



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL

11 DE ENERO DE 2022

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/47>

SALA CIVIL

TÍTULO COMPLEJO.	PÁG. 2 – 12
NULIDAD ABSOLUTA DONACIÓN.	PÁG. 13 - 16
DERECHOS DE AUTO – FOTOGRAFÍA.	PÁG. 17 – 33
RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL	PÁG. 33 - 46
CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA.	PÁG. 46 - 52
PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA EXTRAORDINARIA DE VIVIENDA SOCIAL.	PÁG. 52 -56
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN.	PÁG. 56 – 59
RESPONSABILIDA MÉDICA.	PÁG. 59 - 65

SALA CIVIL

TÍTULO COMPLEJO MP DRA. RUTH ELENA GALVIS VERGARA RADICADO: 110013103001201800312 01

Tesis: Ante este escenario, sin lugar a dudas nos encontramos frente a un título ejecutivo complejo, conformado por el contrato celebrado entre las partes y las facturas de venta expedidas con vengero en ese contrato.

Siendo ello así, para el recaudo de las obligaciones derivadas de ese vínculo, debía exhibirse el contrato acompañado de todos los documentos que en él se dijo hacían parte integral del mismo (cláusula 21ª), así como las facturas y las constancias de que los medicamentos dispensados correspondían al Listado de Medicamentos, y los usuarios a quienes se les suministró eran afiliados o beneficiarios, y que por supuesto estos los recibieron efectivamente; para integrar de esa manera el título ejecutivo complejo, como quiera que en los títulos ejecutivos de origen convencional las partes “documentalmente consignan las declaraciones de voluntad, mediante las cuales se obligan, pero observando los requisitos prefijados en la ley para la elaboración documentaria de dichas declaraciones...”.

ANTECEDENTES

1. Biomedical IPS SAS presentó demanda ejecutiva singular contra la Unión Temporal Medicol Salud 2012 con el objeto de recaudar las sumas representadas en las facturas de venta No. B7757, B7758, B7759, B7878, B7291, B7298 y B7299.

2. El Juzgado 6º Civil del Circuito de Ibagué, mediante providencia de 6 de octubre de 2016 expidió la orden de pago rogada por los conceptos pedidos.

Vinculado el extremo demandado formuló recurso de reposición contra dicho proveído, que fue definido el 13 de marzo de 2017, reponiendo el censurado y en consecuencia negó el mandamiento de pago.

Contra esa determinación la actora enfiló recurso de apelación, a través del cual se revocó dicha providencia por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

A continuación, se expidió proveído ordenando seguir con la ejecución.

Propició entonces la defensa incidente de nulidad que fue definido por el Juzgado 6º accediendo a ello, y resolvió allí la solicitud de falta de competencia, disponiendo la remisión de la actuación a los Juzgados de Bogotá.

3. Asumido el conocimiento por el Juzgado 1º Civil del Circuito de Bogotá, y subsanados los defectos advertidos en el libelo genitor se profirió auto de apremio, el 27 de julio de 2018, a favor del demandante y a cargo de Médicos

Asociados S.A., Servicios Médicos Integrales de Salud SAS, Empresa Cooperativa de Servicios de Salud Emcosalud y Colombiana de Salud S.A. como integrantes de la Unión Temporal Medicol Salud 2012, por los montos deprecados y contenidos en las facturas exhibidas.

4. Por auto del 14 de agosto de 2018 se tuvo por notificada por conducta concluyente a la Unión Temporal y posteriormente, en proveído del 19 de septiembre de ese año se dijo que no se reconocería vocería individual a los integrantes de tal conglomerado, y la representación de la pasiva se llevaría por la Unión Temporal Medicol Salud 2012, del que es representante Médicos Asociados quien reclamó ser único legitimado para ejercer la defensa de la agrupación societaria.

5. Interpuesto recurso de reposición contra la orden de pago, éste fue definido el 19 de septiembre de 2018 manteniendo la decisión.

6. La demandada ejerció su defensa con la proposición de las excepciones que tituló: “PEDIDO DE PAGO O DEMANDA DE LO NO DEBIDO. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. CARENCIA DE BUENA FE EN AL EJECUCIÓN DEL CONTRATO”, “DE LA CAUSA Y OBJETO ILÍCITOS EN LA ATENCIÓN EN SALUD A CARGO DE LA IPS DEMANDANTE. NULIDAD O INEXISTENCIA DEL CONTRATO”, “EXCEPTIO ADIMPLETI CONTRACTUS”, “DE LA COMPENSACION Y SALDOS A FAVOR DE LA UT MEDICOL SALUD 2012” y la genérica.

7. Trabada la litis se surtió la audiencia de que trata el artículo 443 de la obra procesal civil y en diferentes sesiones se agotó la de instrucción y juzgamiento.

8. Concluyó la primera instancia con sentencia en que se acogió la excepción de contrato no cumplido y, en consecuencia, se dio por terminado el proceso, se dispuso el levantamiento de las cautelas, se condenó en costas y perjuicios al demandante.

ANÁLISIS DE LA SALA

1. Con la presencia de los llamados presupuestos procesales de la acción y sin que se advierta la incursión en causal que pueda viciar de nulidad lo actuado, están dadas las condiciones para que esta Corporación decida de fondo sobre el recurso de apelación propiciado contra la sentencia que en primera instancia se expidió.

2. Preliminarmente advierte la Sala de Decisión que la competencia del Superior se circunscribe a examinar los concretos reproches señalados por el apelante ante la primera instancia y sustentados en esta sede, atendiendo la pretensión impugnativa que rige el recurso de apelación de conformidad con lo regulado en los artículos 320, 327 y 328 de la Ley 1564 de 2012, “sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio” conforme lo autoriza el último de los preceptos citados.

3. En asuntos como el que concita la atención de la Sala, debe destacarse que al momento de proferir sentencia, el Juez se encuentra obligado a establecer si los documentos que soportan la ejecución satisfacen los requisitos establecidos en el artículo 422 de la ley 1564 de 2012, o si de acuerdo a una norma especial, tienen la capacidad de soportar el cobro forzado de la obligación, motivo por el cual era deber del juzgador ocuparse del tema incluso antes de entrar a analizar las defensas planteadas por la demandada.

Sobre el particular, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia precisó que “la orden de impulsar la ejecución, objeto de las sentencias que se profieran en los procesos ejecutivos, implica el previo y necesario análisis de las condiciones que le dan eficacia al título

ejecutivo, sin que en tal caso se encuentre el fallador limitado por el mandamiento de pago proferido al comienzo de la actuación procesal; por lo tanto, no funda la falta de competencia la discrepancia que pueda surgir entre la liminar orden de pago y la sentencia que, con posterioridad, decida no llevar adelante la ejecución por reputar que en el título aportado para la misma no militan las condiciones pedidas por el artículo 488 del C. de P.C.” (Subrayado fuera de texto).

Derrotero que tiene vigencia actualmente, máxime si atendemos lo consignado en la sentencia STC 3298-2019 (expediente No. 250021230020190001801), en la que la Corte Suprema de Justicia señaló:

“3. Esta Corte ha insistido en la pertinencia y necesidad de examinar los títulos ejecutivos en los fallos, incluidos los de segundo grado, pues, se memora, los jueces tienen dentro de sus deberes, escrutar los presupuestos de los documentos ejecutivos, “potestad-deber” que se extrae no sólo del antiguo Estatuto Procesal Civil, sino de lo consignado en el actual Código General del Proceso.

Sobre lo advertido, esta Corporación esgrimió:

“(…) [R]elativamente a específicos asuntos como el auscultado, al contrario de lo argüido por la (…) quejosa, sí es dable a los juzgadores bajo la égida del Código de Procedimiento Civil, y así también de acuerdo con el Código General del Proceso, volver, ex officio, sobre la revisión del «título ejecutivo» a la hora de dictar sentencia (…)”.

“(…)”.

“Y es que sobre el particular de la revisión oficiosa del título ejecutivo esta Sala precisó, en CSJ STC18432-2016, 15 dic. 2016, rad. 2016-00440-01, lo siguiente:

“Los funcionarios judiciales han de vigilar que al interior de las actuaciones procesales perennemente se denote que los diversos litigios, teleológicamente, lo que buscan es dar prevalencia al derecho sustancial que en cada caso se disputa (artículos 228 de la Constitución Política y 11 del Código General del Proceso); por supuesto, ello comporta que a los

juzgadores, como directores del proceso, legalmente les asiste toda una serie de potestades, aun oficiosas, para que las actuaciones que emprendan atiendan la anotada finalidad, mismas que corresponde observarlas desde la panorámica propia de la estructura que constituye el sistema jurídico, mas no desde la óptica restricta derivada de interpretar y aplicar cada aparte del articulado de manera aislada (...)”.

“Entre ellas, y en lo que atañe con el control que oficiosamente ha de realizarse sobre el título ejecutivo que se presenta ante la jurisdicción en pro de soportar los diferentes recaudos, ha de predicarse que si bien el precepto 430 del Código General del Proceso estipula, en uno de sus segmentos, en concreto en su inciso segundo, que «[l]os requisitos formales del título ejecutivo sólo podrán discutirse mediante recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo. No se admitirá ninguna controversia sobre los requisitos del título que no haya sido planteada por medio de dicho recurso. En consecuencia, los defectos formales del título ejecutivo no podrán reconocerse o declararse por el juez en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante la ejecución, según fuere el caso», lo cierto es que ese fragmento también debe armonizarse con otros que obran en esa misma regla, así como también con otras normas que hacen parte del entramado legal, verbigracia, con los cánones 4º, 11, 42-2º y 430 inciso 1º eiusdem, amén del mandato constitucional enantes aludido (...)”.

“Por ende, mal puede olvidarse que así como el legislador estipuló lo ut supra preceptuado, asimismo en la última de las citadas regulaciones, puntualmente en su inciso primero, determinó que «[p]resentada la demanda acompañada de documento que preste mérito ejecutivo, el juez libraré mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida, si fuere procedente, o en la que aquel considere legal» (...)”.

“De ese modo las cosas, todo juzgador, no cabe duda, está habilitado para volver a estudiar, incluso ex officio y sin límite en cuanto atañe con ese preciso tópico, el título que se presenta como soporte del recaudo, pues tal proceder ha de adelantarlo tanto al

analizar, por vía de impugnación, la orden de apremio impartida cuando la misma es de ese modo rebatida, como también a la hora de emitir el fallo con que finiquite lo atañero con ese escrutinio judicial, en tanto que ese es el primer aspecto relativamente al cual se ha de pronunciar la jurisdicción, ya sea a través del juez a quo, ora por el ad quem (...)”.

“Y es que, como la jurisprudencia de esta Sala lo pregonó en plurales oportunidades relativamente a lo al efecto demarcado por el Código de Procedimiento Civil, lo cual ahora también hace en punto de las reglas del Código General del Proceso, para así reiterar ello de cara al nuevo ordenamiento civil adjetivo, ese proceder es del todo garantista de los derechos sustanciales de las partes trabadas en contienda, por lo que no meramente se erige como una potestad de los jueces, sino más bien se convierte en un «deber» para que se logre «la igualdad real de las partes» (artículos 4º y 42-2º del Código General del Proceso) y «la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial» (artículo 11º ibídem) (...)”.

“Ese entendido hace arribar a la convicción de que el fallador mal puede ser un convidado de piedra del litigio, sino que, en cambio, antes que otra cosa, tiene que erigirse dentro del juicio en un defensor del bien superior de la impartición de justicia material. Por tanto, así la cita jurisprudencial que a continuación se transcribe haya sido proferida bajo el derogado Código de Procedimiento Civil, la misma cobra plena vitalidad para predicar que del mismo modo, bajo la vigencia del Código General del Proceso: [T]odo juzgador, sin hesitación alguna, [...] sí está habilitado para estudiar, aun oficiosamente, el título que se presenta como soporte del pretense recaudo ejecutivo, pues tal proceder ha de adelantarlo tanto al analizar, por vía de impugnación, la orden de apremio dictada cuando la misma es rebatida, y ello indistintamente del preciso trasfondo del reproche que haya sido efectuado e incluso en los eventos en que las connotaciones jurídicas de aquel no fueron cuestionadas, como también a la hora de emitir el fallo de fondo con que finiquite lo atañero con ese escrutinio judicial, en tanto que tal es el primer tópico relativamente al cual se ha de pronunciar a fin de depurar el litigio de

cualesquiera irregularidad sin que por ende se pueda pregonar extralimitación o desafuero en sus funciones, máxime cuando el proceso perennemente ha de darle prevalencia al derecho sustancial (artículo 228 Superior) (...)”.

“(…)”.

“En conclusión, la hermenéutica que ha de dársele al canon 430 del Código General del Proceso no excluye la «potestad-deber» que tienen los operadores judiciales de revisar «de oficio» el «título ejecutivo» a la hora de dictar sentencia, ya sea esta de única, primera o segunda instancia (...), dado que, como se precisó en CSJ STC 8 nov. 2012, rad. 2012-02414-00, «en los procesos ejecutivos es deber del juez revisar los términos interlocutorios del mandamiento de pago, en orden a verificar que a pesar de haberse proferido, realmente se estructura el título ejecutivo (...) Sobre esta temática, la Sala ha indicado que “la orden de impulsar la ejecución, objeto de las sentencias que se profieran en los procesos ejecutivos, implica el previo y necesario análisis de las condiciones que le dan eficacia al título ejecutivo, sin que en tal caso se encuentre el fallador limitado por el mandamiento de pago proferido al comienzo de la actuación procesal (...)”.

“De modo que la revisión del título ejecutivo por parte del juez, para que tal se ajuste al canon 422 del Código General del Proceso, debe ser preliminar al emitirse la orden de apremio y también en la sentencia que, con posterioridad, decida sobre la litis, inclusive de forma oficiosa (...)”.

“Y es que, valga precisarlo, el legislador lo que contempló en el inciso segundo del artículo 430 del Código General del Proceso fue que la parte ejecutada no podía promover defensa respecto del título ejecutivo sino por la vía de la reposición contra el mandamiento de pago, cerrándole a ésta puertas a cualquier intento ulterior de que ello se ventile a través de excepciones de fondo, en aras de propender por la economía procesal, entendido tal que lejos está de erigirse en la prohibición que incorrectamente vislumbró el tribunal constitucional a quo, de que el juzgador natural no podía, motu proprio y con base en las facultades de dirección del proceso de que está dotado, volver a revisar, según le atañe, aquel a la

hora de dictar el fallo de instancia; otro entendido de ese precepto sería colegir inadmisiblemente que el creador de la ley lo que adoptó fue la ilógica regla de que de haberse dado el caso de librarse orden de apremio con alguna incorrección, ello no podía ser enmendado en manera alguna, razonamiento que es atentatorio de la primacía del derecho sustancial sobre las ritualidades que es postulado constitucional y que, por ende, no encuentra ubicación en la estructura del ordenamiento jurídico al efecto constituido (...)”.

3.1. Derroteros jurisprudenciales que enervan el alegato de la apelante referido a la imposibilidad de modificar el mandamiento de pago que en su decir hizo tránsito a cosa juzgada cuando el Tribunal Superior de Ibagué resolvió recurso vertical contra el proveído que vía de reposición revocó la orden de pago expedida por el Juzgado 6° Civil del Circuito de esa ciudad.

Pero además, olvida la censora que dicha actuación fue abrogada y remitido el proceso al Circuito Judicial de Bogotá, el Juzgado 1° Civil luego de que fueron subsanados los defectos advertidos libró el auto de apremio el 27 de julio de 2018.

En todo caso, lo dispuesto en dicho proveído no impide la revisión oficiosa del documento exhibido como cimienta del recaudo ejecutivo; por el contrario, es un deber del juez examinar que el documento cumpla las exigencias legales que soporten el cobro judicial reclamado, evaluación que omitió hacer el juez de primer grado; y que en esta Colegiatura se impone verificar.

4. Obsérvese que una obligación para ser cobrada en proceso ejecutivo tiene que estar cabalmente determinada en el título, esto es, cuando no hay duda de la prestación específica a cargo del deudor, o por lo menos es determinable por una simple operación aritmética (artículo 430 de la ley procesal civil en vigor). Establece el artículo 422 ídem:

“Artículo 422. Título ejecutivo. Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por

juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184”.

Precepto del cual se establece que el demandante debe exhibir una unidad documental que “*provenga del deudor*” demandado con valor de plena prueba contra él y que sea contentiva de una obligación expresa, clara y exigible, que tenga pleno valor probatorio en su contra.

Al efecto, debe precisarse: que la obligación sea **expresa**, significa que del respectivo título debe emerger con nitidez, que ciertamente el cumplimiento de la prestación corresponda al ejecutado, bien porque la haya aceptado en el respectivo documento, se le haya impuesto en la sentencia o providencia que se ejecuta o porque innegablemente haya confesado su obligación en el interrogatorio de parte extra-procesal.

La **claridad**, que como requisito sustancial del título, no es otra cosa sino que la obligación sea fácilmente entendible y que aparezcan inequívocamente señalados los elementos que componen la respectiva prestación, esto es, que sin necesidad de elaboradas disquisiciones, o diligenciamientos probatorios se pueda determinar: la prestación debida, la persona llamada a honrarla; el titular o acreedor de ésta y, por último, la forma o modalidad de cumplimiento de la obligación.

Como es sabido, la obligación es **exigible** cuando puede cobrarse, solicitarse o demandar su cumplimiento del deudor; la exigibilidad, dice Hernando Morales Molina (Curso de Derecho Procesal Civil, Parte Especial) “*consiste en que no haya condición suspensiva ni plazos pendientes que hagan eventuales o suspendan sus efectos, pues en tal caso sería prematuro solicitar su cumplimiento*”. En otras palabras: “*La exigibilidad de una obligación es la calidad que la coloca en situación de pago o solución inmediata, por no estar sometida a plazo, condición, o modo, esto es, por tratarse de una obligación pura, simple y ya declarada*”.

Cuando el título ejecutivo por sí mismo no da cuenta de tales exigencias, se requiere la integración de otros documentos que den certeza al Juez de la procedencia de la ejecución, en lo que se conoce como título ejecutivo complejo; y es que el título ejecutivo no siempre corresponde a una unidad física, pues un acertado criterio es consultar su unidad jurídica, pudiendo existir la integración del mismo a partir de varios documentos a modo de **título compuesto o complejo**, véase que la reunión de múltiples documentos que permiten cumplir los requisitos legalmente establecidos para integrar la prueba de una obligación insatisfecha, es lo que se denomina un título ejecutivo complejo: “*(...) hoy es comúnmente admitido que la unidad del título ejecutivo no consiste en un único documento, sino que en conjunto demuestran la existencia de una obligación que se reviste de esas características(...)*”.

Recuérdese que “*el título ejecutivo puede ser singular, esto es, estar contenido o constituido en un solo documento, o complejo, cuando la obligación está contenida en varios documentos. Las segundas, exigen que el título ejecutivo contenga una prestación en beneficio de una persona. Es decir, que establezca que el obligado debe observar a favor de su acreedor una conducta de hacer, de dar, o de no hacer, que debe ser clara, expresa y exigible*”, dicho esto, solo prestará mérito ejecutivo si se presenta el conjunto de documentos que lo conforman.

5. Ahora bien, en el asunto examinado pertinente es destacar que los documentos exhibidos como base del recaudo, dada la naturaleza particular de los involucrados y la relación entre estos existente, se encuentran sometidos a un régimen especial; no se trata de una cuestión baladí o marginal como lo entendió el a quo. La expedición de las facturas esgrimidas como cimiento del cobro, tienen origen en la relación comercial entre demandante y demandada para la prestación de servicios de salud que benefician a terceros (pacientes: afiliados y beneficiarios), esto es, en el escenario del Sistema de Seguridad Social en Salud creado desde la Ley 100 de 1993. Así se desprende de los hechos 1º y 2º de la demanda y de la copia del contrato de “*DISPENSACION DE MEDICAMENTOS REGIMEN ESPECIAL MAGISTERIO BAJO LA MODALIDAD*

DE CAPITACION SUSCRITO ENTRE BIOMEDICAL IPS S.A.S. Y UNION TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012. UT MEDICOL No. 20160401” que aportó la demandante con su libelo inaugural, celebrado entre ella como “contratista” y UT Medicol “para la dispensación de medicamentos al listado de de (sic) afiliados entregados por MEDICOL”, en el que se señaló que “LA CONTRATISTA actuará como operador de SERVICIO FARMACEUTICO-PERSONA JURIDICA, por lo cual se compromete a cumplir y mantener los requisitos y obligaciones que le son propias, de conformidad con el Sistema Obligatorio de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Decreto 1011/2006 y sus reglamentaciones)”.

Allí se advirtió que *“Las cláusulas que rigen el presente contrato se establecerán previas las siguientes consideraciones que se entienden como contenido vinculante entre las partes y que servirán como soporte ante las diferentes interpretaciones del presente documento.*

1) MEDICOL suscribió Contrato para la Prestación de Servicios Medico-Asistenciales N. 12076-003-2012 con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A., el cual se encuentra vigente. 2) El objeto del anterior contrato es “El CONTRATISTA se obliga por medio del presente contrato a garantizar Prestación de Servicios de Salud para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y sus beneficiarios zonificados en la Región 2 integrada por los departamentos de AMAZONAS, VICHADA, GUAINÍA, VAUPÉS, GUAVIARE, BOGOTA, D.C., Y CUNDINAMARCA”

El objeto del dicho contrato se pactó así en la cláusula 1ª:

“El presente contrato tiene por objeto la DISPENSACION DE MEDICAMENTOS BAJO LA MODALIDAD DE CAPITACION, para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y sus beneficiarios, zonificados en la Región 2 integrada por los departamentos de AMAZONAS, VICHADA, GUAINÍA, VAUPÉS, GUAVIARE, BOGOTA, D.C., Y CUNDINAMARCA que figuren relacionados en la “Base de Datos” que

entregará mensualmente UT MEDICOL a LA CONTRATISTA”.

En la cláusula 7ª se consignó el valor del contrato:

“MEDICOL reconocerá a LA CONTRATISTA el valor mensual del contrato para la distribución de los medicamentos contenidos Anexo No. 1 denominado Listado de Medicamentos y que son de “Uso ambulatorio” valor resultante de la multiplicación del valor per cápita acordado en DIECISÉIS MIL QUIENIENTOS PESOS M/CTE (\$16.500,00), que se reconocerá por cada afiliado vigente que se encuentre relacionado en la base de datos entregada por MEDICOL en el respectivo mes”.

En cuanto a la facturación se estableció en la cláusula 8ª *“LA CONTRATISTA facturará mes anticipado los diez (10) primeros días del mes y UT Medicol pagará dentro de los VEINTE (20) días siguientes a la presentación de la factura”.*

En la cláusula 21ª se anotó: *“DOCUMENTOS Y ANEXOS DEL PRESENTE CONTRATO.- Hacen parte del presente contrato y así lo aceptan las partes los siguientes documentos: 1) Certificación de cumplimiento de las condiciones para la habilitación de Prestadores de Servicios de Salud (Decreto 2309 de 2002) o Formulario de inscripción en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud ante la entidad departamental o municipal competente (Decreto 1011 de 2006), 2) Estatutos. 3) Fotocopia del RUT. 4) Fotocopia de la cédula de ciudadanía del representante legal. 5) ANEXOS: Anexo No. 1 denominado Listado de Medicamentos.*

La revisión integral del documento contenido del contrato, respalda la conclusión anunciada en cuanto que no se trata de una mera relación mercantil, sino de una de carácter especial que se encuentra regulada legalmente por normas particulares, habida cuenta que atañe al derecho fundamental de la salud; sin que la mención marginal de que se regiría por las cláusulas allí insertas, *“y en lo no previsto en ellas, por las normas pertinentes del Código Civil, del Código de Comercio;”* lo sustraiga del cumplimiento de aquellas.

En palabras de la Corte Suprema de Justicia, cuando se trata de obligaciones que se derivan de la prestación de servicios de salud, el título tiene la categoría de complejo: “[...] así las cosas, en el presente asunto nos encontramos frente a la existencia de un título ejecutivo complejo y no ante un título valor que deba cumplir las exigencias del Código de Comercio para las facturas de cambio tal y como consideró el Juez de primer grado, pues, se itera, existe una normatividad especial y con fundamento en ella es como debe estudiarse los requisitos del título ejecutivo”.

Tópico sobre el cual la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil ha considerado que:

“la factura o documento equivalente que se emplee para el recaudo de esta clase de servicios, está regulado por una normativa de carácter especial que resta cualquier influjo de las disposiciones mercantiles.

En otras palabras, el empleo de facturas no torna la relación ajena a la relación de seguridad social, máxime cuando dichos instrumentos, no son los únicos utilizados y sobre todo porque dada la especial reglamentación en la materia, los mismos quedan desprovistos de cualquier mérito cambiario, en caso de haberse elaborado como título valor, y no como la simple factura tributaria, pues la normativa particular establece requisitos totalmente ajenos al estatuto comercial que se ocupan de los anexos, términos de presentación, glosas y condiciones de pago, todos vinculados a la dinámica auténtica del SGSSS.

Ciertamente, en dicho escenario, por regla general, la factura cumple una función diferente a la prevista para los títulos valores, teniendo previsiones diferenciales a las del Código de Comercio, en aspectos capitales como los sujetos intervinientes en su perfeccionamiento, requisitos de exigibilidad y pautas sobre la oportunidad para la obtención del pago.

Lo visto por cuanto es sentida la necesidad de someter los distintos actos al cumplimiento de los fines del sistema y equilibrar las tensiones existentes entre el imperativo de salvaguardar la recta destinación de los recursos y el deber de garantizar un flujo eficiente y adecuado de

los mismos que permita el correcto funcionamiento de los agentes, en particular de las IPS, quienes de forma directa atienden las contingencias que pretende cubrir toda la estructura organizacional (ver Decreto 1281 de 2002 y artículos 13 de la Ley 1122 de 2007 y 111 del Decreto Nacional 019 de 2012 y demás disposiciones concordantes y complementarias)

4.2. Se resalta que la naturaleza y diseño de las instituciones, relaciones y prestaciones propias del SGSSS, más allá de la notable participación privada, riñen con los elementos sustanciales que definen los títulos valores en general y la factura cambiaria o simplemente factura en particular; ello, tanto antes como después de la reforma introducida por la Ley 1231 de 2008, "Por la cual se unifica la factura como título valor como mecanismo de financiación para el micro, pequeño y mediano empresario, y se dictan otras disposiciones".

Sin lugar a dudas el tratamiento dado a las facturas por el derecho de la seguridad social, desdice de los principios de literalidad, autonomía, incorporación y legitimación que informan a los títulos valores en general (art. 619 del C.Co.), siendo para ello suficiente, destacar que tal normativa del sector salud impide predicar que documentos como los aducidos por la demandante puedan legitimar el ejercicio de un derecho literal y autónomo incorporado en los mismos.

Las versiones del artículo 772 del Código de Comercio, relativas a la definición de factura como título valor, aluden a que dicho instrumento es aquel que el vendedor (ahora también prestador del servicio) puede librar, entregar o remitir al comprador (o beneficiario del servicio); dicha bilateralidad consustancial de la relación cartular que dimana de la factura es manifiestamente impropia en el escenario del sector salud, donde los adquirentes y beneficiarios de los bienes y servicios son personas diferentes a las destinatarias de las facturas y por ende obligadas a su pago.

Luego, la factura como título valor debe provenir de una relación contractual subyacente entre vendedor-prestador y comprador-beneficiario, lo cual no se compecede con las relaciones del sector

salud, donde la estructura es de tipo tripartito, y en varios de los supuestos, absolutamente desprovista de vínculo contractual, como se evidencia en los casos de atención de urgencias.

4.3. En definitiva la factura de que trata la regulación en salud, esta despojada de cualquier mérito ejecutivo como título valor, al igual que como título ejecutivo si se le considera de manera aislada de los condicionamientos legales especiales del sector ya referenciados».

Esa particular relación determina una regulación especial para el reconocimiento y pago de los servicios, diferente de la que consagra el estatuto mercantil para los también denominados instrumentos negociables.

La normativa que regula las facturas por concepto de servicios de salud está contenida en las Leyes 715 de 2001, 1122 de 2007 y 1438 de 2011, el Decreto 3260 de 2004, y especialmente en lo previsto por los artículos 21 a 25 del Decreto 4747 de 2007 *“Por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones ”* y 12 a 15 de la Resolución 3047 de 2008 expedida por el Ministerio de la Protección Social *“Por medio de la cual se definen los formatos, mecanismos de envío, procedimientos y términos a ser implementados en las relaciones entre prestadores de servicios de salud y entidades responsables del pago de servicios de salud, definidos en el Decreto 4747 de 2007”*, de la que hace parte el Anexo Técnico No. 5 Soportes de las Facturas.

