratorio, que en esencia, fueron los que materializaron el daño de la menor.

6.4. Importante resulta advertir, que conforme lo establece el artículo 10 del Decreto 3380 de 1981, por medio del cual se reglamentó la Ley 23 de 1981, se establece con claridad que el médico cumple la advertencia del riesgo previsto, a que se refiere el inciso segundo del Artículo 16 de la Ley 23 de 1981, con el aviso que en forma prudente, haga a su paciente o a sus familiares o allegados, con respecto a los efectos adversos que, en su concepto, dentro del campo de la práctica médica, puede llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento médico, premisa normativa que permite inferir que dicho consentimiento informado no debe ser exclusivo de los padres, sino también familiares y allegados.

Esto, en razón a que es común que en el diario vivir, las múltiples ocupaciones laborales no permitan que los padres puedan llevar directamente a sus hijos a los procedimientos médicos que estos requieren, así que si delegan tal función en un allegado, como en este caso la abuela, en nada se contraría o se afecta el fin del consentimiento informado, máxime como sucede en este caso, la abuela tiene fuertes lazos de afecto con la menor, tal y como se explica en la demanda.

En conclusión, este cargo no sale adelante, por considerarse que el consentimiento informado sí incluyó los riesgos que materializaron el daño a la salud de la menor y porque la abuela bien estaba facultada para suscribir dicho acuerdo y aceptarlo en ausencia de los padres.

7. El reparo cuarto, tampoco está llamado a prosperar, porque los dictámenes periciales presentados por los doctores Jan Daniel Franco Gruntorad y Jorge Ernesto Cantini Ardila, fueron puestos en conocimiento de las partes y sometidos a su debida contradicción, conforme el traslado que de los mismos se hizo a través del auto del 16 de octubre de 2018.

Se duele el apelante que dichos peritos no sustentaron sus pericias en audiencia pública, y por ende, no podían ser valoradas sus conclusiones. No se comparte dicha tesis, en razón a que, tal y como se sustentó por el a quo en el auto referido, por el tránsito de legislación previsto en el literal b) del artículo 624 del C.G.P., este proceso debía rituarse por las normas del Código de Procedimiento Civil hasta la etapa de alegatos y sentencia, pues para la fecha en que entró a regir completamente el nuevo estatuto procesal¹², ya se había proferido el auto de pruebas¹³, así que las normas que regulan la práctica y contradicción de dictámenes periciales en audiencia pública, no es aplicable en este juicio, por expresa disposición de la ley.

En lo atinente a controvertir la idoneidad y profesionalismo de quienes suscriben las pericias, el cargo de apelación no es muy claro en precisar por qué razón no deben ser apreciadas dichas experticias, no presenta pruebas ni elementos de juicio necesarios para confrontar la capacidad de los peritos, de quienes no sobra decir, demostraron suficientes credenciales para justificar sus conceptos, ya que ejercen la misma especialidad de los médicos cuestionados en este pleito y una vasta experiencia relacionada con la temática.

8. El reparo séptimo, fundado en que se probaron los elementos de la responsabilidad

civil extracontractual, no es una crítica específica contra el fallo, porque la sentencia que desestima las pretensiones no negó la presencia de dichos elementos, sino que encontró probado una eximente de responsabilidad.

Por tal virtud, en nada cambia el sentido de esta decisión, el hecho de aceptar que están probados los elementos hecho, daño y nexo causal, cuando en tratándose de obligaciones de medio, como la que se juzga en este pleito, la debida diligencia y cuidado exonera de responsabilidad a los médicos demandados, así que, habiéndose probado esta, conforme se explicó en líneas anteriores, inane resulta hacer un análisis individual de los presupuestos de este tipo de responsabilidad civil.

9. En relación con el octavo reparo, con el cual se pide que se consolide la culpa de los demandados fundada en indicios, estima esta Sala que la valoración en conjunto con los demás medios probatorios no se encuentra probada la misma.

Tal y como se sustentó en precedencia, los demandados, a través de sólidos dictámenes periciales y testimonios técnicos, demostraron cumplimiento de protocolos y *lex artis* en la prestación de los servicios a su cargo, razón por la cual, inane resulta analizar si existen indicios sobre los elementos de la responsabilidad, cuando los demandados lograron probar que cumplieron los deberes a su cargo con la debida diligencia y cuidado, que en este tipo de responsabilidad, tiene la virtualidad de exonerarlos.