6. El Anexo Técnico No. 5 de la Resolución 3047 de 2008, expedida por el Ministerio de la Protección Social, así como el artículo 21 del Decreto 4747 de 2007, proveen que los “prestadores de servicios de salud deberán presentar a las entidades responsables de pago, las facturas con los soportes que, de acuerdo con el mecanismo de pago, establezca el Ministerio de la Protección Social ”; cuya aplicación procede en este caso, no solamente por su carácter de norma de orden público, sino por estipulación expresa de las partes en la cláusula 8ª del

CONTRATO DE DISPENSACIÓN DE MEDICAMENTOS RÉGIMEN ESPECIAL MAGISTERIO.

7. De otro lado, como las facturas que se aportan como recaudo ejecutivo tienen su origen en la prestación de servicios de salud, es menester establecer si tales documentos se ajustan a las reglas especiales que las regulan y entre ellas cabe citar las siguientes:

7.1. El artículo 13 de la ley 1122 de 2007, que en el literal d) expresa:

“Las Entidades Promotoras de Salud EPS de ambos regímenes, pagarán los servicios a los Prestadores de Servicios de Salud habilitados, mes anticipado en un 100% si los contratos son por capitación. Si fuesen por otra modalidad, como pago por evento, global prospectivo o grupo diagnóstico se hará como mínimo un pago anticipado del 50% del valor de la factura, dentro de los cinco días posteriores a su presentación. En caso de no presentarse objeción o glosa alguna, el saldo se pagará dentro de los treinta días (30) siguientes a la presentación de la factura, siempre y cuando haya recibido los recursos del ente territorial en el caso del régimen subsidiado. De lo contrario, pagará dentro de los quince (15) días posteriores a la recepción del pago. El Ministerio de la Protección Social reglamentará lo referente a la contratación por capitación, a la forma y los tiempos de presentación, recepción, remisión y revisión de facturas, glosas y respuesta a glosas y pagos e intereses de mora, asegurando que aquellas facturas que presenten glosas queden canceladas dentro de los 60 días posteriores a la presentación de la factura”.

Y el párrafo quinto de la misma disposición, según el cual: *“Cuando los Entes Territoriales o las Entidades Promotoras de Salud, EPS o ARS no paguen dentro de los plazos establecidos en la presente ley a las Instituciones Prestadoras de Servicios, estarán obligadas a reconocer intereses de mora a la tasa legal vigente que rige para las obligaciones financieras.”*

7.2. La ley 1438 de 2011, que en el artículo 56, dice:

"Pagos a los prestadores de servicios de salud. Las entidades promotoras de salud pagarán los servicios a los prestadores de servicios de salud dentro de los plazos, condiciones, términos y porcentajes que establezca el Gobierno Nacional según el mecanismo de pago, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1122 de 2007.

"El no pago dentro de los plazos causará intereses moratorios a la tasa establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

"Se prohíbe el establecimiento de la obligatoriedad de procesos de auditoría previa a la presentación de las facturas por prestación de servicios o cualquier práctica tendiente a impedir la recepción.

"Las entidades a que se refiere este artículo, deberán establecer mecanismos que permitan la facturación en línea de los servicios de salud, de acuerdo con los estándares que defina el Ministerio de la Protección Social.

"También se entienden por recibidas las facturas que hayan sido enviadas por los prestadores de servicios de salud a las entidades promotoras de salud a través de correo certificado, de acuerdo a lo establecido en la Ley 1122 de 2007, sin perjuicio del cobro ejecutivo que podrán realizar los prestadores de servicios de salud a las entidades promotoras de salud en caso de no cancelación de los recursos."

Y en el artículo 57, reza:

"Trámite de glosas. Las entidades responsables del pago de servicios de salud dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes, formularán y comunicarán a los prestadores de servicios de salud las glosas a cada factura, con base en la codificación y alcance definidos en la normatividad vigente. Una vez formuladas las glosas a una factura no se podrán formular nuevas glosas a la misma factura, salvo las que surjan de hechos nuevos detectados en la respuesta dada a la glosa inicial.

"El prestador de servicios de salud deberá dar respuesta a las glosas presentadas por

las entidades responsables del pago de servicios de salud, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recepción, indicando su aceptación o justificando la no aceptación. La entidad responsable del pago, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la recepción de la respuesta, decidirá si levanta total o parcialmente las glosas o las deja como definitivas.

"Si cumplidos los quince (15) días hábiles, el prestador de servicios de salud considera que la glosa es subsanable, tendrá un plazo máximo de siete (7) días hábiles para subsanar la causa de las glosas no levantadas y enviar las facturas enviadas nuevamente a la entidad responsable del pago.

"Los valores por las glosas levantadas total o parcialmente deberán ser cancelados dentro del mismo plazo de los cinco (5) días hábiles siguientes, a su levantamiento, informando al prestador la justificación de las glosas o su proporción, que no fueron levantadas.

"Una vez vencidos los términos, y en el caso de que persista el desacuerdo se acudirá a la Superintendencia Nacional de Salud, bien sea en uso de la facultad de conciliación o jurisdiccional a elección del prestador, en los términos establecidos por la ley.

"El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para desestimular o sancionar el abuso con el trámite de glosas por parte de las entidades responsables del pago."

Surge de esas normas que la relación entre prestadores de servicios de salud y los responsables del pago, está regulada en la ley. Los primeros, para obtener la satisfacción de las acreencias que surgen de la prestación de servicios médicos, están en la obligación de presentar una factura con sus soportes a los segundos y estos deben proceder al pago de manera oportuna, a menos que sea menester hacer glosas a tales documentos. En tal caso, debe darse una comunicación entre las dos entidades en la que, en resumen, la EPS realiza la glosa; la IPS debe responderla aceptando las que considere justificadas o subsanando las causales que la generaron o indicando motivadamente que la glosa no tiene lugar.

La entidad responsable del pago tendrá un nuevo término para decir si levanta total o parcialmente las glosas, o si las deja y, a partir de entonces se prevén los términos para los pagos por las glosas levantadas; las facturas devueltas deben someterse a un nuevo trámite y de persistir el desacuerdo, las entidades deben acudir a la Superintendencia Nacional de Salud.

8. Con esos lineamientos aparece ajustado entre las partes, como ya se anotó ut supra, el *“CONTRATO DE DISPENSACIÓN DE MEDICAMENTOS REGIMEN ESPECIAL MAGISTERIO BAJO LA MODALIDAD DE CAPITACION SUSCRITO ENTRE BIOMEDICAL IPS S.A.S. Y UNION TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012. UT MEDICOL No. 20160401”*; sin que pueda soslayarse que la aquí demandante BIOMEDICAL IPS SAS tiene por objeto social *“DESARROLLAR TODAS Y CADA UNA DE LAS ACTIVIDADES RELACIONADAS CON LOS SERVICIOS DE SALUD EN LAS DIFERENTES RAMAS DEL SECTOR A NIVEL PARTICULAR ASÍ COMO A ENTIDADES OFICIALES O PRIVADAS, ... POR LO CUAL PUEDE DESARROLLAR Y PRESTAR SERVICIOS DE SALUD, BRIGADAS DE PROMOCIÓN Y REVENCION, SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS INSUMOS Y DISPOSITIVOS MÉDICOS Y OTROS COMPLEMENTARIOS O CONEXOS...”*

Por su parte MÉDICOS ASOCIADOS SA. -integrante de la UT MEDICOL- tiene como actividad principal *“LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES AMBULATORIOS EXTRAMURALES O DOMICILIARIOS HOSPITALARIOS CLÍNICOS Y QUIRÚRGICOS DE BAJA MEDIA Y ALTA COMPLEJIDAD (...) LA DISTRIBUCIÓN, COMERCIALIZACIÓN, MERCADEO, COMPRA Y VENTA DE (...) MEDICAMENTOS FARMACÉUTICOS (...) ELEMENTOS Y MATERIALES HOSPITALARIOS, PARA ATENDER SUS PROPIAS NECESIDADES Y, TAMBIÉN, LAS DE TERCEROS DEL SECTOR PRIVADO E INSTITUCIONAL EN EL CAMPO DE LA SALUD, ...”*.

Así mismo, SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD SAS, también integrante de la Unión temporal tiene como actividad principal la realización de toda

clase de actividades de carácter lícito en el campo de la salud. Igualmente, la EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD y COLOMBIANA DE SALUD S.A.

Ante este escenario, sin lugar a dudas nos encontramos frente a un título ejecutivo complejo, conformado por el contrato celebrado entre las partes y las facturas de venta expedidas con vengero en ese contrato.

Siendo ello así, para el recaudo de las obligaciones derivadas de ese vínculo, debía exhibirse el contrato acompañado de todos los documentos que en él se dijo hacían parte integral del mismo (cláusula 21ª), así como las facturas y las constancias de que los medicamentos dispensados correspondían al Listado de Medicamentos, y los usuarios a quienes se les suministró eran afiliados o beneficiarios, y que por supuesto estos los recibieron efectivamente; para integrar de esa manera el título ejecutivo complejo, como quiera que en los títulos ejecutivos de origen convencional las partes *“documentalmente consignan las declaraciones de voluntad, mediante las cuales se obligan, pero observando los requisitos prefijados en la ley para la elaboración documentaria de dichas declaraciones...”*.

Empero, la ejecutante tan sólo arrió la copia del contrato, sin los anexos que hacen parte de él según expresa disposición que al respecto dejaron los contratantes; y las facturas de venta No. B7757, B7758, B7759, B7878, B7291, B7298 y B7299; en las que simplemente se indicó como referencia y detalle: *“CONTRATO DE CAPITACIÓN DE MEDICAMENTOS POBLACIÓN MAGISTERIO MÉDICOL SALUD 2012 BOGOTÁ”* anotando como Observaciones *“CONTRATO DE CAPITACIÓN DE MEDICAMENTOS POBLACIÓN MAGISTERIO MÉDICOL SALUD 2012, PERÍODO DE PRESTACIÓN MAYO DE 2016, SEGÚN POBLACIÓN REPORTADA DE BOGOTÁ 72.003 USUARIOS”* (factura B7757).

En la factura B7758 aparece *“CONTRATO DE CAPITACIÓN DE MEDICAMENTOS POBLACIÓN MAGISTERIO MÉDICOL SALUD 2012, PERÍODO DE PRESTACIÓN MAYO DE 2016, SEGÚN*

POBLACIÓN REPORTADA DE CUNDINAMARCA 23.414 USUARIOS”.

En la factura B7759 se registra “*CONTRATO DE CAPITACIÓN DE MEDICAMENTOS POBLACIÓN MAGISTERIO MÉDICOL SALUD 2012, PERÍODO DE PRESTACIÓN MAYO DE 2016, SEGÚN POBLACIÓN REPORTADA DE TERRITORIO NACIONAL 5.288 USUARIOS”.*

En la factura B7291 se lee “*CONTRATO DE CAPITACIÓN DE MEDICAMENTOS POBLACIÓN MAGISTERIO MÉDICOL SALUD 2012, PERÍODO DE PRESTACIÓN ABRIL DE 2016, SEGÚN POBLACIÓN REPORTADA DE BOGOTA 99.474 USUARIOS”.*

En la factura B7298 aparece “*CONTRATO DE CAPITACIÓN DE MEDICAMENTOS POBLACIÓN MAGISTERIO MÉDICOL SALUD 2012, PERÍODO DE PRESTACIÓN ABRIL DE 2016, SEGÚN POBLACIÓN REPORTADA DE CUNDINAMARCA 29.481 USUARIOS”.*

En la factura B7299 refiere “*CONTRATO DE CAPITACIÓN DE MEDICAMENTOS POBLACIÓN MAGISTERIO MÉDICOL SALUD 2012, PERÍODO DE PRESTACIÓN ABRIL DE 2016, SEGÚN POBLACIÓN REPORTADA DE TERRITORIO NAL 7.318 USUARIOS”.*

Y la factura de venta B-0007878 apenas hace una relación de al parecer medicamentos, sin indicar cuándo, ni a quién fueron entregados.

Obsérvese que las facturas no cuentan con los soportes que acreditan qué medicamentos fueron entregados, ni quién los recibió, como tampoco si efectivamente se entregaron y/o prestaron a los usuarios (afiliados y/o beneficiarios del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) y en razón a qué se realizaron dichas entregas. - Fiduprevisora S.A.

No puede tenerse por cierto que únicamente la suscripción del título a través de un sello con la anotación RECIBIDO y una fecha basta para que la demandada se obligue a cancelar las sumas descritas en el título, pues, hace falta que se sustente que lo allí cobrado fue

efectivamente suministrado, quién lo recibió, si fue dado con fundamento en una orden o autorización, si hubo pago compartido, tal como lo estipula la norma.

Razones las anteriores suficientes para concluir, que no se aportó título ejecutivo, ergo, debió ab initio denegarse la orden de apremio requerida.

9. Los argumentos del recurrente no derruyen el precedente análisis, como quiera que, se itera, al estar regulado por normativa especial que expresamente establece las condiciones para que preste mérito ejecutivo, ha de cumplir con estas, además de las que de manera genérica establece la norma, por lo tanto, independiente de la aceptación del título y de que las facturas contengan el estado de pago y las condiciones para el mismo, el título está incompleto y en ese caso, el debate jurídico pierde todo propósito.

La carencia de título ejecutivo, es suficiente para denegar las pretensiones del actor, por ende, inocuo resulta entrar a examinar si el medio exceptivo que halló fundado el juez de primera instancia decae con los argumentos del apelante.

10. Por último, si es importante ilustrar a la apelante que la condena al pago de perjuicios, obedece a imperativo legal como quiera que cuando la sentencia es favorable al demandado “*en ella se ordenará el desembargo de los bienes perseguidos y se condenará al ejecutante a pagar las costas y los perjuicios que aquél haya sufrido con ocasión de las medidas cautelares y del proceso”*, consagra el numeral 3 del artículo 443 de la ley 1564 de 2012; en concordancia con el artículo 597 numeral 4 y el penúltimo inciso del numeral 10: “*Siempre que se levante el embargo o secuestro en los casos de los numerales 1º, 2º, 4º, 5º, y 8º del presente artículo, se condenará de oficio o a solicitud de parte en costas y perjuicios a quienes pidieron tal medida, salvo que las partes convengan otra cosa.*”

11. En tal virtud, por las razones aquí consignadas y no por las del *a quo* se confirmará la decisión cuestionada; por consiguiente, se condenará en costas a la apelante.

NULIDAD ABSOLUTA DONACIÓN
MP DRA. RUTH ELENA GALVIS VERGARA
RADICADO: 110013103001201900498 01.

Tesis: Descendiendo concretamente a los temas opugnados, en lo que atañe al objeto ilícito, resulta claro que (i) el objeto del negocio fueron las cuotas de interés social que la señora Morales donó al señor Rincón; (ii) de las que su negociación no se encuentra legalmente prohibida, y del certificado de existencia y representación de GR9 Ltda. no se desprende que sobre ellas gravitara una medida cautelar, o se hubiese limitado el poder dispositivo al titular donante; tampoco se vislumbra que tales cuotas estén calificadas como ilegales por alguna autoridad o que su traspaso resulte contrario a la ley.

En lo referente a la causa ilícita, es necesario indicar que la aseveración de la parte actora, alusiva a que la escritura pública cuestionada se generó con la única intención de defraudar sus intereses patrimoniales y que por ello se empleó la figura de la donación, corresponde a una afirmación personalísima que no encontró respaldo probatorio en el sub examine, ya que, no existe siquiera un principio de prueba que indique que la motivación de los aquí demandados fue distraer esos bienes para que no ingresaran a la liquidación de la sociedad conyugal Rincón-Méndez.

ANTECEDENTES

1. Esmeralda Méndez Hernández, a través de apoderado judicial, instauró demanda en contra de Carlos Arturo Rincón Morales y Guillermina Morales de Rincón, en la que formuló las siguientes pretensiones:

1.1. Declarar la nulidad absoluta del acto de donación contenido en la escritura pública No. 1695 del 4 de septiembre de 2018, protocolizada ante la Notaría 42 de Bogotá D.C., ante la existencia de objeto y causa ilícitos, toda vez que la intención de los suscriptores fue la de evitar que las acciones transferidas se incluyeran en el inventario de la liquidación de la sociedad conyugal de Esmeralda Méndez Hernández y Carlos Arturo Rincón Morales.

1.2. En consecuencia, se ordene la cancelación de la escritura pública y se comunique la decisión a la Cámara de Comercio de Bogotá.

1.3. En caso de oposición se condene en costas y agencias en derecho a los demandados.

2. La causa petendí se fundamentó en los hechos que se sintetizan así:

2.1. Esmeralda Méndez Hernández y Carlos Arturo Rincón Morales contrajeron matrimonio católico el 16 de noviembre de 1982, según consta en el registro No. 026368 de la Notaría 26 de esta ciudad.

2.2. Mediante sentencia proferida el 29 de octubre de 1997 por el Juzgado 20 de Familia de Bogotá, se declaró la cesación de los efectos civiles del matrimonio.

2.3. A pesar de lo anterior, la sociedad conyugal nunca se liquidó debido a que el trámite promovido para ese fin se dio por terminado por desistimiento tácito.

2.4. En pretérita oportunidad, la actora impetró demanda en contra de los mismos integrantes del extremo pasivo, la cual le correspondió al Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá, con el objetivo de que se declarara la existencia de un concierto simulatorio entre los convocados para sustraer algunos bienes de la sociedad conyugal.

2.5. En la audiencia celebrada el 31 de julio de 2018 dentro de ese juicio, las partes llegaron a un acuerdo conciliatorio, en virtud del cual “algunas acciones y cuotas de interés social de las sociedades GR9 LTDA (8424 cuotas de interés) y G4 S.A.S. (45 acciones) que se encontraban en cabeza de la señora [Guillermina Morales de Rincón], serían traspasadas al señor [Carlos Arturo Rincón Morales], a más tardar el 14 de septiembre de 2018”.

2.6. Contrario a lo convenido, en la escritura pública fustigada se indicó que las cuotas de la sociedad GR9 Ltda. se transfirieron al señor Rincón Morales a título de donación, lo que produjo su exclusión de los bienes relacionados en la sociedad conyugal.

2.7. Aseguró, de un lado, que existe objeto ilícito en el acto protocolizado porque los intervinientes realizaron la donación para impedir que los bienes hicieran parte del acervo social, y del otro, se presentó la causa ilícita en razón a que la motivación de los demandados para celebrarlo fue contraria a derecho, al no haber honrado los compromisos asumidos en la conciliación.

3. Mediante auto calendado el 10 de octubre de 2019, el Juzgado 1º Civil del Circuito de Bogotá D.C. admitió la demanda y dispuso su traslado a los integrantes del extremo pasivo.

4. La señora Guillermina Morales Rincón, representada por apoderada general, junto con el señor Carlos Arturo Rincón Morales, otorgaron poder a un profesional del derecho

quien, luego de notificarse personalmente³, se pronunció sobre cada uno de los hechos, se opuso a las pretensiones y planteó las excepciones de mérito que tituló: *“Pacto conciliatorio de no aceptación de pretensiones de simulación y por tanto inexistencia de devolución de acciones de Guillermina Morales a Carlos Arturo Rincón Morales”*, *“Mala fe y fraudulencia de la demandante”*, *“No hay más bienes de la sociedad conyugal adicionales a los del acuerdo de julio de 1994.”*, *“Caducidad de la impugnación del acta de la asamblea de GR9 Limitada en Liquidación”* y la genérica.

5. Integrado el contradictorio, las partes fueron convocadas a la audiencia inicial consagrada en el artículo 372 *Ibidem*, acto en el que surtidas todas las etapas pertinentes se dictó sentencia que negó las pretensiones de la demandante y la condenó en costas.

ANÁLISIS DE LA SALA

1. Con la presencia de los llamados presupuestos procesales de la acción y sin que se advierta la existencia de alguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, están dadas las condiciones para que esta Corporación decida de fondo el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la decisión de primer grado.

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

3. A través de la demanda del epígrafe, la parte convocante busca que se declare la nulidad absoluta de la donación contenida en la escritura pública No. 1695 del 4 de septiembre de 2018, protocolizada ante la Notaría 42 de Bogotá, través del cual la señora Guillermina Morales de Rincón le transfirió bajo esa modalidad a Carlos Arturo Rincón Morales, 8.742 cuotas sociales de la sociedad GR9 Ltda. en Liquidación y, en consecuencia, se ordene la cancelación del acto escritural y se comunique la decisión a la Cámara de Comercio de Bogotá para lo pertinente.

En criterio de la demandante, la nulidad invocada se deriva de la configuración de

un objeto y causa ilícitos en el cuerpo de la escritura, en la medida en que se utilizó la figura de la donación para transferir las cuotas sociales a favor del señor Rincón Morales, con el único propósito de aparentar el cumplimiento del acta de conciliación calendada el 31 de julio de 2018, la cual se firmó ante el Juzgado 37 Civil del Circuito de esta ciudad con el objeto de finiquitar la actuación surtida dentro del proceso verbal No. 11001310304120140068900, aun sabiendo que al traspasar las cuotas a título de donación, se le imposibilitó a la señora Méndez Hernández incluirlas en el inventario de la liquidación de la sociedad conyugal.

4. En virtud de lo dispuesto en el numeral 8° del artículo 1625 del Código Civil, la nulidad es un modo de extinguir las obligaciones.

Ahora bien, recordemos que un acto jurídico es válido cuando carece de vicio o surte los efectos inherentes a su naturaleza; por lo tanto, en sus diferentes dimensiones, se considera rescindible cuando adolece de nulidad relativa, inexistente cuando está ausente alguno de los elementos esenciales que se requieren para que surja legalmente, y nulo cuando contiene una irregularidad de carácter insaneable, conllevando su nulidad absoluta.

Teniendo en cuenta que la pretensión total de este asunto se contrae a la nulidad absoluta, sobre el particular, el artículo 1741 del Código Civil contempla:

“La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato” (resaltado intencional).

5. Con ese panorama, como el sub examine versa sobre una nulidad absoluta, alegándose la existencia de un objeto y causa ilícitos, previo a continuar, el artículo

1742 ejusdem impone la necesidad de verificar la legitimidad sustancial de la actora para incoar la solicitud analizada, en razón a que dicho precepto establece en su claro tenor que la nulidad absoluta, además de poderse declarar de oficio por el juez, cuando aparece de manifiesto en el acto o negocio, «puede alegarse por todo el que tenga interés en ello». Sobre este tópico, la Corte

Suprema de Justicia ha señalado:

“En punto del referido “interés”, es del caso precisar que la estructuración del mismo, para que legitime al tercero en la petición de “nulidad absoluta” de un pacto en el cual no intervino, a más de económico, debe de ser serio, concreto, actual y ostentar una determinada relación sustancial de la que aquel haga parte, e igualmente que en tal nexo tenga incidencia tanto el contrato cuestionado, como la sentencia que deba emitirse en el juicio de invalidez”.

Si bien es cierto, la señora Esmeralda Méndez Hernández no participó en la escritura fustigada como donante ni como donataria, de allí que frente al negocio cuestionado es un tercero; no lo es menos que al valorar los argumentos que esgrimió desde el libelo inicial, se concluye que planteó una razón justificable para acreditar su interés, siendo esta que, en su sentir, aquél

acto contravino el acuerdo conciliatorio aprobado por el Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá, el 31 de julio de 2018, dentro del proceso de simulación en el que ella, precisamente, actuó como demandante; su interés lo finca en que al haberse efectuado la transmisión de las cuotas de la sociedad GR9 Ltda., por donación, se encuentra imposibilitada para reclamar los derechos que aduce tener sobre las mismas, al no poder incluirlas en la liquidación de la sociedad conyugal.

En ese orden de ideas, acreditado como se encuentra el interés de la señora Méndez Hernández para ventilar las supuestas causales de nulidad que afectaron el acto contenido en la escritura pública, se entrará en su análisis.

6. El objeto y la causa lícitos han sido consagrados por el legislador como requisitos necesarios para la validez de los actos o contratos, como se lee en el artículo 1502 del Código Civil, que establece: "Para

que una persona se obligue a otro por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1. Que sea legalmente capaz; 2. Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. **Que recaiga sobre un objeto lícito**; 4. **Que tenga una causa lícita....."**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1519 del Código Civil, hay **objeto ilícito** "en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación. Así, la promesa de someterse en la República a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto ". También "Hay objeto ilícito en la enajenación: 1. de las cosas que no están en el comercio, 2. de los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona, 3. de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello ." (artículo 1521 ídem).

En cuanto a la **causa ilícita** el artículo 1524 se refiere a ella así:

" No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

*Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por **causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.***

Así: la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita."

Si el objeto es ilícito, el contrato generador de la obligación es absolutamente nulo, mismo efecto que se impone cuando la causa del acto o negocio es ilícita, como con toda claridad lo pregonan los artículos 1740 y 1741.

7. Analizada la controversia bajo ese marco normativo, bien pronto emerge la sinrazón del recurso, ya que no se acreditó que la escritura pública cuestionada se encuentra viciada por objeto o causa ilícita, conclusión a la que se arriba al examinar los antecedentes que llevaron a su suscripción y a los bienes que allí se donaron.

Revisado el plenario, se observa que Esmeralda Méndez Hernández y Carlos

Arturo Rincón Morales contrajeron matrimonio por el rito católico el 16 de noviembre de 1982, respecto del cual, mediante sentencia del 29 de octubre de 1997, el Juzgado 20 de Familia de Bogotá declaró la cesación de los efectos civiles, declaró disuelta y en estado de liquidación la sociedad conyugal; aunque como lo manifestaron ambos extremos litigiosos, la liquidación de la sociedad conyugal no se ha verificado, por lo que continúan a la fecha las disputas acerca de los bienes que integrarán el acervo que debe dividirse.

La señora Méndez Hernández promovió en contra de los hoy demandados y de otro grupo de personas una acción de simulación, la cual, tras ser tramitada ante el Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá, culminó con el acuerdo de conciliación que se llevó a cabo el 31 de julio de 2018, en virtud del cual, la señora Guillermina Morales de Rincón se comprometió a transferirle a Carlos Arturo Rincón Morales 8424 cuotas de interés social correspondientes a la sociedad GR9 Ltda. y 45 acciones de la sociedad G4 S.A.S., sin que ello implicara la “aceptación de pretensiones”; además, se comprometieron a reunirse con el apoderado de los convocados para definir lo concerniente a la sociedad conyugal.

Para honrar el acuerdo, se elevó la escritura pública No. 1695 del 4 de septiembre de 2018, a través de la cual la señora Morales de Rincón transfirió a título de donación 8.742 cuotas sociales de la sociedad GR9 Ltda. a Carlos Arturo Rincón.

Ahora bien, si el acuerdo conciliatorio se incumplió total o parcialmente, ese debate en realidad nunca se ventiló en ese juicio, y su estudio es completamente ajeno a la causa que ocupa la atención de la Sala; lo anterior, por cuanto los argumentos de la demandante gravitaron exclusivamente en aducir que en su criterio el negocio en cuestión adolecía de un objeto y una causa ilícitos, los cuales, como se sabe, abarcan un debate jurídico muy diferente al del incumplimiento de los actos o contratos, a tal grado que, en el primer caso, su prosperidad conlleva la nulidad, y en el segundo, a exigir su cumplimiento o pedir la resolución.

9. Descendiendo concretamente a los temas opugnados, en lo que atañe al objeto ilícito,

resulta claro que (i) el objeto del negocio fueron las cuotas de interés social que la señora Morales donó al señor Rincón; (ii) de las que su negociación no se encuentra legalmente prohibida, y del certificado de existencia y representación de GR9 Ltda. no se desprende que sobre ellas gravitara una medida cautelar, o se hubiese limitado el poder dispositivo al titular donante; tampoco se vislumbra que tales cuotas estén calificadas como ilegales por alguna autoridad o que su traspaso resulte contrario a la ley.

10. En lo referente a la causa ilícita, es necesario indicar que la aseveración de la parte actora, alusiva a que la escritura pública cuestionada se generó con la única intención de defraudar sus intereses patrimoniales y que por ello se empleó la figura de la donación, corresponde a una afirmación personalísima que no encontró respaldo probatorio en el sub examine, ya que, no existe siquiera un principio de prueba que indique que la motivación de los aquí demandados fue distraer esos bienes para que no ingresaran a la liquidación de la sociedad conyugal Rincón-Méndez.

Aunado a lo dicho, no se observa ningún móvil contrario a la ley, a la moral o a las buenas costumbres en la actuación de Carlos Arturo Rincón Morales y Guillermina Morales de Rincón, de quienes ha de presumirse la buena fe a tono con el artículo 83 de la Carta Política; correspondía a la demandante demostrar la mala fe con la que dice obraron los demandados, artículo 769 Código Civil, no meramente afirmarlo o suponerlo.

No está de más recordar que la donación se encuentra consagrada en el artículo 1443 del Código Civil, como “un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta”, por lo que no se observa una transgresión al orden público, la ley, moral o las buenas costumbres en esa conducta de mera liberalidad.

10. En este orden de ideas, se confirmara la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, se impondrá condena en costas de esta instancia a la parte apelante, al tenor de lo normado en el artículo 365 de la Ley 1564 de 2012.

DERECHO DE AUTOR – FOTOGRAFÍAS
MP DRA. RUTH ELENA GALVIS VERGARA
RADICADO: 110013103005201600568 01

Tesis: Así las cosas, no cabe la menor duda que la demandada usó las obras fotográficas registradas del actor Daniel Foster y en una de ellas aparece el señor Quilaguy, e indiscutible es que no reconoció la autoría del fotógrafo ni del modelo.

Lo anterior imponía adentrarse en el estudio de la reparación de los daños, no a la luz de indemnizaciones preestablecidas, sino siguiendo las reglas generales sobre prueba de la indemnización de perjuicios, puesto que el titular del derecho infringido no optó por aquellas, sino por ésta (artículo 32 de la ley 1915 de 2018 ut supra citado) como se constata de la lectura integral del libelo inaugural.

Y para su estimación deben considerarse las pautas del artículo 57 de la ley 44 de 1993, particularmente en lo atinente al valor que hubiere percibido el titular del derecho de haber autorizado su explotación y el lapso durante el cual se efectuó la explotación ilícita, que fueron los aspectos planteados por el extremo actor.

Contrario a la conclusión del juez de primer grado, considera la Sala que sí hay elementos de juicio que demuestran el daño pecuniario padecido por el titular del derecho de autor.

ANTECEDENTES

1. Los señores Daniel Robert Foster y Juan David Quilaguy Bermúdez, a través de apoderado judicial, instauraron demanda en contra de Publicaciones Semana S.A., en la que formularon las siguientes pretensiones:

1.1. Declarar que los comportamientos desplegados por Publicaciones Semana S.A., constituyen una infracción a los derechos morales y patrimoniales del señor Daniel Foster, en su calidad de autor de las obras fotográficas tituladas "Talking on the Phone/Home Office", "Serious Business-Phone Call" y "Online Shopping".

1.2. Declarar que los comportamientos desplegados por Publicaciones Semana S.A., vulneraron el derecho fundamental a la propia imagen del señor Juan David Quilaguy Bermúdez.

1.3. Ordenar a Publicaciones Semana S.A., abstenerse de utilizar sin previa y expresa autorización, las obras fotográficas del señor Daniel Foster y la imagen del señor Juan David Quilaguy Bermúdez, para ilustrar los artículos que publica en www.finanzaspersonales.com.co, o en cualquiera de las revistas o medios impresos o digitales que maneje o llegare a manejar, incluyendo redes sociales.

1.4. Condenar a Publicaciones Semana S.A., a reparar en forma integral los daños pecuniarios y no pecuniarios causados al señor Daniel Foster por el uso no autorizado de sus obras fotográficas, reparación que deberá comprender, además de todos los que resulten probados en el curso del proceso, los perjuicios que se relacionan a continuación:

Por concepto de daño pecuniario, condenar a la sociedad demandada al pago de £11,880, que deberán ser cancelados en su totalidad, a la tasa

representativa de cambio vigente al momento de ejecutoria de la sentencia.

Por concepto de Afectación a Bienes Jurídicos Constitucionalmente Protegidos, condenar a la sociedad demandada al pago del equivalente a 50 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, o a una suma superior según arbitrium judicis.

1.5. Condenar a Publicaciones Semana S.A., a reparar en forma integral los daños pecuniarios y no pecuniarios causados al señor Juan David Quilaguy Bermúdez, por el uso no autorizado de su imagen. Tal reparación deberá comprender, además de todos los perjuicios que se relacionan a continuación:

Daño Pecuniario: Por concepto de lucro cesante, condenar a la sociedad demandada al pago de €1.800, que deberán ser cancelados su totalidad, a la tasa representativa de cambio vigente al momento de ejecutoria de la sentencia.

Daño no pecuniario: Por concepto de Afectación a Bienes Jurídicos Constitucionalmente Protegidos, condenar a la sociedad demandada al pago de 73 SMLMV a la fecha de ejecutoria de la sentencia, o a una suma superior según arbitrium judicis.

1.6. Que como forma de reparación no pecuniaria, se condene a Publicaciones Semana S.A., a publicar la parte resolutoria de la sentencia que decida el asunto en su contra, junto con una disculpa pública para cada uno de los demandantes, en el mismo medio en que tuvo lugar la infracción.

El contenido de la publicación deberá ser previamente avalado por los demandantes.

1.7. Condenar a Publicaciones Semana S.A., al pago de todas las expensas judiciales que se causen en el curso del proceso, incluyendo costas judiciales, agencias en derecho y

honorarios de auxiliares de la justicia.

2. En sustento se expusieron los siguientes hechos:

Sobre el señor Daniel Robert Foster:

2.1. Daniel Foster es un reconocido fotógrafo independiente, con más de 4 años de experiencia y miembro de The Royal Photographic Society, con domicilio en la ciudad de Berlín-Alemania.

2.2. En ejercicio de su profesión, Daniel Foster ha trabajado para varias sociedades extranjeras, fundaciones y organizaciones internacionales, entre las cuales se destacan las siguientes:

The National Geographic Society.
The Smithsonian Institution: Smithsonian Magazine.
Architizer.
Der Freitag Mediengesellschaft mbH & Co. KG.
World Wildlife Fund.
Virgin Media Inc.
The United Nations (UN) - Naciones Unidas.

2.3. Desde 2007, Daniel Foster hace parte de Flickr, página web que permite a sus usuarios publicar y compartir obras fotográficas a través de internet, haciendo uso de licencias públicas bajo la modalidad Creative Commons (CC).

2.4. En su cuenta de Flickr, el señor Foster tiene cerca de 1500 (1.5 K), seguidores y a la fecha ha publicado un total de 1103 obras fotográficas de su autoría, entre las que cuales se encuentran las siguientes:

Talking on the Phone / Home Office. Tomada el 11 de junio de 2014.

Serious Business-Phone Cali. Tomada el 7 de diciembre de 2012.

Online Shopping. Tomada el 11 de junio de 2014.

2.5. El 15 de febrero de 2013, Daniel Foster registró ante la United States Copyright Office, la obra titulada Serious Business-Phone Call.

2.6. El 27 de junio de 2014, y ante la misma autoridad, Daniel Foster, registró las obras fotográficas Talking on the Phone/Home Office y Online Shopping.

2.7. Las mencionadas obras fotográficas fueron publicadas por Daniel Foster en Flickr bajo los términos y condiciones de la licencia genérica "Attribution-NonComercial-ShareAlike", que suministra Creative Commons en su versión

2.0.

2.8. El señor Daniel Foster, al implementar la licencia Creative Commons "Attribution-NonComercial-ShareAlike 2.0", condicionó el uso de sus fotografías al cumplimiento de estas condiciones: (i) que se haga un reconocimiento expreso del autor, (ii) que se trate de usos no comerciales y (iii) que cualquier modificación hecha a la obra sea compartida al público bajo la misma modalidad de licenciamiento Creative Commons.

2.9. El señor Daniel Foster estableció dos mecanismos para dar a conocer a los usuarios las condiciones para el uso de sus obras fotográficas: i) A partir del commons deed que acompaña cada una de las obras fotográficas. ii) A través de una advertencia preliminar que el mismo autor incorpora en cada una de las descripciones de sus obras.

Sobre el señor Juan David Quilaguy:

2.10. El señor Juan David Quilaguy Bermúdez, es un modelo independiente, fotógrafo y comentarista de moda desde 2013, con domicilio en Berlín-Alemania.

2.11. Desde 2013 y en ejercicio de su profesión, el señor Juan David Quilaguy Bermúdez ha cubierto la semana de la moda, y ha autorizado a terceros para comunicar públicamente su imagen y fotografías, en prestigiosos sitios de venta de ropa en internet y publicaciones de moda, como las que se relacionan a continuación:

ASOS.comLimited
Humansofberlin.net
Stylestalker.com
Couch Magazine

2.12. En su trayectoria, ha tenido la oportunidad de trabajar como modelo para marcas representativas de la industria textil alemana como Brachmann y Gänseblümchen, razón por la cual su imagen se encuentra estrechamente relacionada con el sector de la moda.

2.13. En 2013 el señor Juan David Quilaguy Bermúdez, abrió su propia página de internet bajo el dominio www.Lefashionisto.com, con el ánimo de dar a conocer su trabajo como modelo, fotógrafo y sus opiniones en materia de moda masculina.

2.14. En el último año, la página www.Lefashionisto.com ha recibido en promedio 543.000 visitas, circunstancia que ha permitido al señor Juan David Quilaguy Bermúdez, consolidarse como una figura reconocida en el sector de la moda masculina internacional.

Sobre la parte demandada:

2.15. Publicaciones Semana S.A., es una sociedad mercantil legalmente constituida bajo las leyes de la República de Colombia, cuyo objeto social principal desde 1982, consiste en la producción, impresión y edición en Colombia de libros, revistas, folletos, colecciones, seriales o publicaciones de carácter científico o cultural.

2.16. En desarrollo de su objeto social, Publicaciones Semana S.A., edita y publica varias revistas, a través de medios impresos y digitales, entre las cuales se encuentran:

Revista Semana.

Revista Jet-Set

Revista Dinero.

Revista Arcadia.

Revista Soho.

Finanzas Personales

Revista Fucsia.

2.17. Publicaciones Semana S.A., es titular del nombre de dominio www.finanzaspersonales.com.co, bajo el cual publica en internet, artículos en los que da inversión, junto con consejos prácticos para el mejoramiento de la economía personal de sus lectores.

2.18. El dominio www.finanzaspersonales.com.co es utilizado por Publicaciones Semana S.A., para permitir a terceros pautar publicidad a través de tal página web, obteniendo una remuneración proporcional a la prestación de tales servicios.

2.19. El dominio www.finanzaspersonales.com.co de propiedad de Publicaciones Semana S.A., cuenta con un alto tráfico de usuarios en internet, pues recibe más de 90.000 por mes, más de 70.000 visitantes únicos al mes y más de 170.000 páginas vistas al mes.

2.20. A partir de 25 de marzo del 2015, Publicaciones Semana S.A., sin previa, ni expresa autorización, puso a disposición del público (i) las obras fotográficas de Daniel Foster, y (ii) la imagen de Juan David Quilaguy Bermúdez, para ilustrar artículos publicados en su dominio www.finanzaspersonales.com.co.

2.21. El sitio web www.finanzaspersonales.com.co, permite a sus usuarios imprimir los artículos y compartir su contenido a través de distintas redes sociales tales como Facebook, Twitter y LinkedIn.

2.22. Los artículos publicados por la parte demandada, en los que fueron incorporadas sin autorización las obras fotográficas del señor Daniel Foster y la imagen del señor Quilaguy

Bermúdez, han sido compartidos en múltiples oportunidades a través de distintas redes sociales.

2.23. El uso no autorizado de las obras fotográficas de Daniel Foster, por parte de Publicaciones Semana S.A., constituye un uso a título comercial.

2.24. En ninguno de los artículos puestos a disposición del público, Publicaciones Semana S.A., reconoció la calidad de autor que ostenta Daniel Foster, en relación con las obras fotográficas incorporadas en ellos.

2.25. Publicaciones Semana S.A., nunca solicitó ni obtuvo una autorización previa y expresa por parte de Daniel Foster, para hacer un uso comercial de sus obras fotográficas.

2.26. Publicaciones Semana S.A., nunca solicitó ni obtuvo una autorización previa y expresa por parte de Juan David Quilaguy Bermúdez, para hacer uso comercial de su imagen.

2.27. El 18 de noviembre de 2015, la parte demandante citó a Publicaciones Semana S.A. a audiencia de conciliación extrajudicial en derecho, con el ánimo de resolver las controversias asociadas a la presunta vulneración a los derechos de autor y derecho a la propia imagen, de los señores Daniel Foster y Juan David Quilaguy Bermúdez, respectivamente.

2.28. Al 24 de noviembre de 2015, las obras fotográficas del señor Daniel Foster y la imagen del Señor Juan David Quilaguy, continuaban a disposición del público en la página web www.finanzaspersonales.com.co del demandado, sin contar con la autorización previa y anterior, de lo cual dio fe el Notario 11 de Bogotá D.C., mediante el Acta de Testimonio Especial correspondiente.

2.29. El 16 de diciembre de 2015 se llevó a cabo audiencia de conciliación extrajudicial en derecho entre las partes, que fue suspendida para el 22 de diciembre de 2015 y que en la misma fecha, se declaró fallida ante la imposibilidad de llegar al acuerdo conciliatorio.

2.30. Los comportamientos adelantados por Publicaciones Semana S.A., han generado graves perjuicios de naturaleza pecuniaria y no pecuniaria al señor Daniel Foster, que deben ser indemnizados en forma integral según los principios vigentes en la materia.

2.31. Los comportamientos adelantados por Publicaciones Semana S.A., han generado graves perjuicios de naturaleza pecuniaria y no pecuniaria al señor Juan David Quilaguy

Bermúdez, que deben ser indemnizados en forma integral según los principios vigentes en la materia.

3. Mediante auto de 21 de octubre de 2016, el Juzgado 5 Civil del Circuito de Bogotá admitió la demanda, y ordenó su traslado.

3.1. El 1 de diciembre de 2016 el a quo repuso parcialmente el auto admisorio, aclarando que la demanda se debía tramitar por vía de procedimiento verbal de mayor cuantía.

3.2. Publicaciones Semana S.A., se notificó mediante apoderada y se pronunció sobre los hechos de la demanda, aceptando como ciertos unos, dijo no constarle otros y negó otros. Igualmente se opuso a las pretensiones y propuso las siguientes excepciones: Cumplimiento de los términos de la Licencia Creative Commons bajo la cual las fotografías fueron puestas a disposición de cualquier tercero; Inexistencia de violación al derecho moral de paternidad; Inexistencia de los elementos que configuran responsabilidad extracontractual entre la supuesta terminación del vínculo contractual entre Juan David Quilaguy y “GreOrMARvel” y la conducta desplegada por Publicaciones Semana S.A. ; Ausencia de los perjuicios legales para la pretensión de indemnización de perjuicios; y la genérica.

4. El 14 de junio de 2017, se llevó a cabo audiencia de que trata el artículo 372 de la Ley 1564 de 2012, en la cual se declaró fracasada la conciliación, se llevó a cabo el interrogatorio de las partes, y se decretaron las pruebas del proceso.

5. El 27 de noviembre de 2017 se adelantó la audiencia que trata el artículo 373 ídem, la que se continuó el 25 de abril de 2019.

6. El 30 de mayo de 2019 se emitió la correspondiente sentencia en la cual se declaró parcialmente fundada la excepción “Ausencia de los presupuestos legales para la pretensión de indemnización de perjuicios” y próspera la excepción “Inexistencia de los elementos que configura la responsabilidad extracontractual entre la supuesta terminación del vínculo contractual entre JUAN DAVID QUILAGUY BERMUDEZ y GreOrMARvel y la conducta desplegada por Publicaciones Semana SA”. Declaró próspera la pretensión concerniente al daño no pecuniario para cada uno de los demandantes. Condenó a Publicaciones Semana SA en favor de Daniel Foster 25 smlmv y en favor de Juan Quilaguy 5 smlmv. Negó las demás pretensiones de la demanda y condenó en un 20% de las costas a la demandada.

ANÁLISIS DE LA SALA

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

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

3. En sí, el punto de inconformidad de ambos demandantes y apelantes son los montos reconocidos por concepto de perjuicios, pues consideran que la indebida valoración probatoria conllevó a que la juez de primera instancia reconociera un valor irrisorio que no se compadece con lo probado y pretendido.

4. Si bien es cierto la decisión se circunscribe al reclamo en punto del resarcimiento a los demandantes, se impone para contextualizar el tema aludir al venero de la indemnización reclamada: la infracción de los derechos de autor.

4.1. Recientemente estudió la Corte Suprema de Justicia el tópico y anotó que: *“Por tanto, lo que el derecho de autor salvaguarda, es la forma en que, de forma concreta, esa idea, siempre que sea original, es expresada de una determinada forma, con independencia del soporte que se utilice para ello pues allí, estará contenida la impronta personal del autor.”* Y recordó que:

“Tal regla tiene consagración explícita en varios instrumentos internacionales, los cuales han sido suscritos por el Estado colombiano. En efecto, el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) dispuso que «[l]a protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí» (artículo 2º); y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) prescribió que «[l]a protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas,

procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí » (artículo 9º, numeral 2º).

Asimismo, en el pacto subregional se previó: «Queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras... No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial ».(artículo 7º de la Decisión 351 de 1993).

Idéntica disposición está contenida en el inciso segundo del artículo 6º de la ley 23 de 1982, a saber: «Las ideas o contenido conceptual de las obras literarias, artísticas y científicas no son objeto de apropiación. Esta ley protege exclusivamente la forma literaria, plástica o sonora, como las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas en las obras literarias científicas y artísticas».

(...) De antaño había manifestado [la jurisprudencia] : «El medio de expresión es el resultado de toda producción espiritual que se proyecta a través de diversas formas. Por ello, su protección se produce mediante el reconocimiento y la reglamentación uniforme y universal del derecho intelectual », por medio del «monopolio o privilegio exclusivo de la explotación a favor del titular » el «[a]mparo del derecho moral del autor» y «[s]u temporalidad, referida exclusivamente al aspecto patrimonial del derecho»” (CSJ, Sala Plena, 4 jul. 1986 GJ n.o CLXXXVII, 2426, p. 8 y 9).”

4.2. La normativa en materia de derechos de autor, ley 23 de 1982 establece que:

“Los derechos de autor recaen sobre las obras científicas, literarias y artísticas las cuales se comprenden todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión y cualquiera que sea su destinación, tales como: los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con letra o sin

ella; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía, inclusive los videogramas; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabada, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de arte aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativas a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias, y, en fin, toda producción del dominio científico, literario o artístico que pueda reproducirse, o definirse por cualquier forma de impresión o de reproducción, por fonografía, radiotelefonía o cualquier otro medio conocido o por conocer”.

4.3. En lo atinente al régimen de reparaciones está previsto en el artículo 57 de la ley 44 de 1993:

“Artículo 57º.- Para la tasación de los perjuicios materiales causados por el hecho, se tendrá en cuenta: El valor comercial de los ejemplares producidos o reproducidos sin autorización. El valor que hubiere percibido el titular del derecho de haber autorizado su explotación. El lapso durante el cual se efectuó la explotación ilícita.”

4.4. El artículo 32 de la ley 1915 de 20183 consagra las indemnizaciones preestablecidas así:

“La indemnización que se cause como consecuencia de la infracción a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos o por las conductas descritas en la presente ley, relacionados con las medidas tecnologías y la información para la gestión de derechos, podrá sujetarse al sistema de indemnizaciones preestablecidas o a las reglas generales sobre prueba de la indemnización de perjuicios, a elección del titular del derecho infringido.”

4.5. Sobre las indemnizaciones preestablecidas la Corte Constitucional en la sentencia C-345/20194, explicó:

“[E]n principio solo después de que se ocasiona un daño es posible medir su magnitud y cuantificar monetariamente el valor de las afectaciones que este produjo. Contrario a tal dinámica, las

indemnizaciones preestablecidas, como su nombre lo indica, son cuantificaciones de un daño **previas** a su ocurrencia y **generales**, en la medida en que están previstas para cualquier daño que en abstracto pueda suceder y que encaje en categorías abiertas y predeterminadas. En otras palabras, en las tasaciones previas de los daños siempre se juega con el riesgo de que el perjuicio pueda resultar siendo mayor o menor al daño efectivamente sucedido, pero tiene la característica de que exime de la carga de probar el importe del daño.

(...)

39. En definitiva, aunque aún el Gobierno nacional no ha reglamentado las indemnizaciones preestablecidas por la infracción de los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos o por las conductas descritas en la Ley 1915 de 2018 relacionadas con las medidas tecnológicas y la información para la gestión de derechos, de modo que todavía son inciertos los detalles y minucias de su funcionamiento, es posible afirmar que, de conformidad con el análisis de otras instituciones jurídicas análogas, esto es, la cláusula penal, las indemnizaciones a las víctimas del conflicto armado por la vía administrativa, las indemnizaciones por pérdida de capacidad laboral en el sistema de riesgos profesionales, la indemnización a forfait a favor de militares y policías y las indemnizaciones por infracción a los derechos de propiedad marcaria, la Corte entiende que las indemnizaciones preestablecidas son una figura que pretende valorar, con anterioridad a la ocurrencia de un daño, **el monto del perjuicio**, lo que supone que no debe probarse la tasación del daño efectivamente provocado, pero sí debe probarse el daño. Simultáneamente, las indemnizaciones preestablecidas se respaldan constitucionalmente, según el caso, en los principios de economía procesal, de autonomía personal, de igualdad material, de celeridad en la protección de víctimas de daños para hacer efectivos sus derechos y de acceso a la administración de justicia.”

4.6. En materia de indemnizaciones preestablecidas en infracciones marcarias, por ejemplo, la ley 1648 de 2013 en su artículo 3° previó: “La indemnización que se cause como consecuencia de la

infracción marcaria podrá sujetarse al sistema de indemnizaciones preestablecidas o a las reglas generales sobre prueba de la indemnización de perjuicios, a elección del titular del derecho infringido”, normativa reglamentada por el decreto 2264 de 2014 que en el artículo 1° inciso 2° consagra:

“Para los efectos del presente decreto, se entenderá que si el demandante al momento de la presentación de la demanda opta por el sistema de indemnización preestablecida, no tendrá que probar la cuantía de los daños y perjuicios causados por la infracción, tal como lo establece el artículo 243 de la Decisión Andina 486 y, por lo tanto, sujeta la tasación de sus perjuicios a la determinación por parte del Juez de un monto que se fija de conformidad con la presente reglamentación”

Y en el artículo segundo se indica:

“En caso de que el demandante opte por el sistema de indemnizaciones preestablecidas, dicha indemnización será equivalente a un mínimo de tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes y hasta un máximo de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes por cada marca infringida. Esta suma podría incrementarse hasta en doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la marca infringida haya sido declarada como notoria por el juez, se demuestre la mala fe del infractor, se ponga en peligro la vida o la salud de las personas y/o se identifique la reincidencia de la infracción respecto de la marca.

Parágrafo. Para cada caso particular el juez ponderará y declarará en la sentencia que ponga fin al proceso el monto de la indemnización teniendo en cuenta las pruebas que obren en el proceso, entre otras la duración de la infracción, su amplitud, la cantidad de productos infringidos y la extensión geográfica”

5. Directrices a aplicar al adoptar la decisión son las suministradas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, entidad que en emitio Interpretación Prejudicial el 21 de junio de 2021 para este proceso, en la que señaló “que con relación con el derecho de imagen alegado por el señor JUAN DAVID QUILAGUY BERMÚDEZ, este asunto

deberá ser resuelto conforme el derecho interno, toda vez que la Decisión 351 no regula este presupuesto” y en tal sentido debe acudirse al principio de complemento indispensable de la normativa comunitaria, según el cual “se deja a la legislación de los países miembros la solución legislativa de situaciones no contempladas en la ley comunitaria, ya que es posible que aquella no prevea todos los casos susceptibles de regulación jurídica”.

En cuanto a la obra fotográfica señaló que siguiendo la normativa comunitaria, esto es, el artículo 4 literal i) de la Decisión 351 ilustró que *“una fotografía podrá ser protegida por el derecho de autor si es que cumple con el requisito de originalidad para ser considerada como una obra fotográfica”* resaltó que de acuerdo con la doctrina *“la protección de un derecho de autor no depende del mérito de la obra o de su destino, ni de la complejidad del trabajo intelectual o de los recursos para producirla, sino de que posea elementos demostrativos de una diferencia sensible, absoluta o relativa, que individualice el pensamiento representativo o la subjetividad de su autor, lo cual deberá valorarse como una cuestión de hecho en cada caso.”*, Concluyendo que *“una mera fotografía que no cuente con el requisito de originalidad no podrá ser considerada como una obra fotográfica por lo que no se encontrará protegida por el derecho de autor”.*

Indicó que *“los derechos morales protegen la correlación autorobra sobre la base de los intereses intelectuales y espirituales del autor en relación con su obra”*, y conforme al artículo 11 de la decisión 351 se caracterizan por *“su imprescriptibilidad, inalienabilidad, inembargabilidad e irrenunciabilidad. **El goce de este derecho faculta al autor, entre otras cosas, para reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento,** (...) por lo cual tiene el derecho de que cuando la obra se dé a conocer al público, a través de cualquier medio, esta contenga su nombre, derecho que se conoce como paternidad de la obra”.*

Refiriéndose a los derechos patrimoniales enseñó que *“éstos agrupan todas aquellas facultades que posee el autor de la obra en relación con las diferentes utilidades económicas de la misma”* tal como lo enlista el artículo 13 de la decisión 351; de

conformidad con su naturaleza los derechos patrimoniales son transferibles, renunciables y temporales y en cuanto a su carácter patrimonial tienen previsto una serie de excepciones que bien pueden ser libres y gratuitas o sujetas a remuneración, así la decisión 351 en su capítulo VII *“establece, de manera no taxativa, una serie de limitaciones y excepciones libres y gratuitas al derecho de autor, dentro de las que destacan: el derecho a citar las obras publicadas cumpliendo ciertos requisitos para ello, el uso para fines educativos, el uso para fines personales, el uso para actuaciones judiciales o administrativas, entre otros”*, por ello los derechos patrimoniales no son absolutos se encuentran restringidos por esa serie de limitaciones y excepciones *“las cuales para ser consideradas como tales, no deberán causar perjuicios injustificados a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos (usos honrados) y no deberán afectar la normal explotación de la obra”.*

Enseguida explicó que los usos honrados, *“son los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor”* tal como lo enseña el artículo 3° de la Decisión comentada; y puntualizó: *“Este Tribunal considera pertinente responder que la normal explotación de una obra implica una solicitud previa de autorización y/o permiso para poder usar la imagen o reproducción de la obra. Los titulares de los derechos patrimoniales y morales pueden o no autorizar el uso de la obra; y si lo hacen, tienen derecho a una contraprestación, si así fuere pactado. El uso de la imagen de una obra sin la respectiva autorización y/o permiso de sus titulares, ocasiona un perjuicio a sus legítimos intereses, al haber dejado de percibir una contraprestación a la que tenían pleno derecho, salvo en el supuesto de los usos honrados y honestos.”.*

Haciendo remembranza del estudio elaborado por el Comité Permanente de Derechos de Autor y Derechos Conexos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI y el artículo 9.2 del Convenio de Berna destacó las 3 condiciones que deben respetarse para que una excepción al derecho de reproducción se justifique por el derecho interno *“(a) el uso debe limitarse a usos no comerciales,*

b) los usos no entrarán en conflicto con la explotación normal de la obra y, c) el uso no puede causar perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”, criterios que deben verificarse a fin de determinar que una excepción al derecho de reproducción se está aplicando correctamente.

En lo concerniente a la explotación normal de la obra refirió que el Comité mencionado de la OMPI “estableció que la frase ‘explotación normal’ incluye ‘además de las formas de explotación que generan actualmente ingresos importantes o apreciables, las formas de explotación que con cierto grado de probabilidad y plausibilidad, podrían adquirir considerable importancia económica o práctica’”.

Iteró que “los derechos patrimoniales, contrariamente a los derechos morales, en atención a su propia naturaleza, son exclusivos, de contenido ilimitado disponibles expropiables, renunciables, embargables y temporales” y el artículo 13 de la Decisión 351, en una lista no taxativa, establece “sobre los derechos exclusivos que le permiten al autor o sus derechohabientes realizar autorizar o prohibir los siguientes actos de explotación: a) la reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento”; facultad está que guarda relación con el artículo 9 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, concluyendo que “el derecho patrimonial de reproducción tiene como objetivo que el autor o titular pueda generar copias totales o parciales de la obra original o transformada, por cualquier medio o procedimiento, lo que implica la facultad de explotar la obra. Siendo ello así, cualquier persona que no cuente con la autorización del titular de la obra para su reproducción infringe este derecho, por lo tanto, esta conducta constituirá una infracción al derecho de autor y, en consecuencia, deberá ser sancionada”.

En cuanto a la facultad del literal “b) la comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras los signos los sonidos o las imágenes”; explicó que “Se entiende por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la

obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas” debiendo presentarse 2 elementos para entender que ese acto es indebido: i) que un tercero sin autorización del autor o titular de una obra la ponga a disposición de una pluralidad de personas o permita que tengan acceso a ella; ii) que no haya existido una previa distribución de ejemplares de la obra a dichas personas.

Respecto de la indemnización por daños y perjuicios en los casos de derechos de autor y con base en el literal a) del artículo 57 de la decisión 351 señaló el Tribunal que la reparación debe ser integral y por tanto incluir el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral; y ella implica el traslado de la afectación a aquella persona que la produjo. Rematando que “Corresponde a los países miembros regular, mediante su legislación interna, las vías (sede administrativa o instancia judicial) a través de las cuales las personas puedan obtener la reparación o indemnización por los daños generados por la configuración de infracciones contra sus derechos de autor”.