10. El reparo noveno es una crítica procesal que no enerva para nada el sentido del fallo ni cambia la decisión adoptada, así que insustancial resulta hacer extensivas apreciaciones sobre el tema de declarar varias excepciones de mérito, pues en estricto sentido, con una de ellas que implique denegar las pretensiones era suficiente, conforme lo previsto en el artículo 282 inciso 3 del C.G.P.

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA
MP DR. IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA
RADICADO: [11001319900220180000801](#)

TESIS

Durante el trámite de la segunda instancia, se incorporaron legalmente medios de convicción que ponen de manifiesto la falta de legitimación en la causa por activa del demandante hecho que debe ser tenido en cuenta (art. 281 del C. G P).

En este caso se trata de una acción social de responsabilidad ejercida por Estudios Técnicos y Asesorías S. A., en contra de Alfredo Carrizosa Gómez en calidad de gerente, y Jaime Carrizosa Lora, segundo suplente, con miras a que se declare la responsabilidad de estos y se ordene "*restablecer el patrimonialmente*" a esa persona jurídica (Ver pretensión quinta, fls. 58 C1).

Según el escrito de demanda en Asamblea General de Accionistas llevada a cabo el 16 de noviembre de 2017, cuyas decisiones se encuentran contenidas en el Acta No. 04-17, se determinó el ejercicio de acción social de

responsabilidad contra los miembros de junta directiva, representantes legales y administradores Alfredo Carrizosa Gómez y Jaime Carrizosa Lora (fls. 1, hecho 225, fls. 52 C1).

Sin embargo, mediante sentencia del 6 de junio de 2019, en proceso verbal, radicado 2017-800-00444, la Superintendencia de Sociedades, resolvió: “[a]dvertir la ineficacia de las decisiones adoptadas en la reunión ordinaria de asamblea general de accionistas de Estudios Técnicos y Asesorías (ETA) S. A., celebrada el 16 de noviembre de 2017, según consta en el acta No.4-17” (fls. 16 C24), determinación confirmada en segunda instancia por esta Corporación, en providencia del 17 de octubre de 2019 (fls. 30 C24).

Teniendo en cuenta que “[l]a ineficacia, cualquiera que ella sea, tiene la virtud de enervar los efectos del negocio jurídico afectado por dicha sanción, desde un principio y sin necesidad de que un juez la declare”, y sobre todo que implica “retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto o negocio no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre)”, se impone concluir que la sociedad demandante enabló esta acción sin autorización de la asamblea general de accionistas.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

Estudios Técnicos y Asesorías (ETA) S. A., en ejercicio de la acción social de responsabilidad presentó demanda en contra de Alfredo Carrizosa Gómez y Jaime Carrizosa Lora, a fin de que se declarara: *i*) el primero en calidad de gerente y miembro principal de la junta directiva, y el segundo de suplente, infringieron sus deberes como administradores de esa sociedad en los términos previstos en la Ley 222 de 1995. *ii*) Alfredo Carrizosa Gómez infringió el deber de lealtad por celebrar contratos en conflicto de interés con Clemencia

Alicia Lora de Carrizosa, Jaime, Ana María, Milena y Sylvia Elisa Carrizosa Lora. *iii*) Jaime Carrizosa Lora, infringió el deber general de lealtad al celebrar contratos en conflicto de interés y desviar recursos dinerarios ocultándolos.

En consecuencia, pide que en su favor se ordene a esos demandados restablecer su patrimonio. Estimó los perjuicios en la modalidad de daño emergente y lucro cesante en \$5.172.746.965 (fls. 4.330 C18).

2. Fundamentos fácticos de las pretensiones

2.1. La actora suscribió como contratista, directamente o a través de consorcios diferentes contratos de consultoría o interventoría (Cfr. fls. 10-11 C1).