Ilustró que el artículo 30 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena “Régimen común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos” establece que “las licencias de uso en relación con las obras protegidas por el derecho de autor se regirán por lo previsto en la normativa interna de los países miembros”; de todas maneras en sus artículos 31 y 32 prevé pautas de actuación “Por un lado, propugna por el respeto de la autonomía de la voluntad privada al encuadrar las licencias de uso a las formas modalidades de explotación pactadas en el contrato respectivo, lo que implica que las demás formas o modalidades de explotación no hacen parte del objeto contractual; y, por otro lado, fija un piso de protección frente a las licencias legales u obligatorias que puedan ser reguladas en la normativa interna: no ‘podrán exceder los límites permitidos por el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas o por la Convención Universal sobre Derecho de Autor”, siendo el sistema internacional multilateral de protección del derecho de autor un límite a la reglamentación interna.

Evocando el artículo 34 de la Decisión 351, indicó que ésta “ha limitado el ejercicio

del derecho de los artistas, intérpretes o ejecutantes, para autorizar o prohibir la comunicación pública de aquellas interpretaciones o ejecuciones que formen parte o se encuentren contenidas en una fijación realizada con su consentimiento previo; asimismo, tampoco se pueden oponer a la comunicación pública de una interpretación o ejecución, cuando constituya por sí misma una ejecución radiodifundida”.

6. Como ut supra se anotó las fotografías fuente de controversia fueron publicadas por el señor Foster en la plataforma Flickr con la licencia nominada Creative Commons, cuyo texto y traducción oficial fueron allegadas con la demanda, según la *“Licencia de uso de Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 2.= Genérica (CC BY-NC-SA 2.0)”* se otorga libertad de compartir: copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato y, de adaptar: remezclar, retocar y crear a partir del material, siempre que se dé el crédito correspondiente, se proporcione un enlace a la licencia y se indique si se hicieron cambios; además, el material no puede ser utilizado con fines comerciales y si el material se remezcla se deben distribuir sus aportes bajo la misma licencia que el original y no se pueden aplicar términos legales o medidas tecnológicas que impidan a otros realizar cualquier cosa que permita la licencia.

Acerca de tales licencias se ha dicho:

“Las Licencias de derechos de autor Creative Commons y sus herramientas, forman un equilibrio dentro de la premisa tradicional de “todos los derechos reservados” que las leyes de propiedad intelectual establecen. Nuestras herramientas proporcionan a todo el mundo, desde el creador individual a grandes compañías, así como a las instituciones, una forma simple y estandarizada de otorgar permisos legales a sus obras creativas. La combinación de nuestras herramientas y nuestros usuarios conforma vasta y creciente patrimonio digital un conjunto de contenido que puede ser copiado, distribuido, editado, remezclado y desarrollado, todo ello dentro de los límites de la ley de propiedad intelectual”.

Frente a su justificación se ha señalado:

“Todas las licencias de Creative Commons tienen muchas características importantes en común. Cada licencia ayuda a los creadores - a los que llamamos licenciadores al utilizar nuestras herramientas - a retener los derechos de propiedad intelectual al mismo tiempo que permiten a otros copiar, distribuir y hacer algunos usos de su obra - al menos para finalidades no comerciales. Cada licencia de Creative Commons también asegura que los licenciadores sean reconocidos como autores de su obra como se merecen. Cada licencia de Creative Commons es vigente en todo el mundo y dura tanto como duran los derechos de propiedad intelectual aplicables (porque están construidas a partir de las leyes de propiedad intelectual).

Estas características comunes sirven como base, sobre la cual los licenciadores pueden optar por otorgar permisos adicionales en el momento de decidir cómo quieren que sea utilizada su obra.

El licenciador de Creative Commons responde a unas pocas cuestiones sobre el camino de escoger una licencia — en primer lugar, quiero permitir el uso comercial o no? y segundo quiero permitir obras derivadas? Si el licenciador decide permitir obras derivadas, podrá a su vez exigir eso mismo a cualquiera que utilice la obra — las llamamos — para hacer una obra

accesible bajo los mismos términos de licencia. Lo llamamos “Compartir Igual” y es uno de los mecanismos que (de ser escogido) permite que con el tiempo el patrimonio digital crezca. Compartir Igual se inspira por la GNU General Public License, utilizada por muchos proyectos libres y de software abierto.

Nuestras licencias no afectan a las libertades que la ley proporciona a los usuarios de obras creativas que de otra forma resultan protegidos por derechos de copyright tales como el de trato justo. Las licencias de “creative commons requieren a los licenciarios obtener permiso para utilizar una obra, de cualquier otra forma que siendo reservada de forma exclusiva al licenciador y no resulte expresamente permitido por licencia. Los licenciarios deben reconocer al licenciador, mantener los avisos legales intactos en todas las copias de la obra, y vincular la licencia a las copias de la obra. Los licenciarios no podrán utilizar ninguna medida

tecnológica que restrinja a otras personas el acceso a la obra”.

Existen entre 6 y 7 tipos de licencias creative commons, entre ellas se encuentra la siguiente:

“Reconocimiento-NoComercial CC BY-NC

Esta licencia permite a otros entremezclar, ajustar y construir a partir de su obra con fines no comerciales, y aunque en sus nuevas creaciones deban reconocerle su autoría y no puedan ser utilizadas de manera comercial, no tienen que estar bajo una licencia con los mismos términos”.

6.1. Conforme a lo anterior, se tiene que los elementos para determinar la infracción a los derechos de autor que está protegido con una licencia de creative commons es que se utilice y no se reconozca su autor, y que la utilización de la obra protegida se realice a fin de lograr un provecho económico para el infractor.

7. En el caso en concreto se tiene por probado que efectivamente se hizo uso de las fotografías registradas y, que, además, ellas fueron utilizadas digitalmente en la página web www.finanzaspersonales.com.co, sin indicar el nombre del autor. De ello dan cuenta las pruebas documentales allegadas, y, en todo caso es hecho admitido por la demandada al afirmar “es cierto que Publicaciones Semana S.A. utilizó las fotografías respectivas, como elemento secundario y decorativo”.

8. La excusa de la defensa en cuanto a que fueron utilizadas como “elemento secundario”, no es admisible toda vez que se emplearon en varias oportunidades en temas relacionados con las gráficas.

Obsérvese que la fotografía talking on the phone / home office (registrada) fue usada así:



El 25 de marzo de 2015, artículo “Recomendaciones, la forma más útil para conseguir trabajo”. Obra: talking on the phone / home office de propiedad del señor Daniel Foster, registro # VA1-859-4088. Imagen Juan David Quilaguay Bermúdez.

El 27 de abril de 2015, artículo “Cómo trabajar desde la casa sin volverse loco” .

El 7 de mayo de 2015, artículo “Nueve formas distintas para ganar dinero extra desde su casa”.

El 4 de junio de 2015, artículo “Cómo salir a las 5 pm de su trabajo y haberlo hecho todo” .

El 13 de julio de 2015, artículo “Ganar dinero con encuestas, ¿De verdad funciona?”.

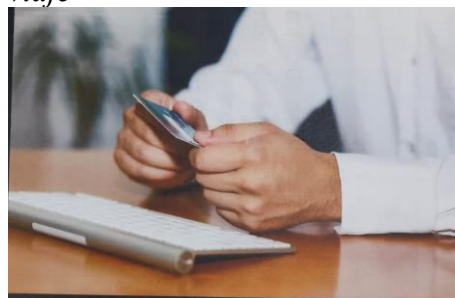
El 3 de septiembre de 2015, artículo “Una forma práctica para hacer sus pagos”.

En tanto la fotografía “serious business – phone call” con registro # VA 001919051:



Imagen que se usó el 6 de octubre de 2015, con el artículo “Más beneficios para los usuarios de telefonía celular”⁹. Y también apareció el 22 de octubre de ese mismo año para ilustrar el artículo titulado “Cansado de que lo llamen para venderle productos o servicios”.

Y en cuanto a la obra Online shopping” - sin registro- fue utilizada el 6 de marzo de 2015, con artículo “Acuerdo tecnológico aumentará productividad en agencias de viaje”



8.1. Luego, para el caso examinado, de las obras fotográficas *talking on the phone / home office* y *serious business – phone call*, no se puede concluir que su uso fue meramente accesorio sino que con ellas se reafirmaba o respaldaba visualmente el contenido escrito de cada uno de los artículos expuestos, al punto que fueron utilizadas en varias oportunidades.

Entiende la Sala que con el actuar de la demandada exteriorizó el interés, gusto e identificación del contexto con las imágenes captadas por el demandante y, con los artículos acompañados de la foto en que aparece la imagen del señor Quilaguy, se creó una especie de seriado o secuencia engranando con la misma fotografía los temas tratados.

8.2. Respecto de la obra “Online shopping”, fue utilizada en una sola oportunidad, y aunque no se vislumbra un vínculo estrecho de la imagen con el texto, tampoco puede concluirse que sólo “decoraba” el artículo.

9. Todas las obras fueron expuestas en la página web [www.finanzaspersonales.com.co.](http://www.finanzaspersonales.com.co), por lo que pudieron reproducirse de forma masiva, así como también alterarse y transformarse muchas veces, sin tener en cuenta los derechos de autor que poseen por la falta de referencia de aquellos por parte de la demandada. Resalta la Sala que la tecnología digital ofrece la posibilidad de fácil difusión de la información. Desde la perspectiva de los derechos de autor, el Internet ha sido descrito como “*la máquina de copia más grande del mundo*” al punto que, se puede reproducir un número ilimitado de copias, casi instantáneamente, y está disposición del público en todo el mundo y esto no puede ser ignorado en este asunto.

9.1. Es más, en el concepto emitido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se indicó que la transmisión también podía hacerse por radiodifusión, que incluía “*por cable distribución, el cual consiste en la distribución de señales portadores de imágenes y/o sonidos, para el público a través de hilo, cable, fibra óptica, entre otros*”.

El derecho de reproducción, tal como se establece en el Artículo 9 del Convenio de

Berna¹¹, y las excepciones permitidas en virtud del mismo son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida constituye una reproducción en el sentido del precepto en comento:

“[Derecho de reproducción: 1. En general; 2. Posibles excepciones; 3. Grabaciones sonoras y visuales]

1) Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.

2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la Facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

3) Toda grabación sonora o visual será considerada como una reproducción en el sentido del presente convenio.

Además, “*toda vez que esta reproducción beneficie económicamente a la persona que la realiza y se genere un perjuicio al titular del derecho de autor, se entenderá que se están infringiendo sus derechos patrimoniales, incluyendo el de reproducción*”. Por tanto, para hacer uso de una obra protegida por el derecho de autor se debe contar con autorización previa de su creador, situación que no ocurrió aquí como está ampliamente probado.

Y es que el objeto social de la demandada, según da cuenta su certificado de existencia y representación, no está dirigido a fines altruistas o sin ánimo de lucro, como para predicar que por el mero acceso gratuito a su publicación web finanzas personales, no reporta ningún beneficio, o al menos no tiene esa posibilidad.

10. Así las cosas, no cabe la menor duda que la demandada usó las obras fotográficas registradas del actor Daniel Foster y en una de ellas aparece el señor Quilaguy, e indiscutible es que no reconoció la autoría del fotógrafo ni del modelo.

Lo anterior imponía adentrarse en el estudio de la reparación de los daños, no a la luz de indemnizaciones preestablecidas, sino siguiendo las reglas generales sobre prueba de la indemnización de perjuicios, puesto que el titular del derecho infringido no optó por aquellas, sino por ésta (artículo 32 de la ley 1915 de 2018 ut supra citado) como se constata de la lectura integral del libelo inaugural.

Y para su estimación deben considerarse las pautas del artículo 57 de la ley 44 de 1993, particularmente en lo atinente al valor que hubiere percibido el titular del derecho de haber autorizado su explotación y el lapso durante el cual se efectuó la explotación ilícita, que fueron los aspectos planteados por el extremo actor.

Contrario a la conclusión del juez de primer grado, considera la Sala que sí hay elementos de juicio que demuestran el daño pecuniario padecido por el titular del derecho de autor.

En efecto, el señor Daniel Robert Foster allegó certificación, con traducción oficial, que da cuenta de que es miembro de la Real Sociedad Fotográfica [The Royal Photographic Society] desde agosto de 2014; así como del registro de las Fotografías de Daniel Foster 2012 Vc11 y del material visual (integrado por las fotografías publicadas del 28 de marzo y el 17 de junio de 2014 entre las que se incluyen "Talking on the Phone" y "Online Shopping". que son materia aquí de discusión) ante la Oficina del Derecho de Autor de Estados Unidos.

Así mismo, se aportaron diversas facturas expedidas por el señor Foster por concepto de licencias de sus obras, con las que autorizaba a otras personas para la utilización de sus trabajos, en ellas se consignan los datos del emisor de la factura (domicilio, correo electrónico, número de identificación fiscal, cuenta bancaria) los del licenciataria, número de la factura, referencia, fechas de la factura y de pago, la descripción del concepto y valor; documentos que no fueron tachados de falsos y de ellos se presume su autenticidad. Por lo cual nada impide su valoración.

Justipreciando tales documentos, para la ponderación buscada, se tomaran las

facturas que guardan similares características, en cuanto a la época y moneda en que se extendieron, que corresponden a la descripción "En línea/comercial"

Factura	Obra	Valor
2014-0018	"Girls Riding a Bike"	£ 500,00
2014-0023	"Shard on the Thames"	£ 325,00
2014-0026-2	"Lighth Collector"	£ 175,00
2014-0028	"Online Banking"	£ 300,00
		£1.300,00

De allí que, en promedio el autor fotógrafo otorgaba licencias para el uso comercial de sus obras por una contraprestación de £320,00.

Las restante facturas no sirven de parámetro puesto que además de estar en otra moneda (euros) aluden a descripciones disímiles, para múltiples licencias y para varios años.

De otra parte se tiene que, la obra titulada talking on the phone fue reproducida en seis artículos digitales distintos, en la página web www.finanzaspersonales.com.co y, estuvo en esa red por lo menos casi ocho meses, entre el 25 de marzo de 2015, data de la primera publicación hasta por lo menos el 10 de noviembre de 2015, fecha en que se imprimieron las documentales que acreditan el uso de la imagen.

Así mismo, ocurre con la obra "serious business – pone call" la cual fue reproducida en dos artículos digitales distintos, en la página web www.finanzaspersonales.com.co, y estuvo en la red por lo menos seis meses, del 29 de mayo de 2015 al 10 de noviembre del mismo año, data en que se imprimieron las pruebas documentales allegadas con la demanda.

La última fotografía "Online shopping", como ya se dijo, sólo se publicó una vez.

En tal virtud y, considerando los diversos factores anunciados, habiendo sido utilizadas 9 veces las mencionadas fotografías, en el ejercicio de ponderación realizado, el total del derecho pecuniario

asciende a £2880, que se reconocieran al demandante Daniel Foster.

10.1. Aquí es importante destacar que conforme al artículo 206 de la ley 1564 de 2012, el demandante estimó los perjuicios en £11.880; pero sólo resultaron probadas £2880, por tanto debe darse aplicación al inciso cuarto de dicho precepto según el cual “<Inciso modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.”

10.2. Y en cuanto hace a la objeción a la estimación jurada, fue erigida en que el demandante pide sus perjuicios basado en el artículo 57 de la ley 44 de 1993, sin embargo el cálculo se sustenta en “supuestas” licencias otorgadas sobre obras distintas a las que son base del reclamo en este proceso, cuya existencia naturaleza y características se desconocen y “muy seguramente” difieren sustancialmente de las aquí involucradas. Argumentos que son vagos, imprecisos y carentes de prueba.

Dijo el objetante que la suma pedida resulta excesiva y no corresponde a las circunstancias en que Publicaciones Semana utilizó la obra, ni los parámetros de mercado que “eventualmente” la demandada paga para usar una obra de similares características; las fotografías se usaron en la versión digital de una publicación para Colombia dirigida al público colombiano, por tanto no puede reclamarse por un uso de alcance global o en otros continentes; además Publicaciones Semana “usualmente” paga por ese tipo de material en pesos colombianos. Alegato que agregó más hipótesis, sin que se acreditara que la revista digital www.finanzaspersonales.com, tuviere restricción nacional y que a ella no se puede acceder de ninguna otra parte del mundo. Por lo demás, debe reprochar la Sala el que se menosprecie ahora el trabajo del fotógrafo con el fin de minimizar la conducta infractora de la demandada; cuando tomó de la plataforma Flickr las

fotos y las publicó, sin permiso, no le parecieron de poco valor o significado por el contrario tanta importancia les dio que las utilizó en repetidas oportunidades como ya se vio.

Concluyó que las fotografías nunca han sido objeto de licencia, lo que tampoco se demostró, pero en todo caso eso no significa que la demandada podía usarlas sin autorización y sin pagar contraprestación.

Indicó, nuevamente menospreciando el derecho del autor, que de haberse otorgado licencia su precio debía ser “*ínfimo*” sujeto a las particulares negociaciones que el fotógrafo adelanta con la parte interesada en utilizar sus obras. Tampoco explicó por qué debía ser “*ínfimo*” el precio.

Admitió que Publicaciones Semana ha pagado sumas que oscilan entre \$250.000 y \$2'000.000 por material fotográfico en similares condiciones a las utilizadas del demandante y bancos de imágenes ponen a disposición fotografías por precios entre \$80.000 y \$650.000 en www.fotocolombia.com; U\$49 por una fotografía y U\$1699 por 25 fotografías en www.shutterstock.com; entre U\$50 y U\$500 en www.gettyimages.es.

Siguiendo tal parámetro el justiprecio que aquí se ha realizado de £320 por fotografía, con base en las facturas antedichas, haciendo las respectivas conversiones se ubica dentro de tales rangos; y si Publicaciones Semana aspiraba negociar otro valor debió hacerlo con el fotógrafo antes de usarlas.

Objetó igualmente el daño moral deprecado, lo cual resulta impertinente pues el juramento estimatorio no aplica para la cuantificación del daño extrapatrimonial, como lo señala el artículo 206 de la obra procesal civil.

11. En cuanto concierne al derecho de paternidad de las obras emerge coruscante su procedencia, como quiera que, tal como lo advirtió el Tribunal Andino de Justicia, el artículo 11 de la Decisión 351 “**El goce de este derecho faculta al autor, entre otras cosas, para reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento, (...) por lo cual tiene el derecho de que cuando la obra se dé a conocer al público, a través de cualquier medio, esta contenga su nombre,**

derecho que se conoce como paternidad de la obra”.

Resulta indiscutible que, como ya se ha concluido y a riesgo de fatigar, el señor Daniel Foster es el autor de las fotografías tantas veces mencionadas, que la demandada uso en las publicaciones reseñadas sin su autorización, pero sobre todo sin mencionar al fotógrafo quien legal y moralmente tiene el derecho de que se reconozca su autoría.

De allí que, la Sala habrá de acoger el pedimento en ese sentido para que la demandada, publique tal reconocimiento.

12. Finalmente, en lo que se refiere al derecho a la imagen cuyo amparo reclama el señor Quilaguy, pertinente es traer a colación la jurisprudencia nacional:

“5. El derecho a la propia imagen en la jurisprudencia constitucional

5.1. La Corte Constitucional ha señalado que el derecho a la propia imagen es autónomo e inherente a la persona, aun cuando puede ser lesionado de manera concurrente con los derechos a la intimidad, a la honra y al buen nombre. La jurisprudencia ha resaltado que el derecho a la propia imagen constituye una expresión directa de la individualidad e identidad de la persona, y se encuentra estrechamente vinculado a su dignidad y libre desarrollo de la personalidad.

Para la Corte, “una consideración elemental de respeto a la persona y a su dignidad impiden que las características externas que conforman su fisonomía o impronta y que la identifican más que cualquiera otro signo externo en su concreta individualidad, puedan ser objeto de libre disposición y manipulación de terceros”. Por ende, se ha reiterado que es necesario el consentimiento del titular de la imagen para que terceras personas puedan hacer uso de esta, es decir, publicarla, exponerla, reproducirla o comercializarla de manera libre.

5.2. En cuanto al alcance de la autorización a terceros para difundir la imagen de una persona con fines comerciales en el marco de una relación contractual, la Corte ha precisado que dicha autorización no puede entenderse como una renuncia al derecho a la propia

imagen. En este sentido se ha indicado: “[C]uando en virtud de un contrato se permite la explotación comercial de la imagen o de la voz de una persona, en ejercicio de una actividad profesional (modelos, actores y locutores, por ejemplo), la utilización que se haga de aquéllas es lícita.

Pero, una vez concluido el término del contrato y agotado el cometido del mismo, el dueño de la imagen o de la voz recupera su derecho a plenitud y, por tanto, quien la venía difundiendo queda impedido absolutamente para seguir haciéndolo, si no cuenta con el consentimiento expreso del afectado o renueva los términos de la convención pactada.

Ahora bien, cualquier acto que desconozca este principio constituye ostensible abuso, contrario a los derechos fundamentales del titular de la imagen, que está, obviamente, sometido a la jurisdicción y competencia del juez constitucional. Este, que tiene a su cargo velar por aquéllos, goza de competencia para impartir las órdenes necesarias, con miras a impedir que la violación de tales derechos se prolongue en el tiempo, mediante la explotación no consentida de la imagen del solicitante”.

5.3. Ahora bien, en la sentencia T-634 de 2013 la Corte delimitó el alcance que tiene la autorización del uso de la imagen por parte de terceros, y precisó que la mera autorización no implica que en todos los casos se excluya la posibilidad de una vulneración al derecho fundamental a la propia imagen. Por lo tanto, los jueces constitucionales deben estudiar cada caso concreto para determinar si existe una vulneración de un derecho fundamental, incluso cuando media una autorización para el uso de la propia imagen. En este sentido, en dicha sentencia la Corte fijó los siguientes parámetros:

“(i) la autorización para el uso de la propia imagen no puede implicar la renuncia definitiva del mismo; (ii) la autorización comprende el consentimiento informado no solo acerca del uso de la propia imagen sino sobre las finalidades de éste; (iii) la autorización de uso de la propia imagen no puede constituir un límite absoluto al carácter necesariamente dinámico y cambiante de la autodeterminación de las personas o a su libre desarrollo de la personalidad; y (iv)

la autorización de uso de la propia imagen, como expresión de un acuerdo de voluntades y de la libertad contractual en general, encuentra un límite constitucional en el respeto a los derechos fundamentales”.

13. También es innegable que la publicación de la fotografía "*Talking on the Phone/Home Office*", en la que aparece el señor Quilaguy Bermúdez no contaba con autorización de éste, luego el quebrantamiento de su derecho es evidente.

14. Se sigue de ello que ameritaba ser resarcida la lesión sufrida; y, en cuanto a ello reprocha que el daño pecuniario rogado no se halla reconocido cuando en su criterio la conducta del infractor le generó la pérdida de oportunidad. Sobre este tópico debe memorarse que la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de junio de 2008, en el expediente 2000-01141-01 indicó que consiste en: *“la frustración, supresión o privación definitiva de la oportunidad legítima, real, verídica, seria y actual para la probable y sensata obtención de un provecho, beneficio, ventaja o utilidad a futuro o, para evitar una desventaja, pérdida o afectación ulterior del patrimonio.”*

En el *sub lite*, el citado demandante dijo al responder el interrogatorio que le fue propuesto, que Gregor Marvel finalizó el contrato que tenía por haber sido exhibida su imagen en un sitio web, en Publicaciones Semana S.A. y, aseguró que de ello da cuenta la carta traducida aportada al expediente.

Remitidos a la traducción de la misiva que el 12 de junio de 2015 Gregor Marvel le envió al señor Quilaguy se lee: *“Como bien sabe, GreOrMarvel se destaca por su diseño alternativo y no comercial y nos esforzamos por ofrecerles a nuestros clientes un pedazo de exclusividad que no es fácil de encontrar. Su llegada a nuestra empresa al principio del año representó una nueva faceta en nuestro concepto; sin embargo, pensamos que es hora que usted pase a un campo más comercial, ya que nuestras necesidades han cambiado”.*

De tal comunicación no se extrae, por tanto, que la génesis de la decisión de terminación del contrato fue porque fotografías del demandante hubiesen aparecido publicadas en la revista Finanzas

Personales, el motivo expuesto fue que las necesidades de la compañía cambiaron; además, no se aportó algún documento que implicara exclusividad por parte del señor Quilaguy con dicha compañía.

En tal virtud, la mera aseveración del actor, o por sí solo el referido documento no acreditan la privación de una oportunidad legítima; como tampoco se demuestra que tal situación persistió en el tiempo.

Corolario de ello es la ausencia de prueba del daño pecuniario cuya reparación se deprecó. Ergo, la censura no puede tener acogida.

15. Ambos demandantes manifestaron su disenso respecto del monto que les fuera asignado como reparación al daño no pecuniario, por lo que aquí se examina conjuntamente.

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

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

Así fue reconocido por esta Sala en providencia reciente, en la que se dijo que ostentan naturaleza no patrimonial: “...la vida de relación, la integridad sicosomática, los bienes de la personalidad –verbi gratia, integridad física o mental, libertad, nombre, dignidad, intimidad, honor, imagen, reputación, fama, etc.–, o a la esfera sentimental y afectiva...” (Sentencia de casación de 18 de septiembre de 2009) [Se subraya] Estas subespecies del daño extrapatrimonial no pueden confundirse entre sí, pues cada una

de ellas posee su propia fisonomía y peculiaridades que las distinguen de las demás y las hacen merecedoras de tutela jurídica; aunque a menudo suele acontecer que confluyan en un mismo daño por obra de un

único hecho lesivo.

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

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

(...)

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

Y en cuanto a la cuantificación de la indemnización anotó:

“La reparación del daño no patrimonial, por el contrario, no cumple una función resarcitoria en sentido estricto, pues ningún bien material es equiparable al valor absoluto de la dignidad humana, el cual es, por lo tanto, irremplazable.

De manera que, por regla general, el desagravio del perjuicio no patrimonial carece de la virtualidad de producir un enriquecimiento injusto, pues los bienes jurídicos inherentes a la persona humana

no tienen equivalencia en dinero. Luego, si la medida de satisfacción que se reconoce no lleva implícito un provecho económico sino más bien de simple consolación, satisfacción o compensación, entonces es desacertado afirmar que la misma puede dar lugar a cualquier tipo de lucro.

(...)

La pauta de esta justa proporción la marca el criterio de razonabilidad del juez, pues es esa noción intelectual la que le permitirá determinar en cada caso concreto si la medida de satisfacción que otorga en razón del daño a la persona es equitativa, suficiente, necesaria y adecuada para consolar a la víctima por la pérdida de un bien inestimable en dinero, para reivindicar su derecho fundamental y para reparar el agravio o la ofensa infligida a su dignidad.”

15.1. Guiados por las anteriores premisas, para el caso concreto los montos justipreciados por la funcionaria de primera instancia por el concepto en cuestión, no lucen desproporcionados, pues si bien es cierto la demandada infringió los derechos de autor y de imagen de uno y otro

demandante, no lo es menos que no constituyó una afrenta a su dignidad como personas; tampoco la parte actora alegó y probó el detrimento que soportaron, la intensidad del agravio ni la magnitud de la afectación a los bienes jurídicos de los que son titulares y constitucionalmente protegidos.

Los factores que relacionan los apelantes se deben tener en cuenta, a más que no aparecen respaldados probatoriamente, tampoco guardan relación con el daño extrapatrimonial deprecado; y es que debe procederse con cautela para no confundirlo con otra especie de daño extrapatrimonial y menos con el patrimonial.

En criterio de la Sala entonces, las sumas reconocidas se muestran razonables y ponderadas.

16. Finalmente se observa que la sentencia de primer grado, aunque impuso condenas a la demandada omitió hacer pronunciamiento expreso en su parte resolutive sobre la fuente de tal condena, y de manera contradictoria en su numeral 4º dispuso “Negar las demás pretensiones de la demanda”. Considera la Sala que si

bien ello no fue objeto de apelación, resulta imperioso proceder a ajustar y complementar las determinaciones que definen la controversia (artículos 281, 287 y 328 de la ley 1564 de 2012).

En cuanto a la condena en costas, se condenará a la parte demandada al pago del 80% a favor de la actora. En este orden de ideas, se modificará la decisión de primer grado.

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL
MP DRA. RUTH ELENA GALVIS VERGARA
RADICADO: 110013103005201800299 01

Tesis: Evaluados los medios probatorios, uno a uno y en conjunto, de ellos emerge acreditado que el 17 de octubre de 2013 la señora María Isaura Molina de Ramos en la avenida Usme con calle 93 sur aproximadamente a las 06:00 de la mañana abordó el vehículo de servicio público de placas SIO746 conducido por Sergio Daza Grijalba, quien emprendió bruscamente la marcha aún con la puerta abierta lo que determinó que las pasajeras que recién se habían subido cayeran del automotor, y que con las llantas traseras le aplastó las piernas a la aquí demandante.

Se probó además que el propietario del bus de placa SIO746 para la época de los hechos era el demandado Edilberto Galvis Ramírez, y que la empresa afiliadora era la demandada Compañía Metropolitana de Transportes S.A.7, quienes, como guardianes de la actividad desplegada con el rodante, se encuentran legitimados por pasiva.

Los daños irrogados a la señora Molina son jurídicamente atribuibles a los demandados: al señor Daza Grijalba por ser quien manejaba el vehículo; Edilberto Galvis Ramírez y la Compañía Metropolitana de Transporte S.A., en virtud del contrato de transporte, además de ser guardianes del automotor y de la actividad peligrosa en el momento del insuceso; sin que hubiesen demostrado (ni siquiera alegado) motivo que les exima de responsabilidad **y son solidariamente responsables** según lo disponen el artículo 991 del Código de Comercio y el artículo 2344 del Código Civil.

ANTECEDENTES

1. La señora María Isaura Molina de Ramos presentó demanda verbal contra Sergio Daza Grijalba (conductor), Edilberto Galvis Ramírez (propietario), Compañía Metropolitana de Transporte S.A. Empresa prestadora del servicio de transporte) y Seguros del Estado S.A. (empresa aseguradora), en la que planteó como pretensiones:

1.1. Declarar a los demandados civilmente responsables, de manera solidaria, por los daños y perjuicios ocasionados a la demandante, en el accidente de tránsito ocurrido el día 17 de octubre de 2013.

1.2. Condenar a los demandados a pagar a favor de la demandante \$254.626.321 por concepto de lucro cesante; \$60.000.000 por daño a la vida en relación; \$60.000.000 por daño moral y \$184.738.548 por daño emergente consolidado.

2. Como supuestos de hecho en que fundamenta sus pretensiones, refirió los que se compendian así:

2.1. El 17 de octubre de 2013 la señora María Isaura Molina de Ramos en la avenida Usme con calle 93 sur esperaba transporte público, y alrededor de las 06:00 de la mañana abordó el automotor de placas SIO746 aproximadamente a las 06:00 AM el cual era conducido por Sergio Daza Grijalba.

2.2. Al subir al vehículo de transporte público, este arrancó con las puertas abiertas, lo que ocasionó que la demandante cayera al suelo, y con las llantas traseras le lesionó las piernas por aplastamiento.

2.3. Con ocasión a lo anterior, se elaboró el informe de tránsito No. A0019390.

2.4. La señora Molina de Ramos fue trasladada a la Clínica San Rafael ingresó a las 07:24 am con trauma en ambas piernas, siendo más intenso en la pierna derecha, con destrucción de la piel, daño muscular y fractura con exposición ósea.

2.5. Luego de varias intervenciones quirúrgicas, fue tratada intrahospitalariamente hasta el 8 de noviembre de 2013; posteriormente, acudió a las citas de control en el Hospital Universitario de la Samaritana.

2.6. El 3 de diciembre de 2013 le dieron incapacidad médico legal de 100 días, el 20 de abril de 2015 se establece incapacidad definitiva de 150 días y con secuelas como “deformidad física que afecta el cuerpo, perturbación funcional del miembro derecho y perturbación funcional del órgano de la locomoción” todas ellas de carácter permanente. De aquella evolución la demandante realizó registro fotográfico, con la que puede evidenciarse la gravedad de las secuelas.

2.7. La Junta Regional de Calificación de

Invalidez determinó que la señora María Isaura Molina perdió la capacidad laboral en un 43,85%. Para el momento del accidente devengaba \$700.000 mensuales, pues se encargaba del cuidado de sus nietos, menores de edad, encontrándose sin recursos desde ese entonces, debido a su imposibilidad de seguir laborando.

2.8. Se hizo reclamación ante Seguros del Estado S.A., y como respuesta se le hizo ofrecimiento de \$37.370.000 por indemnización respecto de la póliza No. 101065922 de responsabilidad civil contractual y, se negó la reclamación frente a la póliza No. RCE 101060219 de responsabilidad civil extracontractual, por cuanto esta solo aplica para peatones y usuarios de la vía.

Se presentó reconsideración a la suma ofrecida, sin resultado alguno; sin embargo, la aseguradora informó que requirió a la empresa de transporte su participación en la indemnización.

2.9. Por los hechos narrados se adelantó investigación penal por lesiones culposas en la Fiscalía 24 Local, radicado No. 1100160000152013116287, y la etapa del juicio se adelantó ante el Juzgado 15 Penal Municipal de Conocimiento de Bogotá.

2.10. La etapa de conciliación se adelantó el 28 de octubre de 2016 ante el Centro de Conciliación de la Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles, la cual se declaró fallida ante la inasistencia de los convocados.

3. Mediante providencia del 18 de julio de 20181 se admitió la demanda y se ordenó a notificar a los demandados.

4. La apoderada del demandado Sergio Daza Grijalba contestó la demanda y presentó las excepciones de *“prescripción de la acción; inexistencia de prueba para condenar por los montos pretendidos; inexistencia de prueba que acredite la responsabilidad de mi representado; la genérica”*.

5. La apoderada de Seguros del Estado S.A. contestó la demanda y formuló las excepciones *“prescripción de las acciones derivadas del contrato de transporte; prescripción del contrato de seguro de responsabilidad civil contractual; A) Respecto de la póliza de responsabilidad civil extracontractual para transportadores de pasajeros en vehículos de servicio público No. 43-30101060219. 1) Inexistencia de cobertura de la póliza de responsabilidad civil extracontractual para transportadores de pasajeros de vehículos de servicio público No. 30-101060219; 2)*

exclusiones; B) Respecto de la póliza de responsabilidad civil contractual a pasajeros transportados en vehículos de servicio público No. 43-13-101065922; 2. Límite a la responsabilidad de la póliza de responsabilidad civil contractual a pasajeros transportados en vehículos de servicio público No. 31-101065922; Inexistencia de obligación solidaria de Seguros del Estado S.A.; Inexistencia de la obligación; “El daño a la vida en relación o perjuicio fisiológico como riesgo no asumido por la póliza de responsabilidad civil contractual a pasajeros transportados en vehículos de servicio público No 31- 101065922 y por la póliza de responsabilidad civil extracontractual para transportadores de pasajeros en vehículos de servicio público No 43-30-101060219”.

6. La apoderada del demandado Edilberto Galvis Ramírez y de la Compañía Metropolitana de Transportes S.A. se pronunció y como defensas planteó *“excepción plus petitum; prescripción de la acción por responsabilidad civil contractual; excepción de fondo genérica, propuesta con base en el artículo 282 del C.G.P.”*

Así mismo, llamó en garantía a Seguros del Estado S.A. a fin de que *“se ordene el pago de la cobertura que ampara el vehículo de placas SIO746, de igual forma, se le ordene el pago de acuerdo a lo establecido en el contrato de seguros”*

7. Surtido el debate probatorio y presentadas las conclusiones se profirió sentencia que declaró probada la excepción de *“prescripción de las acciones derivadas del contrato de transporte”*, en consecuencia, denegó las pretensiones.

ANÁLISIS DE LA SALA

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

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

3. Siguiendo las directrices fijadas por la jurisprudencia patria, atendiendo los

postulados de prevalencia del derecho sustancial y aplicadas dichas nociones al caso concreto pertinente es interpretar el libelo inaugural:

En el *sub lite*, se evidencia que el poder fue otorgado para promover proceso declarativo por responsabilidad civil contractual, aunque en la redacción del escrito introductorio no se precisó el tipo de responsabilidad invocada pues se dijo en el *petitum* que se declarara la responsabilidad civil; pero tal inexactitud no impide desentrañarlo del análisis integral de la demanda.

3.1. En efecto, en la *causa petendi* se narró que la actora estaba en la Av, Usme con calle 93 sur “a la espera de transporte público (BUS)”, y alrededor de las seis de la mañana “abordó” el bus de placas SIO746, es decir, que ella en uso pleno de sus facultades solicitó el servicio de transporte público, el vehículo se detuvo y ella aceptó el servicio por lo que lo abordó. Precisamente reprocha que el automotor reanudó la marcha “con las puertas abiertas” y la señora María Isaura cayó al suelo estando el bus en movimiento.

Además, los fundamentos de derecho plasmados en el libelo inaugural⁵, hacen referencia a la responsabilidad civil contractual, al invocar “los artículos 1602 y siguientes del Código Civil; Capítulos I y II, Título IV, Libro cuarto y Sección IV, Capítulo II, Título V, Libro cuarto del Código de Comercio y demás normas concordantes o complementarias” relativos al contrato en general, al de transporte, transporte de personas y contrato de seguros en particular.

3.2. No cabe duda entonces que estamos de cara a un contrato de transporte de pasajeros del que no sólo se endilga fueron desatendidas las obligaciones del transportador al no llevar sana y salva a su destino a la señora María Isaura, sino que con ocasión de la actividad se le causaron lesiones en su integridad física.

3.3. Recordemos que el artículo 981 del Estatuto Mercantil establece:

“El transporte es un contrato por medio del cual una de las partes se obliga para con la otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y

en el plazo fijado, personas o cosas y entregar éstas al destinatario. **El contrato de transporte se perfecciona por el solo acuerdo de las partes** y se prueba conforme a las reglas legales.”

Siendo obligación del transportador “2) En el transporte de personas a conducir las sanas y salvas al lugar de destino.” (artículo 982 ídem); y “El pasajero estará obligado a pagar el pasaje y a observar las condiciones de seguridad impuestas por el transportador y por los reglamentos oficiales y a cumplir los reglamentos de la empresa, estos últimos siempre y cuando estén exhibidos en lugares donde sean fácilmente conocidos por el usuario o se inserten en el boleto o billete” (artículo 1000 eiusdem), por lo que aquel “responderá de todos los daños que sobrevengan al pasajero desde el momento en que se haga cargo de éste.” (artículo 1003 íbidem).

Confunde el apelante el perfeccionamiento del contrato con las obligaciones que de su celebración emanan para cada contratante, habida cuenta que el contrato de transporte es consensual, se perfecciona por el acuerdo de voluntades, las que sin duda concurren pues de un lado el conductor del vehículo de transporte público que se desplazaba haciendo su ruta se detuvo para recoger varias personas, entre ellas a la señora María Isaura quien esperaba transporte para desplazarse a su trabajo y en efecto se subió al automotor, no de otra manera pudo haber caído de él, el hecho de que no hubiera cancelado el pasaje no desdibuja su manifiesta voluntad de usar el servicio de transporte con lo que se consolidó el contrato.

3.4. La misma demandante al contestar el interrogatorio de parte reconoció que se subió al vehículo e insistió en que, si bien no alcanzó a pasar la registradora, no es menos cierto que una vez dentro del vehículo este inició la marcha con las puertas abiertas lo que ocasionó el accidente, relató que el día de los hechos “yo salí a las seis de la mañana a coger transporte, porque me iba a trabajar (... inaudible) me subí a la buseta metropolitana (...) yo me subí, y adelante mío iba otra persona, y al subirme el señor arrancó con las puertas abiertas (...) la otra señora o señorita que iba delante de mí caímos sobre cayó sobre mí y a ella no le pasó nada, en cambio yo caí y no me

pude parar enseguida sino pasó la buseta las llantas traseras por encima de mis piernas...”; dijo que no alcanzó a pagar el pasaje. Más adelante explicó que “yo me iba teniendo de la varilla para subirse, para pasar la registradora, no alcance a pasar la registradora y adelante de la registradora iba la otra pasajera y el señor arrancó con las puertas abiertas”.

3.5. De ello también da cuenta el informe policial para accidentes de tránsito, en el que se relacionó a la señora Molina María Isaura como víctima marcando que se trataba de “PASAJERO”.

Indiscutiblemente, se trata de una responsabilidad civil contractual, habida cuenta que reclama la indemnización de perjuicios por los daños que sufrió en su humanidad la demandante luego de caer del automotor de servicio público que había abordado para trasladarse a su lugar de trabajo.

4. Para definir el litigio que ocupa la atención de la Sala, pertinente es seguir las pautas fijadas en reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, en el que ampliamente se escudriñó el tema:

*“No basta la simple existencia del vínculo jurídico previo, particular y concreto para que la obligación sea de carácter contractual. Es necesario, además, que la prestación que se demanda haya tenido su origen en las previsiones de la convención privada o, a falta de éstas, en las que conforman el régimen supletivo del derecho de los contratos; es decir que la indemnización pueda ser materia de regulación privada. **El hecho de que el daño se produzca en razón o con ocasión del desarrollo del objeto del contrato no es suficiente para dar a la relación jurídico-sustancial el carácter de contractual cuando la indemnización escapa a la fuerza obligatoria de ese vínculo.***

Por ejemplo, cuando un visitante de un parque de diversión o de cualquier lugar de recreación privado sufre un accidente con ocasión del disfrute de la atracción, puede no haber duda de la existencia del contrato celebrado entre las partes; sin embargo, ese vínculo jurídico no tiene la fuerza obligatoria suficiente para desconocer las previsiones del régimen general de la responsabilidad

*extracontractual porque el guardián de la actividad peligrosa no puede eximirse de responsabilidad aduciendo que pactó en el contrato una causal eximente de responsabilidad en caso de accidente, pues tal estipulación sería inocua. **Tampoco estaría facultado para alegar un término de prescripción menor al del régimen extracontractual o para aducir que la obligación no es solidaria. En tal caso el régimen aplicable es el de la responsabilidad por actividades peligrosas, por mucho que los daños sufridos por la víctima se hayan producido con ocasión de la ejecución de un contrato.***

(...)

Finalmente, en cuanto al régimen de prescripción, hay que diferenciar la prescripción bienal prevista en el artículo 993 del Código de Comercio, que se aplica a “las obligaciones directas o indirectas provenientes del contrato de transporte”, de la prescripción decenal de la acción ordinaria, prevista en el artículo 2536 del Código Civil.

La primera se aplica a las acciones que se fundan en el incumplimiento de las estipulaciones que las partes pueden pactar libremente y sin restricciones (como la perfección del contrato y las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su ejecución), o las que se rigen por el régimen supletivo de los contratos. En ese orden, si la demanda versa sobre la pérdida del equipaje, los daños producidos por retrasos del vehículo, o el pago del precio del servicio, no hay duda de que se trata del componente contractual de la relación jurídica que prescribe en el tiempo previsto por el artículo 993 del Código de Comercio.

Mientras que la prescripción de la acción ordinaria tiene cabida cuando lo que se reclama son los derechos y obligaciones que no surgen de la violación de las cláusulas contractuales sino de la cláusula general de no causar daños a los bienes jurídicos ajenos, que se regula por el régimen imperativo de las relaciones extracontractuales.

Para saber si se está frente a uno u otro régimen de prescripción hay que preguntarse si la pretensión que se demanda es susceptible de regulación mediante un convenio privado, o si tal posibilidad está vedada porque su forma de indemnización está preestablecida por las normas imperativas de la responsabilidad extracontractual. En el

primer caso se aplicará el régimen de prescripción previsto para el instituto jurídico que rige la específica relación contractual de que se trate. En el segundo evento, se aplicará la prescripción de las acciones ordinarias.

Cuando las pretensiones procesales que se acumulan en un mismo litigio se rigen por la acción sustancial que se encamina a reclamar la indemnización de los daños causados a los pasajeros con ocasión de la ejecución de un contrato de transporte, esa relación jurídica no depende de la autonomía privada de los contratantes ni del régimen supletivo del derecho de los contratos, por lo que la prescripción aplicable es la prevista en el capítulo III del Título XLI del Libro Cuarto del Código Civil, es decir la prescripción decenal de las acciones ordinarias (artículo 2536).”

Más adelante explicó:

“Pero en el caso específico de los daños sufridos por los pasajeros con ocasión de la ejecución de un contrato de transporte, la norma especial indica que no es posible que los contratantes limiten su responsabilidad: ‘Las cláusulas del contrato que impliquen la exoneración total o parcial por parte del transportador de sus obligaciones o responsabilidades, no produzcan efectos’ (inciso 3º, artículo 992 del Código de Comercio). La injerencia de una característica del daño extracontractual en esta especie de contrato es evidente, pues las partes no pueden limitar el alcance de la indemnización, la cual se rige por el principio de reparación integral de los perjuicios.

En las obligaciones contractuales, se da por supuesto que los daños previsibles o pactados tuvieron su origen en el incumplimiento del contrato o en su cumplimiento defectuoso o retardado (artículo 1616 del Código Civil), por lo que no hay que probar la relación de imputación pues ésta se entiende incorporada de antemano en el contrato. El contrato es la norma de adjudicación que permite atribuir al deudor los daños derivados de su incumplimiento.

Sin embargo, los demandados que no hicieron parte del contrato de transporte también están llamados a responder en virtud de su caldía de guardián de la cosa o de la actividad peligrosa que produjo el

daño. Si tienen una posición de garante respecto del pasajero, los daños les son imputables como suyos aunque no hayan intervenido en la relación contractual o en la causación material de los perjuicios. Se evidencia, así, una interdependencia de ambos regímenes que impide que uno de ellos se reduzca o derive del otro.”

5. Atendiendo las precedentes directrices, aplicadas al caso concreto, que guarda similitud fáctica con el evaluado por la Corte, puede decirse de un lado, que si bien se verificó un contrato de transporte de pasajeros y en su desarrollo se produjo el hecho dañoso, la reparación de los daños que implora la demandante ciertamente no era susceptible de convenio privado, como quiera que no deviene de la transgresión de estipulaciones contractuales, sino que su funda en el principio según el cual quien ha inferido daño a otro, es obligado a indemnizarlo.

Además, la prescripción en este evento no es la de dos años prevista en el artículo 993 del Código de Comercio, sino el establecido para la acción ordinaria: 10 años, conforme al artículo 2536 del Código Civil, habida cuenta que lo deprecado es la indemnización de los daños padecidos en el desarrollo del contrato de transporte, respecto de la cual no es factible limitarla por las estipulaciones contractuales, como ya se dijo.

De allí que, la década de prescripción empezó a correr desde el 17 de octubre de 2013, data en que la demandante abordó el vehículo y acaeció el accidente; plazo legal que se consumaría el mismo día y mes del año 2023 y que fue interrumpido al haberse promovido la acción judicial, el 7 de junio de 2018.

Ergo, al fracaso está llamada la excepción de prescripción de las acciones derivadas del contrato de transporte formulada por los demandados.

6. Pasando a examinar la concurrencia de los elementos de la responsabilidad, pertinente es volver a evocar las pautas diseñadas por la Corte Suprema de Justicia:

“La responsabilidad por los daños sufridos por los pasajeros con ocasión de la ejecución de un contrato de transporte, en suma, prescinde por completo del elemento de la culpa, sea que

se lo examine desde la perspectiva de las actividades peligrosas o bien desde un punto de vista contractual, pues en este último caso hay normas expresas y especiales:

«El transportador está obligado (...) en el transporte de personas a conducir las sanas y salvas al lugar de destino». (Numeral 2º del artículo 982 del Código de Comercio).

«El transportador responderá de todos los daños que sobrevengan al pasajero desde el momento en que se haga cargo de éste. Su responsabilidad comprenderá, además, los daños causados por los vehículos utilizados por él y los que ocurran en los sitios de embarque y desembarque, estacionamiento o espera, o en instalaciones de cualquier índole que utilice el transportador para la ejecución del contrato». (Artículo 1003 del Código de Comercio).

Es decir que **se trata de una verdadera obligación de resultado** en la que el cumplimiento de los deberes de prudencia no exonera al transportador de responsabilidad por las lesiones que sufre el pasajero en razón o con ocasión de la ejecución del contrato de transporte. De ahí que sólo la causa extraña y la culpa exclusiva de la víctima eximen de la obligación de indemnizar: «El transportador sólo podrá exonerarse, total o parcialmente, de su responsabilidad por la inejecución o por la ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones, si prueba que la causa del daño le fue extraña o que en su caso, se debió a vicio propio o inherente de la cosa transportada, y además que adoptó todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación». (Artículo 992 del Código de Comercio)

(...)

La imposibilidad de exonerarse de responsabilidad con la demostración de la diligencia o cuidado de una persona prudente es reiterada por el artículo 1003 del Código de Comercio (...)

Importa destacar que en el estudio realizado por la Corte concluyó: “De este modo han quedado identificados todos los elementos del tipo de acción que rige el caso que se examina, los cuales conforman un instituto jurídico autónomo que opera en el sistema de la responsabilidad civil a partir de su propia referencia normativa,

sin que sea posible subsumirlo o encasillarlo en cualquiera de los otros sistemas que aportaron los elementos para su conformación.”, por ende no pueden catalogarse “como un subsistema de la responsabilidad contractual ni de la extracontractual, pero que toma y resignifica elementos de ambas instituciones.”.

7. Evaluados los medios probatorios, uno a uno y en conjunto, de ellos emerge acreditado que el 17 de octubre de 2013 la señora María Isaura Molina de Ramos en la avenida Usme con calle 93 sur aproximadamente a las 06:00 de la mañana abordó el vehículo de servicio público de placas SIO746 conducido por Sergio Daza Grijalba, quien emprendió bruscamente la marcha aún con la puerta abierta lo que determinó que las pasajeras que recién se habían subido cayeran del automotor, y que con las llantas traseras le aplastó las piernas a la aquí demandante.

Se probó además que el propietario del bus de placa SIO746 para la época de los hechos era el demandado Edilberto Galvis Ramírez, y que la empresa afiliadora era la demandada Compañía Metropolitana de Transportes S.A.7, quienes, como guardianes de la actividad desplegada con el rodante, se encuentran legitimados por pasiva.

Los daños irrogados a la señora Molina son jurídicamente atribuibles a los demandados: al señor Daza Grijalba por ser quien manejaba el vehículo; Edilberto Galvis Ramírez y la Compañía Metropolitana de Transporte S.A., en virtud del contrato de transporte, además de ser guardianes del automotor y de la actividad peligrosa en el momento del insuceso; sin que hubiesen demostrado (ni siquiera alegado) motivo que les exima de responsabilidad y **son solidariamente responsables** según lo disponen el artículo 991 del Código de Comercio y el artículo 2344 del Código Civil.

Infundada y carente de prueba surge así la defensa del demandado Sergio Daza Grijalba que tituló “inexistencia de prueba que acredite la responsabilidad de mi representado”; a quien, por demás, el Juzgado 15 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá lo halló responsable del delito de lesiones

personales culposas causadas a la aquí demandante, en sentencia del 29 de marzo de 2019.

8. De otro lado, en cuanto a la posibilidad de ejercer la acción directa contra el asegurador, debe decirse que no se funda en una responsabilidad solidaria de éste, como erradamente se pidió en la demanda. Simplemente es la facultad que tiene el tercero beneficiario de un seguro de responsabilidad civil (víctima) para reclamar ante la compañía aseguradora el pago de los perjuicios que sean atribuibles a la actuación activa u omisiva de quien funja como asegurado. La obligación de indemnizar de la aseguradora tiene su fuente en el contrato de seguro, dentro de los límites y condiciones en él convenidas. Al respecto establece el Código Mercantil:

“ARTÍCULO 1133. <ACCIÓN DIRECTA CONTRA EL ASEGURADOR>. <Artículo subrogado por el artículo 87 de la Ley 45 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> En el seguro de responsabilidad civil los damnificados tienen acción directa contra el asegurador. Para acreditar su derecho ante el asegurador de acuerdo con al artículo 1077, la víctima en ejercicio de la acción directa podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador.”

9. Lo anterior implica que, en efecto, la aseguradora no resulta ser responsable solidario; empero, ello no redundará en la exoneración de sus obligaciones derivadas del contrato de seguro, como más adelante se examinará, sino que simplemente habrá de asumirlas atendiendo las estipulaciones contractuales y dentro de los límites pactados.

10. Conforme a lo derroteros expuestos, corresponde ahora examinar los daños y la indemnización rogada, los cuales son lucro cesante por \$254'626.321; daño emergente consolidado por \$184.738.548; daño a la vida relación \$60'000.000 y, daño moral \$60'000.000.

11. Lucro cesante: De conformidad con lo previsto en el artículo 1614 del Código Civil, se reputa como “[l]a ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento”, concepto

que, traslado al tema de la responsabilidad aquiliana, obedece a que “un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima”.

Pese a que la actora tuvo a su disposición las oportunidades procesales para acreditar los supuestos ingresos que devengaba para la fecha del accidente, no milita en el expediente ningún medio de convicción que permita establecer su valor real, máxime cuando a lo largo de la historia clínica se evidencia que hacía parte del régimen subsidiado y se manifestó allí que era independiente y, por el contrario, en el proceso alegó ser empleada de su hija pues cuidaba a los nietos; por lo tanto, como no se auscultó nada diferente a su simple manifestación, se recuerda que es línea aceptada que “a nadie le es lícito crearse su propia prueba” y, por ende, no bastaba con su dicho para tener por ciertos los valores de ingreso señalados en el escrito de demanda.

No obstante, esa carencia de prueba no releva al sentenciador de emitir la condena respectiva, toda vez que no puede soslayarse lo que ha propósito ha enseñado la Corte Suprema de Justicia:

“[F]rente al evento de un sujeto lesionado en un percance, que ejercía una actividad independiente, que “evidentemente, en aquellos casos en los que, a raíz de las peculiaridades propias que este ofrece, se carece de la prueba directa que permita establecer, sin mayores tropiezos, la respectiva remuneración pecuniaria –por ejemplo, cuando se tiene certeza de que la víctima ejercía actividades lícitas lucrativas, no en desarrollo de una relación laboral o de una contratación semejante sino de una gestión independiente- [...] se tornaría inviable sostener, a rajatabla, que la víctima ‘no las hubiera realizado, o que no se causó o percibió la respectiva contraprestación’ (resaltado ajeno al texto).

En ese orden de ideas, la deficiencia del material probatorio en tal sentido, no tiene la virtualidad de impedir que se concedan las pretensiones pecuniarias de ese talante, pues debe entenderse que una persona que se encontraba en pleno uso de sus capacidades físicas y psíquicas para la fecha del siniestro podía devengar, cuando

menos, el salario mínimo, aspecto sobre el cual la citada Corporación también sentó su postura, así:

“[C]omo ha ocurrido en otros casos, en desarrollo de los principios de reparación integral y equidad, se calculará el lucro cesante con base en el salario mínimo legal mensual vigente, pues si sólo ahora se va a efectivizar la indemnización, la actualidad del estipendio permite que la pérdida del poder adquisitivo del dinero quede involucrada (...)”, criterio que de antaño se había acogido bajo el siguiente planteamiento: “[A]nte la falta de otros elementos de juicio, la Corte acoge el salario mínimo legal como base para establecer el ingreso mensual de (...) (resaltado por la Sala), cuya productividad fue lesionada con ocasión del suceso generador de la responsabilidad atribuida a la opositora, es decir, cual lo dijo la Sala en otra ocasión, que ‘la pauta para establecer el valor mensual... tiene que ser, a falta de otra prueba categórica sobre el particular, el salario mínimo por mensualidades’”.

11.1. Acogiendo tal premisa, se tomará el salario mínimo mensual para el año 2003 el cual correspondía a \$589.500, suma que, debidamente indexada equivale a \$806.411, como base para calcular el lucro cesante.

Así las cosas, y en atención a los lineamientos previstos en la sentencia SC2498 de 3 de julio de 2018 se tendrán en cuenta los siguientes datos: a) fecha del accidente 17 de octubre de 2013; b) fecha de nacimiento de la víctima 20 de mayo 1951; c) Calificación de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca del 20 de noviembre de 2015¹² = 43,86%; d) al momento del accidente la señora Isaura tenía 62 años, 4 meses y 17 días.

Es de resaltar que las lesiones sufridas por la demandante fueron apreciadas por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca en dictamen del 20 de octubre de 2015¹³ en el que se estableció que la señora María Isaura Molina de Ramos tuvo una pérdida de la capacidad laboral del 43.86%. Dicha cuantificación devino conforme a lo determinados por los galenos que la auscultaron de "deficiencias del sistema nervioso central y periférico y deficiencias

por alteraciones de las extremidades superiores e inferiores", lo que guarda consonancia con el accidente de tránsito.

Para efectos del lucro cesante se parte de la fecha de la ocurrencia de los hechos hasta el momento en que se profiere la sentencia, es decir, 93 meses; sin embargo, no se toma íntegramente el salario mínimo, sino que se pondera de acuerdo con el porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral ya referida (43.86%). Por ende, el lucro cesante se calcula así:

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

S = es la indemnización por obtener;

Ra = \$353.691 (\$806.411 salario mínimo actualizado x 43.86%)

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= numero de meses que comprende el periodo indemnizable

$$S = \$353.691 \times \frac{(1+0.004867)^{93} - 1}{0.004867}$$

S= \$41.474.793,00.-

En ese orden de ideas, el lucro cesante consolidado es de \$41.474.793,00 64.