2.2. Sin informar a la asamblea de accionistas, y sin autorización de ésta, se denuncia entre otras las siguientes conductas: *i*) Celebración de contratos de alquiler de vehículos con la sociedad, esposa y madre para negocios que no se estaban ejecutando. *ii*) Autorización del pago de cuentas de cobro y préstamos con familiares en conflictos de interés que no fueron relacionados en el correspondiente informe de gestión, sin tener requisitos para facturar, y no corresponder a servicios prestados. *iii*) Pago tardío de cuentas de cobro presentadas en favor de la hija de Alfredo Carrizosa que se generaban intereses a cargo de la sociedad que fueron reconocidos y pagados. *iv*) Presentación de cuentas de cobro en suplantación. *v*) Tomar en arrendamiento vehículos que excedieron el acuerdo de accionistas en número, valor mensual, y en ocasiones no fueron prestados. *vi*) Autorización de reembolsos por alimentación de ingenieros, transporte, taxis, casino, gastos de viaje, etc. *vii*) Aprobación del pago de facturas y/o cuentas de cobro de contratos celebrados con esposa e hijos para generar intereses de mora en detrimento de la sociedad. *viii*) Suplantación de Clemencia Alicia Lora de

Carrizosa mientras estuvo grave de salud para el arrendamiento de vehículos y oficinas. *ix*) Permitir pasivos en favor de accionistas, de la esposa del gerente y de la sociedad familiar denominada Beta Limitada. *x*) No convocar legalmente a la Asamblea General Ordinaria del 2013, y presentar informes por el 2012. *xi*) Indebido diligenciamiento del libro de Actas de Asamblea, entre otras aparece sin firma, errores en el consecutivo, faltan folios y aparece uno en blanco. *xii*) Omitir informar sobre actos celebrados con accionistas y administradores en los informes de gestión. *xiii*) Cobrar fraudulentamente alquiler de vehículos, estados financieros por los demandados, no realizar reuniones ordinarias, y no se presentaron ofertas por negativa a licitar. *xiv*) Pago indebido de honorarios de abogado derivados de investigación en la Fiscalía General de la Nación.

2.3. Alfredo Carrizosa Gómez en reunión del 21 de diciembre de 2017 expresamente reconoció que las cuentas de cobro presentadas a nombre de su hija Silvia Elisa Carrizosa Lora contrariamente a la verdad, correspondían a una erogación en su favor por labores ejecutadas por otros funcionarios, y que correspondía a una prima “por haberlo expatriado a vivir a Bogotá”.

2.4. En reunión del 16 de noviembre de 2017

cuyas decisiones constan en el acta No. 04-17, la Asamblea General de Accionistas reunida en segunda convocatoria aprobó el ejercicio de esta acción social de responsabilidad contra los

administradores Alfredo Carrizosa Gómez y Jaime Carrizosa Lora, como gerente y segundo suplente del gerente y miembros principales de la junta directiva

3. Posición de la parte pasiva

Los demandados se opusieron a las pretensiones de la demanda, cimentaron su defensa en que se pretenden desconocer acuerdos entre Jaime Niño y Alfredo Carrizosa; la totalidad de las facturas y cuentas

de cobro fueron debidamente registradas en la contabilidad, reflejadas en los estados financieros y balances aprobados, y cubrir el retiro abusivo y fraudulento de dinero por parte del primero y su hija Claudia Juliana Niño.

Recurso de apelación.

5.1. La parte actora

5.1.1. Por virtud de la contestación de la demandada se debieron tener como confesados todos los hechos susceptibles de esa sanción, y solo se aplicó a los artículos 96 y 97 del C. G. del P. a los hechos 235 y 240.

5.1.2. Se encuentran demostrados con la prueba documental, testimonial y dictamen pericial que el señor Carrizosa Gómez incumplió con su deber de diligencia y cuidado, respecto: *i*) convocatoria del máximo órgano social y presentación de estados financieros; *ii*) indebido diligenciamiento del libro de registro de actas de asamblea general de accionistas.; *iii*) omisión de convocar a reuniones de junta directiva; *iv*) integración irregular de la junta directiva; *v*) aprobación de estados financieros y representación de accionistas por parte de los representantes legales; y *vi*) conflicto de socios por cambio de gerente a los estados financieros.

Se dejó de advertir que ese administrador incumplió sus deberes, con relación a los siguientes temas: *i*) existencia de libro de registro de accionistas diligenciado en debida forma, ni entrega de títulos; *ii*) presentación de

informes de gestión indicando las operaciones realizadas entre la sociedad, socios y administradores; *iii*) presentación de informe especial del grupo empresarial acerca de la intensidad de las relaciones económicas entre controlante y sus subsidiarias; *iv*) falta de diligencia de un buen hombre de negocios en la auditoria contratada con la firma YCG Consultores S. A. S.; y *v*) levantar a *motu proprio* las restricciones para el manejo de la cuenta del Banco de Bogotá y para disponer de los recursos consignados.