11.2. En lo que atañe al lucro cesante futuro, el cual estaba inmerso en la pretensión general de lucro cesante, tal como se expone en el capítulo de tasación de perjuicios¹⁴. Se tiene en cuenta como primer aspecto que la actora a la fecha tiene 70 años y 2 meses de edad, asimismo, al remitirnos a la tabla de vida probable de la Superintendencia Financiera¹⁵, se determina que la señora Molina tiene una expectativa de vida adicional de 18,6, equivalentes a 223.6 meses. La indemnización futura se calculará con base en la siguiente fórmula:

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

En donde,

S = Es la indemnización a obtener

Ra = \$ 353.691

I = Interés puro o técnico: 0.004867

Reemplazando, se tiene que:

$$S = \$353.691 \times \frac{(1 + 0.004867)^{223.6} - 1}{0.004867(1 + 0.004867)^{223.6}}$$

0.004867
(1+0.004867)^{223.6}

S= \$48.132.579,00.

11.3. En ese orden de ideas, sumados los periodos consolidado y futuro, la indemnización por lucro cesante asciende a **\$89.607.372,00** a favor de la señora María Isaura Molina.

Es del caso agregar que *"El hecho que una persona llegue a la edad requerida para pensionarse no impide que ella siga trabajando, tampoco si es pensionada, por lo que no es pauta lógica adecuada que el límite de la indemnización de perjuicios esté dado por ese factor temporal"*.

12. En lo que atañe a la pretensión indemnizatoria denominada *"daño emergente futuro"* bajo el argumento que, la señora María Isaura Molina de Ramos requiere desde el día del accidente, una persona *"de manera permanente y continuada velando no solo por su bienestar, sino sirviendo también como acompañamiento y traslado de la señora Isaura, durante la totalidad del tiempo de tratamiento y recuperación"*, y que por tanto, el cuidado que le da su hija, Claudia Janeth Ramos Molina, debe ser tasado por un salario mínimo legal mensual vigente desde el año 2013 hasta la fecha probable de vida de la señora María Isaura.

El daño emergente futuro es el entendido para cubrir aquellos gastos en que deberá incurrir la víctima a futuro, aquellos daños ciertos que se producirán con posterioridad a la sentencia, donde es perfectamente viable encontrar gastos farmacéuticos, tratamientos médicos, cirugías, acompañantes, entre otros. *"En este caso, la víctima o reclamante recibe la indemnización en una suma única anticipada"*

Así, partiendo de la última valoración efectuada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, del 12 de septiembre de 2015¹⁹ claramente anotó que tenía *"marcha con cojera ostensible derecha, limitación severa de arcos de movimiento de tobillo derecho (...) perturbación funcional de miembro inferior derecho de carácter permanente, perturbación funcional de órgano de la locomoción de carácter permanente"*, más en ningún momento reza imposibilidad de

movilidad por sus propios medios, o dependencia de un tercero para ejecución de actividades cotidianas, o uso permanente de silla de ruedas.

Tampoco se desprende de la historia clínica que se haya siquiera sugerido un cuidador permanente a futuro en razón a las lesiones sufridas que imposibilitan la movilidad, o que la demandante se encuentre impedida para desempeñar cualquier actividad por sí sola, es decir,

no se ve menguada su independencia que conlleve a determinar que requiere hasta su deceso de un cuidador como se dijo en la demanda.

Así, ante la orfandad probatoria sobre este pedimento el mismo será negado.

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

deceso”.

Siendo así, lo verdaderamente importante es analizar hasta qué punto el accidente de tránsito repercutió en el estado anímico y psíquico de la señora María Isaura Molina de Ramos. Según la historia expedida por la Clínica San Rafael la víctima ingresó con *"trauma en ambas piernas trauma más intenso en pierna derecha."* (...) *"Lesión severa en pierna, refiere dolor (...) trauma extenso en piernas destrucción piel muscular exposición ósea accidente de tránsito"* *"aplicación de tutores externos en tibia a peroné"* y se diagnosticó *"fractura abierta G III A de tibia derecha, fractura G III A de peroné derecho. Rauma en tobillo izquierdo"* *"fractura abierta G III A de tibia derecha, fractura G III A de peroné derecho. Rauma en tobillo izquierdo"*.

Inclusive, en los tres informes periciales de clínica forense expedidos por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses se sostuvo, con base en la historia clínica, *"todas las cicatrices ostensibles y extensas"*; *"presenta severas cicatrices en toda la cara anterior y parte de la lateral de pierna derecha, con pérdida de tejido marcha con cojera ostensible derecha, limitación severa en arcos de movimiento de tobillo derecho (no hay plantiflexión, no hay inversión, ni eversión de pie)"* y, en ese mismo sentido están los informes datados 20 de abril de 2015 y 3 de diciembre de 2013.

Tales hallazgos en la dimensión psicológica de la demandante llevan a concluir que el accidente que sufrió le ocasionó: dolor físico que tuvo que soportar en el mismo instante del insuceso, al afrontar los tratamientos médicos y terapias; congoja que cualquier ser humano enfrenta al ver su integridad corporal lacerada, adolorida y con marcadas cicatrices, su capacidad física disminuida, un trauma que se ha extendido progresivamente y que le genera episodios de estrés que, sin duda, tienden a distanciarla de su entorno ante el miedo de que un hecho similar pueda volver a ocurrir, situación que se agrava aún más por ser la calle en general el lugar en el que afloran los miedos de la señora María Isaura Molina.

Adicionalmente, en el curso de la audiencia del artículo 372 de la ley 1564 de 2012, la

demandante manifestó que hubo un cambio absoluto en su vida cotidiana, e inclusive el de su familia, pues sus dos piernas se vieron afectadas a raíz del accidente y tuvo que ser asistida para sus actividades diarias.

Esa zozobra en la que se encuentra por la situación trágica que vivió se extendió a su ámbito comportamental, lo que da fe del sufrimiento interno que le generó y le ha repercutido con el trasegar del tiempo.

En ese orden de ideas, la Sala considera prudente asignar por reparación del daño moral la suma de \$30'000.000,00.

14. En la órbita de los daños extrapatrimoniales se encuentra comprendido el denominado daño a la vida de relación que se conoce en el derecho francés como *prejudice d'agrément*, *perjuicio de placer*; *loss of amenity of the life* (pérdida del placer de la vida) en el anglosajón

o, daño a la vida de relación en el italiano; advierte la Sala que éste perjuicio consiste en la disminución de las condiciones de existencia de la víctima en tanto que no puede realizar otras actividades, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable o placentera la existencia, el cual al igual que los anteriores debe aparecer debidamente probado. No se trata de indemnizar la tristeza o el dolor experimentado por la víctima – daño moral -, y tampoco de resarcir las consecuencias patrimoniales que para la víctima siguen por causa de la lesión – daño material -. La doctrina, sobre el particular ha considerado: *"Suponiendo que la víctima reciba la indemnización de esos daños, seguirá existiendo el fisiológico que también debe ser reparado. En realidad, la víctima se podría hacer esta reflexión, mi integridad personal me concedía tres beneficios: ingresos periódicos, estabilidad emocional y actividades placenteras. Si las dos primeras han sido satisfechas con la indemnización, quedaría por reparar la tercera, que es la que da lugar a la indemnización precisamente por perjuicios fisiológicos. Esto nos indica que el daño moral subjetivo y el fisiológico son diferentes, es así como la indemnización por perjuicios morales subjetivos repara la insatisfacción síquica o el dolor físico de la víctima; en cambio, la indemnización del perjuicio fisiológico repara la supresión de*

las actividades vitales”. En esa línea la Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

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

Y en otra, dijo la misma Corporación:

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

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

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

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

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

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

De ahí que el daño no patrimonial se puede presentar de varias maneras, a saber: i) mediante la lesión a un sentimiento interior y, por ende, subjetivo (daño moral); ii)

como privación objetiva de la facultad de realizar actividades cotidianas tales como practicar deportes, escuchar música, asistir a espectáculos, viajar, leer, departir con los amigos o la familia, disfrutar el paisaje, tener relaciones íntimas, etc., (daño a la vida de relación); o, iii) como vulneración a los derechos humanos fundamentales como el buen nombre, la propia imagen, la libertad, la privacidad y la dignidad, que gozan de especial protección constitucional.”

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

Conforme a lo descrito, atendiendo a la edad de la actora, que los daños sufridos son irreversibles y, a la actividad que desempeñaba como independiente, la Sala justiprecia la indemnización de este concepto en \$10'000.000,00.

Conclusión de éste acápite, es la infundabilidad de las defensas planteadas como *“inexistencia de prueba para condenar por los montos pretendidos”*; y *“excepción plus petitum”*, erigidas en que no hay prueba del monto de los perjuicios materiales pretendidos.

Igual suerte corre la objeción a la estimación de perjuicios, basada en que no hay prueba que respalde la petición de lucro cesante; máxime cuando el valor reconocido surge de las operaciones matemáticas y fórmula financiera empleadas siguiendo la utilizada en casos análogos por la Corte Suprema de Justicia.

15. Determinado lo anterior, la Sala se ocupará de las excepciones propuestas por Seguros del Estado S.A., en la medida que, como ya se dijo, no tiene prosperidad la prescripción de la acción derivada del contrato de transporte, y en su asegurado recae la responsabilidad por los daños causados a la señora Isaura Molina el 17 de octubre de 2013.

15.1. La primera excepción formulada por la aseguradora es *“Prescripción del contrato de seguros de responsabilidad civil contractual”*, para cuyo análisis pertinente es iterar que a través de esta acción, la actora demandó a Seguros del Estado S.A. para que responda por los perjuicios irrogados con fundamento en la póliza de responsabilidad civil contractual No. 101065922 que para la época del siniestro amparaba al vehículo de placas SIO-746, misma que se allegó con la contestación de la demanda, sobre la cual no hay duda alguna.

Ahora bien, el artículo 1081 del Código de Comercio reza: *“La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria. La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción. La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho. Estos términos no pueden ser modificados por las partes”*.

Para establecer la distinción entre ambos tipos de prescripción, así como de los agentes que pueden invocarlas, debe recordarse que cuando la norma comercial se refiere a *“el interesado”*, alude a *“quién deriva algún derecho del contrato de seguro que al tenor de los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 1047 son tomador, el asegurado, el beneficiario y el asegurador”* (resaltado ajeno al texto), es decir, quienes tienen una relación directa con el contrato, para el caso que nos ocupa, Seguros del Estado S.A. (aseguradora) y la Compañía Metropolitana de Transportes S.A. (asegurado).

No obstante, debe explicarse que el seguro sub examine es de responsabilidad civil y, por lo tanto, para abordar su estudio debe repararse en la disposición consagrada en el artículo 1131 *eiusdem* que contempla: *“(…) se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le*

formula la petición judicial o extrajudicial ”.

Siendo así, como dicha norma habilita a la víctima del siniestro para reclamar ante la Aseguradora, al no hacer parte de los “interesados” del contrato de seguro, el término de prescripción para aquélla es de cinco (5) años, mismo que, evidentemente, no se alcanzó a configurar en este evento teniendo en cuenta que el accidente ocurrió el 17 de octubre de 2013 y, la demanda fue presentada el 7 de junio de 2018³⁴ y los demandados notificados dentro del año siguiente a la notificación por estado del auto admisorio de la demanda³⁵ (artículo 94 de la ley 1564 de 2012).

Ergo, la mentada defensa no tiene vocación de prosperidad.

15.2. En cuanto a la defensa “A) *Respecto de la póliza de responsabilidad civil extracontractual para transportadores de pasajeros en vehículos de servicio público No. 43-30101060219* 1) *Inexistencia de cobertura de la póliza de responsabilidad civil extracontractual para transportadores de pasajeros de vehículos de servicio público No. 30-101060219*; 2) *exclusiones*”; no es necesario hacer mayores disquisiciones para decir que, en efecto, no puede afectarse la mentada póliza de seguro, si en consideración se tiene lo ya esclarecido en cuanto a que los daños sufridos por la señora Molina de Ramos se ocasionaron en el desarrollo del contrato de transporte, en el que ésta tenía la condición de pasajera.

15.3. En lo atinente a la excepción “B) *Respecto de la póliza de responsabilidad civil contractual a pasajeros transportados en vehículos de servicio público No. 43-13-101065922*; 2. *Límite a la responsabilidad de la póliza de responsabilidad civil contractual a pasajeros transportados en vehículos de servicio público No. 31-101065922*,”; lo primero que se advierte es que se acepta la afectación de la póliza de seguro referenciada, reduciéndose la oposición a que debe tenerse en cuenta los límites allí cubiertos.

Es que no tiene discusión, pues de la carátula de la póliza colectiva pasajeros se desprende, que Seguros del Estado S.A. aseguró la responsabilidad civil contractual para vehículos de servicio público pasajeros, contrato en el que la Cía.

Metropolitana de Transportes S.A, fungía como tomador y asegurado, y beneficiarios los “PASAJEROS OCUPANTES DEL VEHÍCULO O LOS DE LEY”, cuya cobertura se extendió para el bus-buseta de placa SIO746, con vigencia del 15-02-2013 al 15-02-2014, concediendo amparo a: muerte accidental, incapacidad permanente y temporal, gastos médicos (cada uno de estos se indicó como valor asegurado “60 SMMLV”), protección patrimonial, asistencia jurídica en proceso civil y penal, perjuicios morales y lucro cesante del pasajero afectado.

15.4. En lo concerniente a la defensa “*El daño a la vida en relación o perjuicio fisiológico como riesgo no asumido por la póliza de responsabilidad civil contractual a pasajeros transportados en vehículos de servicio público No 31- 101065922 y por la póliza de responsabilidad civil extracontractual para transportadores de pasajeros en vehículos de servicio público No 43-30-101060219*”, acaba de verse que, el daño a la vida de relación si bien es un daño extrapatrimonial, como lo es el moral, no puede confundirse con éste; y en la póliza de seguro 31- 101065922 sólo se concedió amparo al perjuicio moral, no obstante, lo cierto es que en la carátula de la póliza no se consignó exclusión por aquel concepto, luego no hay lugar a exonerar de su pago a la aseguradora, máxime cuando “*En estricto sentido, una vez el demandado es declarado responsable, la condena a resarcir los perjuicios le representa un daño emergente, en tanto comporta una erogación que se conminado a efectuar y no una ganancia o lucro que está legitimamente llamado a percibir.*”, memorando que “el asegurador está obligado a mantener al asegurado indemne de los daños de cualquier tipo que causa al beneficiario del seguro, que son los mismos que el asegurado sufre en su patrimonio”.

Pese a la fundabilidad de las excepciones antedichas, ellas no tienen la virtualidad de destruir totalmente el cimiento de las aspiraciones procesales de la actora; pues como acaba de verse la aseguradora debe concurrir al pago por cuenta de la póliza 43-13-101065922, lo cual incluso admitió ante la reclamación que previamente se le hiciera y por cuenta de la cual le hizo ofrecimiento.

16. En virtud de lo expuesto se revocará la decisión tomada por el Juzgado 5° Civil del Circuito de Bogotá el 6 de mayo de 2020, se dispondrán las determinaciones que la

reemplacen conforme a la motivación consignada, con la consiguiente condena en costas a la parte demandada.

**CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA
MP DRA. RUTH ELENA GALVIS VERGARA
RADICADO: 110013103006201900074 01.**

Tesis: Al celebrarse el contrato preparatorio por escrito, no tratarse de un convenio de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1502 del Código Civil, a la par que se estableció la fecha para la celebración de la compraventa y haberse determinado de tal manera que sólo faltó la tradición de la cosa o las formalidades legales, se concluye que están íntegramente reunidos los presupuestos que exige el artículo 1611 del Código Civil para que dicha promesa sea válida.

ANTECEDENTES

1. La señora Aurora Hartung Moreno Díaz, a través de apoderado judicial, instauró demanda en contra del señor Clímaco Moreno Díaz en la que planteó como pretensiones principales:

1.1. Declarar que el promitente comprador incumplió el contrato de promesa de compraventa, suscrito por la señora Aurora Hartung Moreno Díaz, en calidad de promitente vendedora, y el señor Clímaco Moreno Díaz, en calidad de promitente comprador, que recayó sobre el inmueble ubicado en la calle 135ª No. 125-19 de Bogotá, identificado con la matrícula inmobiliaria No. 50N-00777359, el cual fue celebrado ante la Inspección 11ª Distrital de Policía de la Alcaldía Local de Suba el 25 de abril de 2018, con ocasión de la audiencia de conciliación realizada dentro del proceso policivo No. 201761387001828E.

1.2. Declarar resuelta la promesa de compraventa por el no pago del precio por parte del promitente comprador.

En consecuencia, se ordene al demandado hacer la entrega a la demandante del inmueble local con mezzanine, junto con sus baños y anexidades, que hace parte del inmueble identificado con matrícula No. 50N-00777359.

1.3. Se condene al demandado al pago de los perjuicios ocasionados a la demandante de la siguiente manera: a) Por concepto de renta causada desde el 13 de agosto de 2017 hasta cuando se haga la entrega del inmueble por valor de \$2.500.000 mensuales, con los aumentos de ley; b) Por concepto de gastos de desplazamiento de la demandante desde Alemania a Colombia y viceversa para atender diligencias judiciales y administrativas que tuvieron lugar así: el 23 de octubre de 2017 de Alemania a Colombia para promover querrela policiva por \$3.061.744; el 16 de enero de 2018

de Alemania a Colombia para asistir a audiencia dentro del trámite de querrela policiva por valor de \$3.980.198 de tiquete y \$1.600.000 por hospedaje en hotel; el 25 de abril de 2018 de Alemania a Colombia para la continuación de la primera audiencia en el trámite policivo por \$2.914.997; el 25 de julio de 2018 de Alemania a Colombia para suscribir la escritura pública de venta de conformidad con la promesa de compraventa por \$3.856.300; \$433.850 por gastos de conciliación prejudicial. Dichas sumas, solicitó, sean indexadas desde que se causaron y hasta cuando se profiera la sentencia y, a partir de la ejecutoria de esta, se causen intereses de mora.

2. La *causa petendi* expuesta, admite la siguiente síntesis:

2.1. La señora Aurora Hartung Moreno Díaz, quien reside en Alemania, adquirió a través de la escritura pública No. 459 de 18 de marzo de 2011, otorgada en la Notaría 60 de Bogotá el predio ubicado en la calle 135ª No. 125-19 de Bogotá, identificado con folio de matrícula inmobiliaria 50N-00777359.

2.2. La señora Hartung Moreno Díaz arrendó el local con mezzanine al señor Rosendo Mosquera Mosquera, pero fue necesario promover proceso de restitución de inmueble arrendado, el cual cursó ante el Juzgado 46 Civil Municipal de Bogotá y tuvo sentencia el 29 de marzo de 2017, en la que se declaró la terminación del contrato y se ordenó la restitución del predio. La diligencia de entrega se realizó el 18 de mayo de 2017 y se verificó la misma a favor de la señora Hartung Moreno Díaz, a través de su apoderada judicial, quien cambió las guardas y candados de las puertas.

2.3. El 13 de agosto de 2017 la señora Hartung se enteró que su local había sido invadido y se ubicó allí un establecimiento de comercio denominado la Chispita Rola G1, de propiedad

de Luis González, quien manifestó que el local se lo arrendó el señor Clímaco Moreno Díaz.

2.4. La señora Hartung Moreno Díaz entabló querrela policiva contra arrendador y arrendatario del local, la que correspondió a la Inspección 11ª Distrital de Policía de la Alcaldía Local de Suba, con radicación 201761387001828E.

2.5. El 25 de abril de 2018, en desarrollo del trámite policivo, se concilió entre la señora Hartung Moreno Díaz y el señor Clímaco Moreno Díaz y se consignó que éste se comprometió a comprar y aquella a vender el inmueble mencionado, por un precio de \$550'000.000, en un plazo máximo de 90 días, es decir que se vencería el 25 de julio de 2018, fecha en que se otorgaría la escritura pública de venta en la Notaría 60 de Bogotá a las 3:00 p.m.

2.6. Pactaron las partes, por un lado, que hasta que se suscribiera la escritura pública de venta la señora Aurora Hartung Moreno Díaz continuaría con la posesión del bien y, por otro, que el señor Clímaco Moreno Díaz continuaría con la ocupación del local del primer piso que hace parte del inmueble prometido en venta.

2.7. Las partes concurren a la Notaría indicada en la fecha y hora pactadas y el Notario expidió acta de comparecencia en la que consignó la imposibilidad de suscribir la escritura pública de venta por cuanto el promitente comprador no contaba con el dinero para pagar el precio.

2.8. Pese a los requerimientos efectuados por la promitente vendedora al demandado, éste se negó a restituir el local, lo que obligó a convocarlo a audiencia de conciliación, pero se declaró fracasada.

3. Mediante auto de 25 de enero de 2019 el Juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá admitió la demanda y confirió traslado al demandado.

3.1. Una vez notificado el demandado compareció y contestó la demanda planteando la excepción que denominó “Genérica o innominada”.

4. Evacuada la etapa probatoria y agotadas las etapas pertinentes, se dictó sentencia en la que se dispuso

declarar oficiosamente la nulidad del contrato de promesa de compraventa suscrito el 25 de abril de 2018, negar las pretensiones de la demanda y *“en cuanto a las restituciones mutuas no es posible ordenar la restitución del inmueble por parte del señor Clímaco Moreno Díaz en favor de la demandante, toda vez que la relación de tenencia u otra jurídica que se pudiera derivar ha sido discutida, y ha sido*

demostrado que no se deriva de la celebración de este contrato fallido, tampoco se ordena la restitución de sumas de dinero por parte de la demandante porque no se demostraron”; ordenó el levantamiento de las medidas cautelares, condenó en costas de la instancia a la demandante y terminó el proceso.

ANÁLISIS DE LA SALA

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

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

3. El recurso de alzada se fundó, de un lado, en que la invalidación del contrato de promesa de compraventa del que se pidió la resolución por incumplimiento del demandado, se debió a la indebida valoración probatoria que, a entender del censor, efectuó el juzgador respecto del citado acuerdo de voluntades, por cuanto en el mismo se reúnen los requisitos establecidos por el artículo 1611 del Código Civil y procedían las restituciones y perjuicios solicitados a favor de la actora.

Para resolver, la Sala recordará la naturaleza y presupuestos de la acción promovida y, acto seguido, se ocupará de establecer si la promesa de compraventa es eficaz o no.

4. Es necesario recordar que el artículo 1546 del Código Civil establece que los contratos bilaterales llevan implícita la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado y que “en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”.

Acorde con la jurisprudencia patria, para la prosperidad de la resolución de los contratos es forzosa la concurrencia de los siguientes requisitos: i) existencia de un

contrato bilateral válido; ii) que el demandante haya cumplido los deberes que le impone la convención, o cuando menos que se haya allanado a cumplirlos en la forma y tiempo debidos y, iii) que el demandado haya incumplido, total o parcialmente las obligaciones que el contrato le impuso.

4.1. Con esos derroteros, para definir la concurrencia del primer requisito, es decir, la existencia de un contrato bilateral válido, hay que realizar el respectivo análisis del contrato de promesa de compraventa contenido en acta de conciliación.

Entonces se impone establecer de manera precisa si la promesa de contrato aducida como fuente de obligaciones satisface las exigencias que requiere la ley civil en su artículo 89 de la ley 153 de 1887, que derogara el artículo 1611 del Código Civil y según el cual:

“ART. 1611.—Subrogado. L. 153/887, art. 89. La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurren las circunstancias siguientes: 1. Que la promesa conste por escrito. 2. Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 (sic) del Código Civil. 3. Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato. 4. Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales. Los términos de un contrato prometido, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado. Queda derogado el artículo 1611 del Código Civil.”

Conforme al precepto en cita, los requisitos que debe cumplir la promesa de contrato son en esencia los siguientes: a) Que el contrato conste por escrito; b) Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1502 del Código Civil; c) Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato y, d) Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.

Igualmente es imprescindible, en

tratándose de negocios preparatorios sobre venta de inmuebles o bienes que requieren como solemnidad otorgar escritura pública, que se especifique la hora, el día, y la Notaría en la cual las partes perfeccionarán la venta, como quiera que, de faltar alguna de estas estipulaciones, no se habrá cumplido cabalmente con la determinación del objeto del contrato prometido y, por ende, se estaría frente a una nulidad sustancial, ante la inobservancia de una exigencia necesaria para la validez del mismo. El incumplimiento de alguno de los presupuestos que determinan el tipo de contrato celebrado conduce inevitablemente a la declaratoria de nulidad.

5. En el sub lite, con la prueba esgrimida se acredita el primer supuesto, como quiera que los aquí contendientes suscribieron por escrito su convenio, fruto de la conciliación celebrada ante el Inspector 11 A Distrital de Policía de la Alcaldía Local de Suba en esta ciudad de Bogotá, el 25 de abril de 2018, dentro del trámite de la querrela por perturbación a la posesión impulsada por la señora Aurora Hartung Moreno contra Clímaco Moreno y Luis González (expediente 201761387001829E), y no estamos frente a un pacto ineficaz.

6. Ahora, en cuanto al acatamiento del numeral 3° del artículo mencionado según el cual para que surta efectos la promesa debe contener un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato, es preciso valerse de la literalidad del contrato en el que se lee:

“PRIMERO: El señor CLIMACO MORENO DIAZ manifiesta su interés en comprar a la señora AURORA HARTUNG MORENO DIAZ el bien inmueble ubicado en la CALLE 135 A No. 125-19 identificado con la matrícula inmobiliaria No. 50N-777359, por un valor de QUINIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$550.000.000,00) libre de gastos notariales, suma de dinero que se pagará con recursos de un crédito hipotecario que se solicitará ante el Banco de Bogotá o Banco Caja Social. El pago se realizará tan pronto se apruebe el crédito hipotecario y se correrá la correspondiente escritura de compraventa. Más sin embargo las partes acuerdan un tiempo máximo de noventa días calendario para hacer efectivo el pago es decir que se realizará a más tardar el día VEITICINCO

(25) *DE JULIO DE DOS MIL DICECIOCHO (2018) en la Notaría 60 de Bogotá a las tres de la tarde, sin perjuicio de que se realice antes porque se apruebe el crédito o porque el señor CLIMACO MORENO DIAZ consiga los recursos para el pago por otro medio”.*

Conforme a lo acordado por las partes, le asiste razón al inconforme en cuanto a que se equivocó el a quo al valorar el contenido del contrato, puesto que se extrae sin dificultad que el pago y la escritura pública se harían en un plazo máximo de 3 meses contados a partir de la firma de la promesa de venta, o sea, que el pago y la escritura pública debían efectuarse el 25 de julio de 2018. En ese sentido, la redacción del acuerdo permite inferir que las partes no establecieron solamente una fecha cierta para el pago, como entendió el juez, sino que fijaron una calenda específica para pagar el precio y también otorgar el instrumento público que perfeccionaría el contrato prometido, a la par que decidieron en que notaría y en qué hora del día hacerlo, motivo por el que se aparta la Sala de lo concluido por el juez de primer grado, en torno a que se omitió acatar el requisito que establece el numeral 3 del artículo 1611 del Código Civil.

Aunado a la indebida valoración del contrato preparatorio, el juez de primera instancia se sustrajo de aplicar lo reglado por los artículos 1618 y 1620 del Código Civil, como quiera que la intención de las partes fue clara y era necesario preferir el sentido de la cláusula que fuera capaz de producir un efecto al que no lo tuviese.

7. Por otro lado, la nulidad del contrato de promesa de venta a la que arribó el a quo, se erigió en que no se atendió lo regulado por el numeral 4 del artículo 1611 del Código Civil, por cuanto consideró el juez, con apoyo en una decisión de la Sala de Casación Civil, que la falta de alinderación del bien en el contrato de promesa de compraventa hace ineficaz la misma. Postura que ciertamente ha sido la línea jurisprudencial trazada por dicha Alta Corporación la que en pronunciamiento más reciente enseñó:

“Pero ha señalado igualmente que el requisito de la determinación del contrato, no tiene el alcance de exigir la presencia en el convenio preparatorio de todos los elementos que debe contener una escritura

pública -si el contrato prometido ha de pasar por ella y sólo falte esa formalidad- pues ni una lectura literal del numeral 4° del artículo 89 de la ley 153 de 1887, permite concluir que únicamente ha de hacer falta el otorgamiento² de la escritura y que todo lo demás –incluido el texto de la minuta respectiva- deba estar ya puntualizado desde el precontrato. Forzar de tal manera la exigencia, en la forma que precisamente plantea el argumento de la censura, acarrearía por lo demás, la injustificada proscripción de la promesa de venta de bienes futuros y determinables, que por ende no cuentan aún con matrícula inmobiliaria o referencia catastral, pero que pueden quedar desde el acto de la promesa cabalmente especificados, de forma que las partes sepan perfectamente y sólo con base en lo dicho en el precontrato de qué inmueble se trata. Acoger el sentido de interpretación que el cargo plantea, acarrearía de hecho el marchitamiento de la promesa, al quedar por completo privada de utilidad práctica si en ella se exigiera hacer referencia a documentos y constancias fiscales con los cuales de ordinario no se cuenta al momento de la firma del contrato preliminar.

Incluso la interpretación meramente literal del numeral 4° del artículo 89 antedicho conduce a entender que la norma enfatiza en la determinación del contrato prometido (“Que se determine de tal suerte el contrato”) y no en la determinación del contenido exacto y definitivo de la escritura pública -o en general del texto que habrá de materializarlo, cualquiera que sea su forma de expresión-, a la que tangencial e indirectamente alude el precepto cuando destaca que debe faltar tan solo el agotamiento de la formalidad legal (“que para perfeccionarlo solo falte ... las formalidades legales”). Ya a la misma conclusión se llega si se toma en cuenta la finalidad que el legislador ha tenido presente a la hora de reclamar la determinación del contrato, que es lograr su eficacia práctica y ejecutabilidad futura.

De suerte que pretender que estén presentes en la promesa todos los datos que apuntan a la absoluta especificación del bien raíz, incluso los supletorios como la matrícula inmobiliaria, o los complementarios como la referencia catastral de la finca y la indicación del

título de adquisición del promitente vendedor, los cuales en la escritura pública sí que deben figurar, es ni más ni menos que trasladar al contrato de compraventa los requisitos que el estatuto de notariado exige de las escrituras, sin que haya texto expreso que así lo imponga para el contrato preliminar y preparatorio, como lo es la promesa.

*(...) Pues bien, precisamente teniendo presente que una es la obligación adquirida en la promesa y otras las que emanan del contrato prometido, a la vez que procurando que la identificación del inmueble prometido no fuera talanquera para el cumplimiento, la jurisprudencia de la Corporación ha exigido la inclusión en la promesa de su **ubicación y alindamiento**, pues tal información constituye la forma natural de procurar la requerida precisión en la determinación del objeto que reclama el precepto en comento.”*

Y luego de hacer rememora de sus decisiones en ese sentido recabó:

*“Doctrina que ha venido reiterando en providencias posteriores (por ej. CSJ SC 2 ag 1985, G.J. CLXXX, pág. 226) en las que el énfasis del requerimiento acerca de la determinación del inmueble que ha de enajenarse en virtud del contrato prometido, se **pone en el alindamiento y ubicación del inmueble como forma cabal de identificarlo**, sin que ello signifique, agrega ahora la Corte, que no existan hoy por hoy otros medios que, quedando expresados en el texto mismo de la promesa, logren la misma finalidad <identificante>, con lo cual se cumple el propósito de que el bien raíz sobre que versará la compraventa no pueda ser confundido con otro, sin que exista razón para exigir la mención concurrente a todos ellos en la promesa, junto con los que ha venido destacando como obligatorios la jurisprudencia de esta Sala”. (Énfasis fuera de texto)*

De allí, que ha sido la información atinente a la ubicación y alindamiento la que por excelencia ha exigido la Corte Suprema de Justicia como determinante para acreditar el cumplimiento del numeral 4 del artículo 1611 cuando de promesa de venta de inmuebles se trata, lo cierto es que no es la única forma, pues como viene de verse, basta con que se realice la identificación

del inmueble de forma tal que se haga inconfundible con otro y, en este caso, se dejó consignada la dirección del inmueble y su folio de matrícula inmobiliaria, lo que luce suficiente para el empeño aludido, puesto que según el artículo 50 de la ley 1579 de 2012:

“Cada folio de matrícula inmobiliaria corresponderá a una unidad catastral y a ella se referirán las inscripciones a que haya lugar. En consecuencia, cuando se divida materialmente un inmueble o se segregue de él una porción, o se realice en él una parcelación o urbanización, o se constituya en propiedad por pisos o departamentos, o se proceda al englobe de varios predios el Registrador dará aviso a la respectiva oficina catastral para que esta proceda a la formación de la ficha o cédula correspondiente a cada unidad. El incumplimiento de este deber constituye falta disciplinaria del Registrador”.

Así las cosas, la matrícula inmobiliaria que se compone de una identificación alfa numérica, es única y corresponde a un bien específico, acorde con su ubicación, el Departamento, la ciudad o Municipio y la oficina de registro respectiva, por lo que no acertó el juzgador al tener por incierto o ausente el objeto del contrato.

No acoge la Sala la tesis del a quo, en punto de que al mencionarse en el convenio preparatorio que la señora Moreno Díaz percibiría arrendamientos de apartamentos y el señor Moreno Díaz recibiría la renta de locales, hacía pensar que se trataba de una propiedad horizontal, en la medida en que ello de forma alguna genera una confusión acerca del bien prometido en venta, que como se mencionó, se dejó referido por dirección y folio de matrícula inmobiliaria.

Estima, por tanto, la Sala que el requisito que impone el numeral 4 del artículo 1611 del Código Civil se satisfizo en el contrato objeto de las pretensiones.

8. Al celebrarse el contrato preparatorio por escrito, no tratarse de un convenio de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1502 del Código Civil, a la par que se estableció la fecha para la celebración de la compraventa y haberse determinado de tal manera que sólo faltó la tradición de la cosa o las formalidades legales, se concluye que están íntegramente

reunidos los presupuestos que exige el artículo 1611 del Código Civil para que dicha promesa sea válida.

9. Satisfecho el primer requisito de la acción resolutoria, en tanto se comprobó la existencia del contrato bilateral válido, se prosigue con el examen de los restantes, a la sazón, el incumplimiento del demandado y el correlativo cumplimiento o el allanamiento a cumplir de la demandante.

10. Respecto al incumplimiento del demandado Clímaco Moreno Díaz no quedó duda en el expediente, puesto que así se demostró con el "ACTA DE PRESENTACIÓN No 04/18" extendida por el Notario 60 de Bogotá, en la que se registró que el promitente comprador no exhibió el dinero con que se debía pagar el precio, a la vez que el mismo demandado lo confesó al absolver el interrogatorio de parte, empero trató de justificar tal sustracción de su carga contractual en que se le impidió ingresar al inmueble por lo que no se le concedió el crédito hipotecario; no obstante, en el cuerpo de la conciliación que contiene la promesa de compraventa no se señaló que hubiese un pacto en tal sentido de entregar documentación o permitir ingreso la actora al demandado.

11. A su turno, la señora Aurora Hartung Moreno Díaz acudió a la Notaría a suscribir el respectivo documento público de venta y exhibió los soportes de paz y salvo del bien que prometió enajenar, por lo que están reunidos los elementos de prosperidad de la acción resolutoria, lo que de suyo hace que se deba revocar en esos aspectos la sentencia examinada.

12. En lo concerniente con las restituciones mutuas ha de decirse que, si bien el contrato de promesa de compraventa genera una obligación de hacer consistente en la celebración del contrato prometido, es habitual que las partes se anticipen prestaciones propias de éste último; sin embargo, en el de marras no fue así, debido a que el demandado no pagó anticipadamente valor alguno a favor de la demandante, ergo, ésta no tiene nada que devolver.

Por su lado, el demandado estaba en tenencia del bien, por lo menos parcial, desde el 15 de noviembre de 2015, data en que se acreditó entregó en *arrendamiento*

"los locales del primero y segundo piso del inmueble ubicado en la calle 135a No. 125-19 barrio Gaitana de esta ciudad de Bogotá" a los señores Rosendo Mosquera y Deiber Navarro Chacón.

En ese sentido, en la demanda se reclama *"se le ordene al demandado hacer la entrega a la demandante del inmueble local con mezzanine, junto con sus baños y anexidades"* que hacen parte del inmueble objeto del contrato cuya resolución se pide, local que fue "invadido" lo que dio lugar a la querrela que la aquí demandante instauró contra el señor Clímaco Moreno (hechos 12 a 14 del libelo genitor).

De hecho, la conciliación que culminó con el contrato de promesa de compraventa tuvo su génesis en la querrela por perturbación a la posesión que la señora Aurora promovió contra su hermano Clímaco; acción policiva precedida de la contienda jurídica entre los hermanos Moreno Díaz a través de procesos en los que se ha discutido ora la posesión ora la tenencia del predio.

Así, se extrae que el señor Clímaco Moreno ostentaba la tenencia desde antes de la conciliación y suscripción del contrato de promesa, se usufructuaba de aquél, al punto que había celebrado contrato de arrendamiento con un canon mensual de \$2.500.000.

Adicionalmente, el juramento estimatorio hecho en la demanda no fue objetado y en cuanto al monto de la renta mensual guarda fina consonancia con la prueba citada. Por tanto, la Sala tiene como canon de arrendamiento \$2'500.000 pero a partir del 13 de agosto de 2017 conforme a lo solicitado en la demanda.

13. En tal virtud, se ordenará al demandado Clímaco Moreno restituya a la señora Aurora Hartung los locales sobre los que ejerce tenencia que hacen parte del predio tantas veces mencionado.

14. En lo que atañe a los frutos, se calculan como sigue:

Para agosto de 2017 se cuantificó el canon en \$2'500.000, luego del período comprendido entre agosto y diciembre de ese año, ascienden a \$10'000.000.

El valor de la renta se actualiza para el año

2018 de la siguiente manera: \$2.500.000 x 4.09% correspondiente al Índice de Precios al Consumidor (IPC) de 2017, porcentaje que corresponde a \$102.250, en que se incrementa el cánon para un total de \$2.602.250. Por tanto, los frutos civiles desde enero a diciembre de 2018 suman \$31.227.000.

Para el año 2019 se hace la misma operación, \$2.602.250 valor de la renta x el 3.18% correspondiente al Índice de Precios al Consumidor (IPC) de 2018, que es igual a \$82.751, aplicado el incremento obtenemos \$2.685.001; por los 12 meses de ese año, los frutos corresponden a \$32.220.012.

Para el año 2020 se aplica la misma regla, \$2.685.001 valor de la renta para el 2019 por el 3.8% correspondiente al Índice de Precios al Consumidor (IPC) que da como resulta \$102.250, por lo que el canon mensual es de \$2.787.251, para un total por el año 2020 de \$33.447.012.

Para el año 2021 se acude a la misma mecánica \$2.787.251 valor de la renta por 1.61% de Índice de Precios al Consumidor (IPC) de 2020, que es igual a \$44.874 así con el aumento el resultado es \$2.832.125 que se multiplica por ocho meses causados hasta agosto de 2021 para un total de \$22.657.000.

15. En ese orden de ideas, el demandado deberá cancelar por concepto de frutos civiles a la demandante la suma total \$129.551.024, monto generado hasta agosto de 2021; así mismo deberá pagar los que se causen hasta la fecha de entrega real y material de la parte del inmueble que debe restituir.

16. En relación con los perjuicios rogados,

lo primero que debe destacarse es que tal resarcimiento exige que aquellos tengan relación causal con el negocio resuelto; se sigue de ello que los alegados en la demanda resultan impertinentes: en efecto, los desplazamientos realizados por la ahora demandante desde Alemania a Colombia antes de la celebración de la conciliación que recogió la promesa de venta, no pueden reconocerse pues no tienen vengero en la relación contractual, ninguno fue como efecto o con ocasión de dicho contrato, inclusive, el viaje que tuvo como finalidad asistir a la notaría a suscribir el contrato prometido, tampoco puede ser tenido como una consecuencia del incumplimiento del demandado, sino como la carga que voluntariamente adquirió la actora para satisfacer la carga que a ella le correspondía atender.

17. En lo atinente a la pretensión relacionada con incluir la causación de intereses moratorios después de vencido el término para pagar la obligación, es de precisar que resulta improcedente pues ello sería consecuencia de haberse pedido el cumplimiento del contrato; y recuérdese que la acción ejercida fue la de resolución contractual.

18. De todo lo expuesto se tiene que se revocará la sentencia examinada y, en su lugar, se accederá a las pretensiones primera, segunda y tercera a) de la demanda, se denegará lo pedido en el literal b) de la pretensión tercera relacionada con los gastos de traslado.

Por consiguiente se condenará en costas de ambas instancias a la parte demandada vencida en el juicio.

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA ORDINARIA DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL
MP DRA. RUTH ELENA GALVIS VERGARA
RADICADO: 110013103033201300319 01

Tesis: Corolario de lo discurrido, no siendo el bien raíz reclamado en usucapión una “vivienda de interés social”, y al no reunirse los requisitos de la prescripción extraordinaria adquisitiva destinadas al fracaso estaban signadas las pretensiones, y como en ese sentido se pronunció el sentenciador de primer grado, su resolución debe ser confirmada con la respectiva condena en costas a la parte apelante.

ANTECEDENTES

1. Delfina Castro Guayacán, a través de apoderado judicial, instauró demanda en contra de Luis Hernando Sierra Vargas, Víctor Manuel Obando Huertas, Juan José Obando

Huertas, Eugenio Pachelly Obando Huertas, Gerardo Ignacio Obando Huertas, Elena Obando Huertas, Esther Victoria Obando Huertas y personas indeterminadas, en la que pidió:

1.1 Se declare que la demandante ha adquirido

por prescripción extraordinaria de dominio, una fracción del inmueble de vivienda de interés social ubicado en la calle 35 sur No. 5 A-48, que hace parte del terreno de mayor extensión con certificado de libertad No. 50S-40270668.

1.2. En consecuencia, se abra nueva matrícula inmobiliaria y se inscriba la sentencia en el folio asignado por la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá – Zona Sur.

1.3. Se ordene la cancelación del registro de propiedad, sobre el inmueble en parte de los demandados, y en su lugar se ordene la inscripción de la demandante Delfina Castro Guayacán como propietaria.

2. Se expusieron como sustento de lo pedido los siguientes hechos:

2.1. El bien inmueble objeto de esta prescripción extraordinaria de dominio de vivienda de interés social, está ubicado en la calle 35 sur 5A48 de Bogotá.

2.2. La petición está fundada en los artículos 91, 94 y 116 de la Ley 388 de 1997, y al artículo 51 de la Ley 9 de 1989.

2.3. La demandante ha realizado actos de señora y dueña, al ser poseedora hasta la fecha de presentación de la demanda.

2.3.1. La actora ha habitado en forma personal el predio, desde que se realizó la promesa de compraventa por parte de su compañero permanente José Gregorio Obando Chisnes, el 27 de abril de 2006, hasta el 2 de julio de 2008, debido a su estado de salud y su avanzada edad.

2.3.2. La demandante arrendó el inmueble a Nubia Isabel Gómez desde el 2 de julio de 2008 hasta la fecha, con una renta mensual inicialmente pactada en \$150.000 y actualmente de \$170.000.

2.3.3. La actora ha pagado los impuestos en forma proporcional de renta y valoración como dueña; los servicios públicos desde el momento de la posesión, y la instalación de gas. Construyó un caídizo colocando tejas de eternit y plásticas, maderas, tubos y demás materiales, los cuales pago por su cuenta y riesgo junto con la mano de obra. Costeó la instalación de un portón nuevo y diversas reparaciones al inmueble, tales como pavimentos, resanes, pintura y arreglo de goteras y filtraciones.

2.4. La señora Delfina ha ejercido posesión directa e indirecta durante 7 años.

2.5. De los recibos de servicios públicos se extracta que el inmueble es estrato 2.

2.6. Según el avalúo catastral del predio de mayor extensión y colocando una apreciación como avalúo

comercial el inmueble materia de este proceso, se avalúa en \$25'000.000.oo, aproximadamente, lo que lo ubica dentro del rango de la vivienda de interés social.

2.7. La demandante es una persona de la tercera edad y nunca ha tenido vivienda propia debido a sus bajos recursos económicos.

2.8. La señora Delfina ha ejercido de manera pacífica la posesión, por cuando su excompañero permanente José Gregorio Obando Chisnes quien compró en parte el inmueble, le permitió el ingreso bajo su consentimiento, y hasta la fecha no ha empleado la fuerza o amenazas para continuar con la misma.

2.9. La demandante ha ejercido la posesión de manera pública a la vista de todas las personas desde el momento que entró al inmueble y hasta la fecha sin clandestinidad.

2.10. Delfina Castro Guayacan ha conservado la posesión en forma continua y sin interrupción.

2.11. Nadie le ha disputado la posesión, no ha sido requerida por persona, autoridad policial o judicial.

2.12. Mediante sentencia proferida el 19 de diciembre de 2012, se declaró la existencia de una unión material de hecho entre José Gregorio Obando Chisnes y Delfina Castro Guayacan desde el 1º de diciembre de 1995 hasta el 18 de mayo de 2007.

2.13. La demandante reclama la prescripción en parte del bien inmueble objeto del proceso.

3. El 9 de septiembre de 2013, el Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá, admitió la demanda y dispuso el trámite pertinente.

4. Surtido el llamamiento edictal de las personas indeterminadas, se les designó curador *ad litem* quien, una vez notificado contestó la demanda, se pronunció sobre los hechos de esta, se opuso a las pretensiones y no propuso excepciones de mérito.

5. El demandado Luis Hernando Sierra Vargas, contestó la demanda, aceptó como ciertos los hechos, dijo no oponerse a las pretensiones 1, 2 y 3, y estarse a lo que se determine respecto de la 4.

6. Los demandados Obando Huertas, una vez notificados oportunamente contestaron la

demanda, se pronunciaron sobre los hechos, expresaron su oposición las pretensiones y formularon como defensas de fondo:

(i) falta de requisitos legales para la usucapión a favor de la demandante. (ii) falta de causa. (iii) falta de posesión legal, quieta pacífica, libre e ininterrumpida por el tiempo que la ley exige. (iv) interrupción o suspensión del término de la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio o usucapión invocada en esta demanda, por la iniciación del proceso de unión marital de hecho y existencia de la sociedad patrimonial de hecho entre compañeros permanentes que cursó en el Juzgado Sexto de Familia, en donde se discutía la propiedad del bien objeto de este proceso y que fue iniciado por la demandante en pertenencia contra los aquí demandados. (v) no ser el bien objeto de esta demanda vivienda de interés social. (vi) posesión legal y efectiva de los demandados sobre el bien inmueble objeto de este proceso y que la ley le transfiere.

Así mismo formularon las excepciones previas de cosa juzgada, pleito pendiente y la de trámite inadecuado a las que se imprimió el trámite de ley y fueron definidas en auto del 20 de mayo de 2015 en el que se declararon no probadas las primeras, y se declaró probada a de **“HABERSE DADO A LA DEMANDA EL TRAMITE DE UN PROCESO DIFERENTE AL QUE CORRESPONDE”**, tras establecer que el predio superaba el valor para ser considerado vivienda de interés social; en consecuencia, dispuso que *“a partir del proferimiento de la presente decisión, el trámite se continuará conforme a aquel dispuesto para los procesos ORDINARIOS”*.

7. Surtido el debate probatorio, se expidió la sentencia materia de impugnación en la cual se negaron las pretensiones de la demanda

ANÁLISIS DE LA SALA

1. Con la presencia de los llamados presupuestos procesales de la acción y sin que se advierta la incursión en causal que pueda viciar de nulidad lo actuado, están dadas las condiciones para que esta Corporación decida de fondo, el recurso de apelación propiciado por la demandante contra la sentencia expedida por el Juzgado 1° Civil del Circuito de Bogotá el 13 de noviembre de 2019.

2. Conforme al artículo 2512 de la Codificación Civil, *“la prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercitado dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los*

demás requisitos legales”. De dicha orientación normativa, entre otras dispuestas en el ordenamiento jurídico, se extrae que el modo prescriptivo puede ser ordinario o extraordinario. Tratándose de este último, los requisitos para que opere atañen a los siguientes: *i) la naturaleza prescriptible del bien; ii) la identidad del mismo con la cosa que se pretende y iii) la posesión pacífica, pública e ininterrumpida del prescribiente durante el tiempo que exige la ley.*

3. En el presente asunto sea del caso anotar que en la demanda se reclamó se reconozca que la demandante ha adquirido el dominio por el modo de la *“Prescripción adquisitiva extraordinaria de vivienda de interés social”*, cuya regulación normativa fue prevista en la Ley 9ª de 1989 y sus modificaciones.

3.1. Sobre el punto debe indicarse, como ya se anunció *ut supra*, que el Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá, en auto del 20 de mayo de 2015 resolvió las excepciones previas propuestas, declarando probada la de *“habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde”*, fundada en que el bien perseguido no clasificaba como vivienda de interés social, pues para la época en que se radicó la demanda el avalúo catastral del predio ascendía a \$91'483.000,00 y *“supera el límite de aquel establecido para las viviendas de interés social”*, en consecuencia dispuso se continuara el trámite de un proceso ordinario; proveído contra el que ningún recurso se formuló, por ende, adquirió firmeza procesal y fuerza vinculante para las partes contendientes.

Luego, desde allí quedó establecido que no era la mencionada normativa especial la aplicable a este

asunto; tópico que quedó dilucidado en aquella providencia, sin que sea factible en sede de apelación de la sentencia de primera instancia se persiga retrotraer la actuación para discutir aquellas conclusiones.

3.2. Con todo, no resulta superfluo indicar que en efecto el bien a usucapir no califica como vivienda de interés social, habida cuenta que no concurren las exigencias previstas por las leyes 9ª de 1989, 3ª de 1991 y 388 de 1997, que indican que son aquellas las soluciones que permitan *“a un hogar disponer de habitación en condiciones sanitarias satisfactorias de espacio, servicios públicos y calidad de estructura, o iniciar el proceso para obtenerlas en el futuro.”*, y con ellas se busca garantizar el derecho a la vivienda de los hogares de menores ingresos, lo que motivó que se fijará para las mismas un límite económico, así el artículo 104 de la ley 812 de 20034, dispuso que: *“De conformidad con el artículo 91 de la Ley 388 de 1997, el valor*

máximo de una vivienda de interés social y subsidiable será de ciento treinta y cinco salarios mínimos legales mensuales (135 smlm). Los tipos de vivienda y sus rangos de valor en smlm...”. De no ser tal la teleología inmersa en las normas sobre reforma urbana, no se justificarían las prerrogativas atinentes a simplificación de trámites, exención de impuestos, de permisos y facilidad de acceso a la solicitud de servicios públicos que, entre otras, benefician a las viviendas de interés social, así como las obligaciones que respecto de ellas se imponen de constituirse en patrimonio de familia y afectación a vivienda familiar.

De allí que la jurisprudencia nacional, ha unificado los presupuestos que en estos casos han de aparecer demostrados: “...Desde la sentencia de casación de 12 de abril de 2004, exp.7077, la Corte señaló que la “vivienda de interés social” presenta sólo dos “exigencias mínimas”: *destinación del inmueble y precio*. En efecto, se dijo en dicho fallo: “En ese derrotero la Ley [9ª de 1989] se ocupó de establecer unas exigencias mínimas, que por supuesto parten primeramente de la *destinación del inmueble; de allí que se advierta que debe tratarse de ‘soluciones de vivienda’ para, adicionalmente, vincular a este requisito un factor común consistente en el precio de ‘adquisición o adjudicación’ que a ellas corresponda o haya correspondido en la fecha de su adquisición, expresado en salarios mínimos legales mensuales...*”.

3.3. Conforme a las precedentes premisas, el éxito de la acción cuando ésta especial clase de prescripción se invoca, impone al demandante demostrar, además de que ha poseído materialmente el bien de manera pública, pacífica e ininterrumpida, por el tiempo legalmente exigido para que opere la especial prescripción suplicada, que se demuestre que el predio califica como una unidad de vivienda de interés social, no sólo por su justiprecio económico, sino que por su destinación constituye una solución de vivienda para su núcleo familiar.

En el *sub lite*, tales supuestos no fueron demostrados, en cuanto al justiprecio del bien raíz, sólo se arrió el avalúo catastral del predio de mayor extensión que, como lo señaló el *a quo* en el auto de 20 de mayo de 2015, superaba ampliamente el límite de los 135 salarios mínimos legales vigentes para la época en que se propició la acción; ninguna gestión probatoria encausó la parte demandante para demostrar el valor de la porción que persigue en usucapión.

En cuanto a la destinación, es incuestionable que la señora Delfina Castro no ha usado el

inmueble para su personal habitación; lo que busca justificar el recurrente aduciendo que “[T]uvo que optar por arrendar e irse a vivir con su sobrina para que esta la ayude y la guía le preste su custodia, además del estado de salud...”; argumento que sólo pone en evidencia que no satisface su derecho a una vivienda digna para su núcleo familiar, sino que de él se ha provisto de una renta permanente, hecho admitido por ésta y patente en el contrato de arrendamiento adosado.

4. En este orden de ideas, la petición de usucapión debe evaluarse a la luz de las reglas comunes de la prescripción extraordinaria adquisitiva para la cual exige el artículo 2532 del Código Civil modificado por la Ley 791 de 2002: “*El lapso de tiempo necesario para adquirir por esta especie de prescripción, es de diez (10) años contra toda persona y no se suspende a favor de las enumerados en el artículo 2530*”, período que no se completa, de considerar la confesión expresa de la demandante contenida en el libelo introductorio cuando dijo que al predio llegó porque su compañero se lo permitió en el año 2006 y con él allí convivió hasta su deceso.

No puede asignarse la calidad de poseedora frente al predio a la señora Delfina Castro, pues no hay probanza de la fecha exacta en que de manera exclusiva y excluyente asumió como su única dueña; pues pidiendo para sí, no puede reclamar como posesión a su favor el tiempo que con su compañero copropietario del bien ocupó el predio. Y tampoco arrió elemento de juicio que muestre que después del deceso del señor Gregorio Obando, la demandante modificó su condición de mera ocupante o tenedora a poseedora, se presentó y comportó ante terceros como ama y señora del inmueble.

En todo caso, para cuando se ejerció la acción no se cumplía la década indispensable para adquirir por el modo alegado, así lo admitió el recurrente en sus reparos al indicar que llevaba “*seis años menos 7 días*”.

5. Finalmente, debe anotarse que las circunstancias de longevidad, escasas económicas o carencia de vivienda que pueda presentar la demandante no son elementos que la legislación civil enumere a tener en cuenta para la prosperidad de las pretensiones en los procesos de pertenencia; ni que puedan considerarse para eximirle de la prueba de los presupuestos necesarios para el éxito de su aspiración.

6. Corolario de lo discurrido, no siendo el bien raíz reclamado en usucapión una “vivienda de interés social”, y al no reunirse los requisitos de la prescripción extraordinaria adquisitiva destinadas al fracaso estaban signadas las

pretensiones, y como en ese sentido se pronunció el sentenciador de primer grado, su resolución debe ser confirmada con la

respectiva condena en costas a la parte apelante.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN
MP DRA. RUTH ELENA GALVIS VERGARA
RADICADO: 110012203000201900161100

Tesis: En este sentido, se colige que al no haber demostrado razón alguna que habilite a esta Corporación para remover los efectos de la cosa juzgada del fallo censurado, se habrá de declarar infundado el recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 359 del Código General del Proceso, condenándose en costas y perjuicios al recurrente.

ANTECEDENTES

General del Proceso.

ANÁLISIS DE LA SALA

I.1. Pretensiones:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 359 del Código General del Proceso, declarar la ineficacia de la sentencia objeto del presente recurso extraordinario de revisión y dictar la que en derecho corresponda, por haber existido maniobra fraudulenta de la parte actora en el proceso en que se dictó la sentencia, causando perjuicios al recurrente; con fundamento en el numeral 6 del artículo 355 *ibídem*.

I.1. Pretensiones:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 359 del Código General del Proceso, declarar la ineficacia de la sentencia objeto del presente recurso extraordinario de revisión y dictar la que en derecho corresponda, por haber existido maniobra fraudulenta de la parte actora en el proceso en que se dictó la sentencia, causando perjuicios al recurrente; con fundamento en el numeral 6 del artículo 355 *ibídem*.

I.3. Fundamentos fácticos:

I.3.1. Causal primera: *“Por haber existido maniobras fraudulentas de la parte actora en el proceso en que se dictó la sentencia, causando perjuicios al recurrente”*. Numeral 6 del artículo 355 del Código General del Proceso.

I.3.2. Segunda Causal: *“Por existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso”*. Numeral 8 del artículo 355 del Código General del Proceso.

I.3.2. Tercera causal *“Haberse encontrado después de pronunciada la sentencia documentos que habrían variado la decisión contenida en ella, y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria”*. Numeral 1º del artículo 355 del Código

II.1. Cuestión previa.

Pertinente resulta señalar que no obstante de acuerdo con el inciso 7º del artículo 358 del Código General del Proceso en el trámite del recurso de revisión, surtido el traslado a los demandados y decretadas las pruebas se fija audiencia para practicarlas, oír alegatos y dictar sentencia, en el presente asunto es procedente proferir fallo anticipado toda vez que, se configura la causal segunda del art. 278 *ib*, pues desde el auto de 9 de marzo del año en curso establecido quedó que solo son documentales, por lo que no existe fase de practica de pruebas por agotar.

En análogo caso, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, dijo: *“ Por supuesto que la esencia del carácter anticipado de una resolución definitiva supone la pretermisión de fases procesales previas que de ordinario deberían cumplirse; no obstante, dicha situación está justificada en la realización de los principios de celeridad y economía que informan el fallo por adelantado en las excepcionales hipótesis habilitadas por el legislador para dicha forma de definición de la litis.*

De igual manera, cabe destacar que aunque la esquemática preponderantemente oral del nuevo ordenamiento procesal civil, supone por regla general una sentencia dictada de viva voz, es evidente que tal pauta admite numerosas excepciones, de las cuales, es buen ejemplo la presente, donde las causales para proveer de fondo por anticipado se configuraron cuando la serie no había superado su fase escritural y la convocatoria a audiencia resulta innecesaria”.