5.1.3. Se acreditó violación del deber de lealtad por operaciones celebradas en conflicto de interés relacionadas con alquiler de vehículos, gastos que nadie revisaba, autopréstamos, intereses moratorios, apropiación indebida de recursos, facturas sin soporte, pago de oficinas a Clemencia Lora, facturas con irregularidades, gastos de alojamiento, manutención, casino – restaurante, e intereses cobrados, no participación en ofertas de licitación, y pagos a los abogados de Alfredo Carrizosa Gómez.

5.1.4. Frente a los perjuicios reclamados están probados con el dictamen pericial de parte.

5.2. Alfredo Carrizosa Gómez.

5.2.1. En proceso de impugnación de actos de asamblea planteado por Alfredo Carrizosa Gómez contra Estudios Técnicos y Asesorías S. A., se dictó sentencia que declaró la ineficacia de las decisiones tomadas en reunión de asamblea en la que se decidió iniciar esta acción social de responsabilidad, confirmada en segunda instancia, razón por la que se debe definir si existe legitimación en la causa por activa.

5.2.2. En primera instancia se resolvieron desfavorablemente varios de los cargos formulados, empero la lealtad, buena fe, y diligencia de un buen hombre de negocios no puede ser medida en una sociedad constituida

entre amigos con el mismo racero de una donde los administradores son temporales y ajenos a los accionistas.

5.2.3. Siempre las reuniones estuvieron debidamente informadas, los accionistas y junta directiva conocieron con anticipación los estados financieros, no estuvo en cabeza de Alfredo Carrizosa el deber de diligenciar el libro de registro de actas, los accionistas siempre asistieron a reuniones a través de apoderados, siempre se contrató transporte con los accionistas y siempre se pagaron honorarios profesionales para defender a los administradores societarios.

ANÁLISIS DE LA SALA

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 C.G.P.

2. Se revocará la sentencia impugnada. Los medios de prueba incorporados revelan que la demandante carece de legitimación en la causa por activa para el ejercicio de esta acción social de responsabilidad del administrador. Los argumentos que respaldan esta tesis se analizan a continuación.

2.1. El artículo 24 de la Ley 222 de 1995, consagra: “[l]os administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros (...). En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador”.

Los instrumentos mediante los cuales se puede reclamar ante la jurisdicción la responsabilidad de un administrador son las reconocidas: i) acción social de responsabilidad; y ii) acción individual de responsabilidad.

La principal característica de la acción social de responsabilidad es que su *“titular es la sociedad, en cuanto se pretende con ella el resarcimiento de los daños que ha sufrido como consecuencia de la conducta de los administradores. La condena (...) será, en el caso de prosperar (...) la de entregar al patrimonio de la sociedad la indemnización que se fije en la sentencia”*

Del artículo 25 de la memorada Ley refulge una especie de legitimación en la causa por activa escalonada o subordinada en el tiempo para el ejercicio de la acción social de responsabilidad y en cabeza de las siguientes personas: i) **la compañía**, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios; ii) **administrador, el revisor fiscal o por cualquiera de los socios** en interés de la sociedad, cuando adoptada la decisión por la asamblea o junta de socios, no se inicie la acción social de responsabilidad dentro de los tres meses siguientes; y iii) **los acreedores** que representen por lo menos el cincuenta por ciento del pasivo externo de la sociedad, siempre y cuando el patrimonio de esta no sea suficiente para satisfacer sus créditos.

2.2. No obstante, la aquí demandante no tiene legitimación en la causa por activa para esgrimir la citada pretensión por lo que pasa a explicarse.

Como es sabido, la legitimación en la causa atañe a *“la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva)”*.

Con respecto a ese presupuesto de la sentencia de fondo, la Corte Suprema de Justicia, ha dicho: *“en caso de no advertirla el juez en la parte activa, en la pasiva o en ambas, deviene ineluctablemente, sin necesidad de mediar ningún otro análisis, la expedición de un fallo absolutorio; de allí que se imponga examinar de entrada la legitimación que le asiste a la parte demandante para formular la pretensión”*.

2.3. Durante el trámite de la segunda instancia, se incorporaron legalmente medios de convicción que ponen de manifiesto la falta de legitimación en la causa por activa del demandante hecho que debe ser tenido en cuenta (art. 281 del C. G P).

En este caso se trata de una acción social de responsabilidad ejercida por Estudios Técnicos y Asesorías S. A., en contra de Alfredo Carrizosa Gómez en calidad de gerente, y Jaime Carrizosa Lora, segundo suplente, con miras a que se declare la responsabilidad de estos y se ordene *“restablecer el patrimonialmente”* a esa persona jurídica (Ver pretensión quinta, fls. 58 C1).

Según el escrito de demanda en Asamblea General de Accionistas llevada a cabo el 16 de noviembre de 2017, cuyas decisiones se encuentran contenidas en el Acta No. 04-17, se determinó el ejercicio de acción social de responsabilidad contra los miembros de junta directiva, representantes legales y administradores Alfredo Carrizosa Gómez y Jaime Carrizosa Lora (fls. 1, hecho 225, fls. 52 C1).

Sin embargo, mediante sentencia del 6 de junio de 2019, en proceso verbal, radicado 2017-800-00444, la Superintendencia de Sociedades, resolvió: *“[a]dvertir la ineficacia de las decisiones adoptadas en la reunión ordinaria de asamblea general de accionistas de Estudios Técnicos y Asesorías (ETA) S. A., celebrada el 16 de noviembre de 2017, según consta en el acta No.4-17”* (fls. 16 C24), determinación confirmada en segunda instancia por esta Corporación, en providencia del 17 de octubre de 2019 (fls. 30 C24).

Teniendo en cuenta que *“[l]a ineficacia, cualquiera que ella sea, tiene la virtud de enervar los efectos del negocio jurídico*

afectado por dicha sanción, desde un principio y sin necesidad de que un juez la declare”, y sobre todo que implica “retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto o negocio no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre)”, se impone concluir que la sociedad demandante entabló esta acción sin autorización de la asamblea general de accionistas.

2.4. La carencia de ese acuerdo previo para el ejercicio de la acción social se traduce en la falta del acto que concreta la titularidad o legitimación para que la compañía pueda demandar.

Para ese efecto, se debe tener en cuenta que la doctrina enseña: “[e]n el sistema legal colombiano vigente, la acción social de responsabilidad se ha regulado en forma casi idéntica a la legislación española. El artículo 134 del texto refundido de la ley de sociedades anónimas de 1989 contiene, en esencia, las mismas características consagradas en el artículo 25 de la Ley 222”

En particular en ese país se pregona que la titularidad de la acción social en cabeza de la compañía está supeditada a que el máximo órgano de dirección acuerde su ejercicio. Al respecto se dice: “*existe la opinión autorizada de que únicamente la titularidad de la acción corresponde a la sociedad cuando ha acordado su ejercicio la junta general*”.

La consecuencia de faltar ese acuerdo previo es que no es posible el ejercicio de esa acción. Sobre el tema se explica: “[e]n cualquier caso, la junta general deberá adoptar el acuerdo de entablar la acción de responsabilidad contra los administradores que corresponda, dado que la ausencia de ese acuerdo previo impedirá el ejercicio de la acción social”.

Ese impedimento entonces se traduce en la falta de legitimación en la causa por activa en la sociedad cuando no tiene autorización del máximo órgano de dirección. Puntualmente se ha dicho: “*el acuerdo de entablar la acción social de responsabilidad contra los administradores **concreta la legitimación de la sociedad para defender a través de esta vía el patrimonio social*** (negrilla fuera de texto).

De manera que la sociedad demandante no se encuentra autorizada para el ejercicio de esta acción social y esa carencia se traduce en que no tiene la titularidad o legitimación en la causa por activa para reclamar por esta vía el restablecimiento de su patrimonio.

Como se dijo, el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, legitima para el ejercicio de la acción social a la compañía previa decisión de la asamblea general, acto este último que concreta esa titularidad y que en este caso para

infortunio de la actora no se tiene.

Entender algo distinto sería tanto como pasar inadvertida esa regla que sin excepción establece dicho requisito legitimador y sobre todo, restar de todo efecto el proceso jurisdiccional en el que se declaró la ineficacia de la autorización para entablar esta acción.

Por esas razones, se impone revocar la sentencia apelada, declarar la falta de legitimación en la causa por activa de la demandante, y sin mediar ningún otro análisis denegar las pretensiones.