II.2. Oportunidad del recurso extraordinario de revisión:

El ejercicio del presente mecanismo, se encuentra limitado de conformidad con lo

dispuesto en el artículo 356 del Código General del Proceso, a un lapso de 2 años siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia, cuando se aduzcan alguna de las causales consagradas en los numerales 1,6,8 y 9.

En el presente asunto, la demanda se instauró en la oportunidad prevista por la norma en cita, toda vez que la demanda en la que se invocaron las causales 1,6 y 8 se presentó el 23 de agosto de 2019, y la sentencia objeto de revisión fue proferida el 18 de agosto de 2017, notificada por estado el 22 de agosto de esa misma anualidad, cobrando ejecutoria el día 25 subsiguiente.

II.3. Del recurso extraordinario de revisión:

Según lo ha dicho reiteradamente la jurisprudencia, *es un remedio excepcional frente a la inmutabilidad de la cosa juzgada material, para combatir las decisiones judiciales contrarias a la justicia y al derecho, siendo un recurso extraordinario, formalista y restringido; en tal virtud, su estudio se limita a constatar la existencia o inexistencia de las causales taxativamente señaladas en la ley, y no para enmendar situaciones adversas que, con intervención de alguno de los sujetos procesales, hubieren podido evitarse o remediarse en donde se dictó la sentencia de la cual se implora revisión, esto es, no franquea la puerta para tornar al replanteamiento de temas ya litigados y decididos en proceso anterior, ni es la vía normal para corregir los yerros jurídicos o probatorios que hayan cometido las partes en litigio precedente, ni es camino para mejorar la prueba mal aducida o dejada de aportar, ni sirve para encontrar una nueva oportunidad para proponer excepciones o para alegar hechos no expuestos en la causa petendi.*

2.3.- Determinado lo anterior, procede el Tribunal al examen de las causales de revisión invocadas por el censor, en el mismo orden en que fueron planteadas -principales y subsidiarias.

2.3.1. Causal 6º de revisión. Artículo 355 del Código General del Proceso. “Haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia, aunque no haya sido objeto de investigación penal, siempre que haya causado perjuicios al recurrente”.

Como ya se dijo, el recurso de revisión no puede fundarse en hechos o documentos que reposen en el expediente objeto de examen, pues de ellos no deviene ninguna novedad, dado que las partes en uso de sus facultades legales pudieron proponer y por la vía ordinaria cualquier mecanismo de defensa en tal sentido. En síntesis, este medio se restringe a situaciones ocurridas fuera del proceso en que

se hubiese dictado la sentencia que se trata de impugnar.

Sobre este tópico, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “[l]a naturaleza extraordinaria del señalado medio impugnativo impone no sólo que los motivos que lo autorizan sean restrictos, sino que, por regla general, deben originarse en circunstancias exógenas al proceso dentro del cual se dictó el fallo opugnado, constituyendo, en esencia, situaciones novedosas que, de haberse conocido, habrían conducido a otro resultado. Por tanto, con este recurso no es factible controvertir, por fundamento, los cimientos que sustentan la sentencia impugnada, o discutir los problemas debatidos en el proceso, o propiciar una nueva oportunidad para formular hechos exceptivos, ni mucho menos mejorar la prueba aportada al litigio, pues ello implicaría abrir la compuerta a una tercera instancia. Y es que la interposición del mismo presupone una relación procesal ya cerrada y, por eso, en su ámbito, que en cierta forma corresponde a las llamadas «acciones impugnativas» con efectos rescisorios, no es posible replantear el conflicto”.

2.3.2. Ahora bien, según el demandante, la causal se esruce, porque la Sociedad Jurídica Inmobiliaria y Empresarial Ltda., adulteró el contrato de arrendamiento celebrado y suscrito el 14 de julio de 1989 en el documento proforma minerva número AB-1884005, anotando en el reverso del mismo el Nit número 800176902-2 que le fue asignado a la sociedad allí demandante a partir del primero (1º) de octubre de 1992, fecha ésta en que fue inscrita y matriculada en la Cámara de Comercio de Bogotá., la que es posterior a la celebración del contrato.

Como bien puede observarse, el documento que hoy se imputa de adulterado, y con el cual se funda la presente demanda, reposa en el proceso objeto de revisión, y **nunca fue desconocido por el señor Hugo Hernando Celis Vega**. En la contestación de la demanda de restitución, el otrora arrendatario advirtió que los alcances del contrato de arrendamiento se entendían cesados, en el entendido que se habían vendido en su favor los derechos de posesión, con lo cual se infiere que sí aceptó la existencia y validez de tal negocio jurídico, amén de que, su defensa la dirigió a lo que fue su ejecución.

Es más, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, al resolver la demanda de revisión interpuesta por el señor **Hugo Hernando Celis Vega**, en contra de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá D.C.6, se analizó el citado documento, pero respecto del proceso de pertenencia 018-2012-00557-00

advertiéndose que *“el demandante actuó en el proceso y tuvo la oportunidad para tachar de falso el documento que hoy en revisión tilda de espurio, siendo tardío hacerlo en el escenario de este recurso extraordinario, ya que este, valga repetirlo, no puede confundirse con una nueva instancia para replantear el debate probatorio y la sentencia censurada goza del sello de la inmutabilidad de cosa juzgada, ésta última solo puede quebrarse por las causales expresamente señaladas por el legislador”*.

Por lo anterior, en los mismos términos que despachó la Corte no prospera la causal invocada, pues el demandante no atacó la presunción de autenticidad de la cual gozó el contrato de arrendamiento, e incluso, aceptó su existencia.

Resta señalar que no es a través de este recurso extraordinario el medio idóneo para controvertir los argumentos referidos por el actor, tendientes al análisis de los indicios que rodean la elaboración del contrato de arrendamiento, y la incorporación del número único de identificación tributaria, puesto que ello equivaldría a reabrir el debate jurídico, y quebrantar el principio de cosa juzgada.

2.4. Segunda Causal: “Por existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso”. Numeral 8 del artículo 355 del Código General del Proceso.

La citada causal es invocada, en el entendido de que la juez de instancia debió, de oficio, calificar la legitimación en la causa por activa, y percatarse que la sociedad que interpuso la demanda, no es la misma que suscribió el contrato en condición de arrendadora. Aunado a ello, se resaltó que se debió apreciar la conducta procesal de las partes, y calificar como *“un indicio grave el no haber notificado ninguna acción restitutoria durante un lapso superior a 20 años, contra quien presuntamente dejó de pagar cánones de arrendamiento”*.

Por último, expresó que se violó el derecho fundamental a ser oído en un juicio, pues, aunque la legislación procesal en su artículo 384 *íbidem*, establece que no podrá ser oído el demandado en un proceso de restitución que no acredite el pago de los cánones de arrendamiento, lo cierto es que la jurisprudencia ha sido enfática en que tal disposición no es absoluta cuando existen serias dudas sobre la existencia del negocio jurídico.

2.4.1. Al respecto, es importante recordar que la causal invocada por el demandante, tiene lugar cuando existe un vicio jurídico de tal entidad que atente contra la **sentencia, y no**

sobre aspectos inescindibles al trámite procesal; de otro lado, para que la misma se abra paso es importante que no existan otros medios de contradicción.

Aunque el primer presupuesto se halle satisfecho, pues por tratarse de un proceso de única instancia la sentencia no admite recurso alguno, lo cierto es que la tesis del recurrente no es admisible. Veamos:

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha sido unánime en señalar que la causal octava de revisión se abre paso únicamente en los siguientes casos **a)** cuando se dicta en un proceso terminado por desistimiento, transacción o perención, **b)** se adelanta estando el litigio suspendido, **c)** se condena a una persona que no tiene calidad de parte **d)** si por la vía de la aclaración se reforma la sentencia, **e)** se dicta por un número de magistrados menor al establecido por el ordenamiento jurídico **f)** se desata sin correr traslado para que los litigantes aleguen en los eventos que así lo dispongan las normas procesales y **h)** la que tiene deficiencias graves de motivación.

Como bien se observa ninguna de las hipótesis enunciadas por el alto Tribunal se encasilla dentro del argumento del demandante.

Por otro lado, y en lo concerniente a que en la sentencia que se pretende aniquilar realizó un análisis errado de la conducta de las partes, de las pruebas, e interpretación de normas y jurisprudencia en punto a la imposibilidad de ser oído en el proceso de restitución; valga señalar que tampoco son de recibo pues como se anotó no se subsumen en ninguna de los eventos atrás señalados, pues lo realmente pretendido es un reexamen de la integridad del debate, lo que se repite no es posible. *“En este sentido, ha precisado la Corte que “el motivo de nulidad”, como de los vocablos se desprende, tiene que estar contenido en la sentencia. Esto es, debe ser el fallo en sí el que contenga una causa de ineficacia”* sin embargo *“traer como motivo de nulidad originado en la sentencia que ésta contiene apreciaciones erradas, por valorar mal las pruebas o interpretar erróneamente los contratos, o no aplicar una regla de derecho, o aplicarla indebidamente o interpretarla torcidamente, no constituyen causas que autoricen la revisión”*.

Debe tener en cuenta el recurrente, que la presunta falta de legitimación en la causa por activa que alega en su demanda, es imperceptible desde la óptica probatoria, pues el contrato que sustentó la demanda de restitución se reputa auténtico, y no existió ningún tipo de ataque enfocado a quebrantar tal presunción, y, por lo tanto, la sociedad

demandante en esa oportunidad era quien detentaba derecho de acción frente al negocio jurídico en él incorporado, sin que ahora estén permitidos pronunciamientos oficiosos que están fuera de la competencia de la Sala pues escapan de la órbita de este especial recurso, que es un mecanismo excepcional frente al principio de la seguridad jurídica.

Por lo anterior, también infundada resulta esta causal.

2.5. Tercera causal “*Haberse encontrado después de pronunciada la sentencia documentos que habrían variado la decisión contenida en ella, y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria*”. Numeral 1º del artículo 355 del Código General del Proceso.

Manifestó el demandante que aproximadamente un año después de la ejecutoriada de la sentencia objeto de revisión, el codeudor Gabriel Álvarez Daza, le entregó al señor Hugo Hernando Celis Vega, fotocopias autenticadas de la copia al carbón del contrato de arrendamiento suscrito en el formato minerva AA-1884006, en el que no se relaciona un número de identificación tributaria de la empresa arrendadora.

2.5.1. Cabe recordar, que el alegar fuerza mayor o el caso fortuito para aducir un documento, implican una verdadera imposibilidad de haberlo incorporado

oportunamente; y no una simple dificultad, así ella se manifieste grande.

En el presente caso, el demandante no demostró a que se debió la supuesta dificultad, de nuevo pretende reabrir un debate probatorio concluido, máxime si se tiene en cuenta que durante el trámite del proceso jamás se ventiló la veracidad del documento, por lo que en la sentencia se partió del supuesto de la presunción de autenticidad de la cual goza el mismo, como tantas veces se ha señalado.

Obsérvese, que el documento con el cual se sustenta la causal de revisión, corresponde al mismo contrato allegado en el de restitución de inmueble, y la presunta adición que alega el actor, pudo ser probada en el interior del mismo, tal y como se precisó en párrafos precedentes, sin que ahora sea posible invocar nuevos medios de defensa, tildando de adulterado un documento que gozó de plena eficacia durante todo el trámite procesal.

2.6. En este sentido, se colige que al no haber demostrado razón alguna que habilite a esta Corporación para remover los efectos de la cosa juzgada del fallo censurado, se habrá de declarar infundado el recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 359 del Código General del Proceso, condenándose en costas y perjuicios al recurrente.

Por sustracción de materia, la Sala se abstiene de analizar los medios exceptivos propuestos.

**RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA
MP DRA. RUTH ELENA GALVIS VERGARA
RADICADO: 1001310303220180024302**

Tesis: Del anterior recuento evidente resulta, que el examen médico denominado “colonoscopia”, era el adecuado por el estado en que se encontraba el señor Armando Santos cuando fue prescrito; que no existieron errores de conducta de parte los profesionales de la salud, que contribuyeran al lamentable desenlace, por ende al no estar demostrado el elemento culpa, menos el nexo causal, pues tampoco se demostró que la causa de la muerte fuese el examen médico “colonoscopia”, en el que centra su atención la apelante.

ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones:

Que se declare que los médicos **Carlos Eduardo Hernández García, Gustavo Adolfo Landazábal Bernal, Gustavo Salazar y William Quiroga Matamoros**, **i)** intervinieron de manera inadecuada e irresponsable, desconociendo los protocolos médicos adecuados para el señor Armando Santos y **ii)** obraron con negligencia, imprudencia, culpa grave e irresponsabilidad gravísima.

Como consecuencia de lo anterior, **i)** se

condene al pago de los daños y perjuicios causados a los demandantes, como consecuencia de la negligencia médica desplegada por los demandados, los cuales se encuentran adscritos o vinculados laboralmente a la congregación de Dominicas de Santa Catalina de Sena- Clínica Nueva y Clínica Marly SA, y **ii)** se declare que las sociedades demandadas son legal y civilmente responsables por la negligencia medica de los profesionales que se encuentran adscritos o vinculados a su entidad.

Por último solicitó se ordenara “a los demandados a pagar como indemnización a los demandantes las suma de quinientos (500) gramos oro para cada uno de los demandantes

dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, por los daños morales y por los daños o perjuicios de carácter económico causados a los demandantes o el valor que el señor Juez determine”.

1.2. Fundamentos fácticos:

El señor Armando Santos Mora, estaba afiliado como beneficiario a la Caja de Compensación Familiar COMPENSAR – COMPENSAR EPS, y le prestaba el servicio de salud la Congregación de Dominicanas de Santa Catalina de Sena Clínica Nueva.

Relataron los demandantes que para el mes de agosto del año 2015, el señor Armando Santos Mora, progenitor de aquellos, comenzó a secretar sangre, iniciando un cuadro progresivo de deterioro de su salud, por lo cual se decidió acudir a la EPS. El 9 de julio de 2015, el paciente fue remitido ante el médico urólogo Carlos Eduardo Hernández García, quien luego de hacerle un examen superficial, y sin la ayuda de ninguna prueba diagnóstica, ordenó control rutinario en 6 meses.

Posteriormente, y debido al progresivo deterioro del estado de salud, la EPS autorizó su remisión a la clínica Marly, en donde el galeno Gustavo Salazar, le realizó una cistoscopia, informando que no halló ninguna evidencia de cáncer u otra patología de gravedad.

En el mes de enero de 2016, la EPS autorizó los exámenes denominados TAC de vías urinarias, TAC de abdomen y pelvis, los cuales arrojaron el resultado de “tumor maligno de la vejiga urinaria parte no especificada”.

Pese a que el paciente estaba atravesando un cuadro de deterioro progresivo de salud, la entidad promotora de salud no adoptó las medidas necesarias para tratar dicha enfermedad, máxime cuando se trataba de una persona con 79 años de edad.

El día 6 de marzo de 2016, el oncólogo urólogo William Quiroga, decidió efectuar una biopsia en la clínica Partenón, procedimiento a partir del cual la salud del señor Santos Mora empeoró.

El día 11 de abril de 2016, el señor Armando Santos, debido al notorio deterioro en su salud, fue llevado de urgencias al Instituto Nacional de Cancerología, siendo atendido en cita prioritaria por el oncólogo urólogo Rodolfo Varela, quien ordenó una intervención quirúrgica de carácter urgente, por lo que los hijos del paciente se dirigieron a la EPS Compensar, con el fin de conseguir la autorización respectiva. La EPS no autorizó la

intervención quirúrgica.

El día 12 de abril de 2016, la EPS informó telefónicamente al señor Santos Mora, la cita agendada con el médico William Quiroga para programar intervención quirúrgica ordenada. La cirugía quedó para el día 13 de mayo de ese año.

El día 10 de mayo de 2016, el paciente ingresó a la Clínica Nueva, con el fin de efectuar la preparación para la cirugía de vejiga y recto, estable y sin ningún tipo de dolor o malestar.

El día 11 de mayo de 2016, de conformidad con las órdenes médicas, se le suministró un líquido que ayudaría a limpiar el colón, no obstante lo anterior, al día siguiente el señor Santos Mora empezó a expulsar coágulos de sangre por el recto, por lo cual tuvieron que reanimarlo; este episodio se repitió el día 13 de mayo, en el cual se llevaría a cabo la intervención, por lo cual es ingresado a la unidad de cuidados intermedios con la orden de una transfusión de sangre.

Pese a la última orden de transfusión de sangre, la Clínica Nueva demora 6 horas en efectuar tal procedimiento, generándole una anemia aguda; e incluso le realizó varios exámenes, no obstante las condiciones en que se encontraba el paciente.

El día 14 de mayo de 2016, en contra de la voluntad del paciente la practicaron una endoscopia y colonoscopia por parte del galeno Gustavo Adolfo Landazábal Bernal, y de acuerdo con el gastroenterólogo Jairo Ospina, arrojó como resultado varias úlceras.

Debido a la intuida mala praxis en el tratamiento del padecimiento, el señor Santos Mora manifestó expresamente que no se sometería a ninguna colonoscopia ni endoscopia adicional; al tiempo que sus hijos radicaron derecho de petición antes las autoridades competentes con el fin de que se realizara un procedimiento más efectivo para detener el sangrado y estabilizar al paciente.

El gastroenterólogo ante la pérdida masiva de sangre del paciente ordenó la transfusión de cuatro bolsas de sangre, la cual nunca se realizó.

El 17 de mayo de 2016, el paciente autorizó la práctica de una endoscopia, pero persistió en su negativa a someterse a una colonoscopia, amén de que, éste último procedimiento fue realizado en contra de su voluntad, lo cual le ocasionó la muerte. El paciente, ni los hijos de éste fueron informados de los riesgos que devenían de tales procedimientos, y por el contrario, después del deceso de aquel, la clínica solicitó la suscripción de la autorización del procedimiento.

ANÁLISIS DE LA SALA

2.1. Problema jurídico: Corresponde en esta oportunidad dentro de los límites que impone el artículo 328 del Código General del Proceso, determinar si la atención médico asistencial suministrada por los demandados al señor Armando Santos Mora, fue la adecuada.

2.2. Oportuno resulta mencionar que el derecho fundamental a la salud incide en la responsabilidad civil médica, entendiéndose que la seguridad social en salud en la legislación actual, tiene una doble connotación jurídica, por un lado, su reconocimiento como derecho y, por el otro, su carácter de servicio público.

En cuanto al primero, la salud debe ser prestada de manera oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad, integralidad e igualdad. Se trata de un derecho que ha atravesado un proceso de evolución a nivel jurisprudencial y legislativo, al punto que se trata de un derecho fundamental autónomo, por su estrecha relación con el principio de la dignidad humana, su vínculo con las condiciones materiales de existencia y por su condición de garante de la integridad física y moral de las personas. Por lo que refiere al segundo, como servicio público, la salud debe atender a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos previstos en los artículos 48 y 49 de la Carta Política.

El sistema de salud se ha definido como el conjunto de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud, con observancia en estándares de calidad a la hora de desarrollar operaciones principales, tanto administrativas como asistenciales, los cuales sirven de guía a los miembros de la organización para desempeñar eficazmente sus labores.

2.3. Responsabilidad médica concreta: Para que pueda configurarse la responsabilidad médica debe tenerse por acreditados los siguientes requisitos, **i)** el daño, **ii)** la culpa y **iii)** la relación de causalidad entre estos dos últimos. Por ello, la Sala abordará la verificación de estos presupuestos, en punto a los reparos formulados por la parte demandante.

La ciencia de la medicina comporta una obligación de medio y no de resultado; en este sentido el profesional de la medicina y las instituciones prestadoras de servicios médicos

deben suministrar al enfermo todos y cada uno de los cuidados requeridos, acorde con los conocimientos científicos y la práctica del arte de curar permitan a la persona lograr el fin deseado, sin que se obligue la institución o el médico a garantizar ese resultado.

No obstante lo anterior, con independencia de que se trate de una obligación de medio, el análisis de responsabilidad se enfila a establecer la existencia de un actuar negligente por parte de los galenos o entidad asistencial, a efectos de que pueda ser imputado el daño al profesional de la salud, o a la entidad de salud a la cual se encuentre adscrito.

2.3.1. De acuerdo con la historia clínica, el día 11 de febrero de 2016, el médico William Quiroga Matamoros diagnosticó al paciente Armando Santos Mora, un “*tumor maligno de vejiga urinaria parte no especificada*”, la cual se considera como una enfermedad en la cual se forman células cancerosas en los tejidos de la vejiga, “*se explica necesidad de rtu y fulguración de tumor vesical, se explica procedimiento y posibles complicaciones como: INFECCION, SANGRADO, LESION VISCERALES, LESION URETRAL, VESICAL O URETERAL, VASCULAR, CISTOSTOMIA, INCONTINENCIA, TEP, UCI, MUERTE, SIND POS RTU, CIRUGIA ABIERTA*”, suscribiéndose por parte del paciente el consentimiento del tratamiento a seguir.

En este sentido al paciente se le realizó una resección trasuretral de tumor vesical, fulguración endoscópica de tumor, la cual se remitió el día 6 de marzo de 2016, con el respectivo consentimiento informado suscrito por el señor Armando Santos Mora. Este procedimiento arrojó como resultado carcinoma urotelial papilar de alto grado invasivo, ello de acuerdo a la evolución de la historia clínica registrada para el 9 de marzo de 2016.

Es importante mencionar que, de acuerdo a las conclusiones de la historia clínica, acompañada con la experticia ya referida, al paciente Armando Santos Mora no se le ordenó ningún procedimiento, hasta que el diagnóstico fue preciso en punto a la patología base.

En ese orden, al paciente se le programó para el 13 de mayo de 2016, el procedimiento quirúrgico denominado cistoprostatectomía radical más derivación urinaria², de la cual obra en la historia clínica consentimiento informado, amén de que ésta no realizó debido a algunas complicaciones en el estado de salud del paciente.

El señor Armando Santos Mora ingresó a la Clínica Nueva el día 10 de mayo de 2016,

efectuándose la siguiente anotación en la epicrisis *“tiene dolores terribles en la vejiga desde hace 5 días y no le pasa, y no come, tiene ansias y lleva 2 días de opresión en el pecho con ahogo”*.

Se registró además, infección urinaria complicada, demostrada en parcial de orina con nitritos, positivos, leucocitos y bacterias positivos, y cuadro hemático con leucocitosis de 20,1003. Reporta antecedente de infección por enterococcus faecalis y en esa hospitalización encontró infección por enterobacter aerogenes que requiere manejo antibiótico parenteral, el cual se inició al ingreso de urgencias. Esta infección presenta riesgo de complicaciones.

Efectuado el manejo de la infección, el paciente presenta en la madrugada del 11 al 12 de mayo de 2016, sangrado digestivo espontáneo, por lo que se ordena endoscopia digestiva alta y colonoscopia. Se recetó omeprazol para el control de sangrado digestivo alto, de esófago estómago y duodeno.

El 12 de mayo de 2016, el doctor **Gustavo Adolfo Landazabal Bernal**, realizó endoscopia digestiva alta, en la cual se advirtió la presencia de *“esofagitis grado A (Los Ángeles), Gastritis crónica activa antral leve, úlcera duodenal murakami II forrestt llc”*, por lo que se interpretó que el paciente sangró de la úlcera duodenal debido a la clasificación Forrestt llc, *“implica superficie de la úlcera recubierta por restos de sangre antigua”*.

Debido al poco interés del paciente en realizarse la colonoscopia, se resolvió continuar con el manejo de la úlcera duodenal, así como la infección urinaria.

La cirugía gastrointestinal programada para el 13 de mayo de 2016, se suspendió debido al estado de salud del paciente, especialmente por el sangrado digestivo reciente, ordenando la remisión del mismo a la unidad de cuidados intermedios, y así continuar con el respectivo tratamiento.

El 14 de mayo de 2016, el señor **Santos Mora**, presentó defecaciones con sangre acompañados de cambios hemodinámicos, palidez, y descenso de la hemoglobina a 7.3, lo cual se interpretó como un nuevo episodio de sangrado digestivo, al tiempo en el que, advertida la sangre fresca se sospechó infiltración del tumor en la vejiga del recto, concluyéndose que el origen del sangrado podría ser digestivo bajo, **por lo cual se ordenó realizar colonoscopia total, con indicativo de urgencia vital**

El día 14 de mayo de 2016, se realizó la

endoscopia ordenada encontrándose *“restos de sangre antigua en todo el colon, muy escasos restos de sangre antigua en el ileón, enfermedad diverticular generalizada del colon, pólipo pequeño de recto proximal de histología por establecer, úlcera y erosiones de recto de histología por establecer, hemorroides mixtas”*. No se advirtió sangrado activo.

El 15 de mayo de 2016, se solicitó la práctica de un TAC abdominal para evaluar la evolución del tumor de la vejiga, el cual se tomó al día siguiente, revelando un crecimiento de la masa de la vejiga a 11X9X8 centímetros con compromiso asociado de la próstata y del recto.

Se sugirió la práctica de endoscopia digestiva alta y colonoscopia de control para verificar la evolución de la úlcera duodenal, valorar nuevamente las lesiones del colon, y así definir la toma de biopsias y evaluar la causa del sangrado digestivo. El paciente se negó a la realización de los procedimientos, pese a la advertencia de su necesidad.

El día 17 de mayo de 2016, el paciente presentó nuevamente defecaciones con sangre, estaba pálido, adinámico, se ordenó la transfusión de 4 unidades de glóbulos rojos. Se realizó endoscopia digestiva alta, a la cual el paciente accedió. En éste último procedimiento se observó la inexistencia de sangrado en el tracto digestivo alto, esófago, estómago o duodeno.

Posteriormente se realizó una colonoscopia, con el fin de ubicar el sitio del sangrado, examen que arrojó enfermedad diverticular del colon, pólipo de unión recto sigmoidea, hemorroides internas grado III, sangre en el intestino delgado distal, de donde se originaba. No fue posible realizar control endoscópico del sangrado, por lo que se ordenó la realización de arteriografía vs laparotomía con sospecha de infiltración tumoral en el intestino delgado por parte del tumor de la vejiga. No obstante lo anterior, el paciente falleció posterior al traslado en la habitación por una *“inestabilidad hemodinámica”*, asociada al sangrado.

2.3.2. Valoración probatoria.

En este punto hay que precisar que no se advierte una indebida valoración probatoria, como lo alega la recurrente.

Pertinente resulta recordar que la historia clínica registra cronológicamente los servicios brindados al paciente, con inclusión de sus antecedentes, así que si le faltase claridad, orden, o fuese incompleta, alterada o con enmendaduras es un aspecto que debe probar quien lo alega. Con todo *“su mérito probatorio*

debe establecerse «de acuerdo con las reglas de la sana crítica», debiendo ser apreciada en conjunto con las pruebas restantes, máxime cuando su contenido se refiere a conceptos que en muchos casos son ajenos al conocimiento del funcionario”. Las referidas falencias en modo alguno fueron probadas por la parte demandante, y ni siquiera resultan claras en punto a los alegatos concretos.

Este documento, por sí solo, sería insuficiente para acreditar la responsabilidad que se alega, por lo que es necesario que el mismo se soporte de otros medios de convicción que lo interpreten y puedan ilustrar sobre las reglas de la ciencia médica que fueron aplicadas adecuada o incorrectamente. Es por ello que resulta impertinente lo sugerido por la parte demandante, en punto a la valoración de los interrogatorios de los demandantes como prueba de la responsabilidad, pues su versión en modo alguno desvirtuó el contenido de esa historia clínica, su dicho no pasó de ser la impresión personal, que en ellos quedó el delicado estado de salud en el que ya se encontraba su padre debido a la patología de base.

Ahora bien, contrario a lo sostenido por la parte recurrente, lo declarado por los demandados y testigos sí resulta coincidente en lo que concierne al seguimiento de las guías médicas, y buena practica medica en general.

Bajo este derrotero el perito -médico urólogo- **Fabián Pompilio Daza Almendrales**, refirió expresamente que el tratamiento médico dado por el galeno **William Quiroga Matamoros** “hizo el enfoque adecuado al paciente desde la primera consulta. De igual forma, tomó las decisiones acertadas de acuerdo a la *lex artis* y la buena práctica médica, tomando como base para dichas decisiones lo estipulado en las diferentes guías de manejo de diferentes sociedades científicas para este tipo de casos”, con todo, advirtió que los procedimientos realizados fueron los adecuados de conformidad con la patología base.

Aclaró además que la resección trasuretral de tumor vesical, fulgoración endoscópica de tumor, remitida el día 6 de marzo de 2016, era totalmente pertinente pues “no solo busca detener el sangrado activo (en caso de estar presente), sino también proporcionar material para estudio por parte de patología en el cual se clasificará la enfermedad como superficial o invasiva”.

A su turno, el dictamen rendido por el galeno **Luis Alberto Ángel Arango**, médico internista, gastroenterólogo, nutriólogo adscrito a la Universidad Nacional de Colombia, refirió que el tratamiento y manejo efectuado en la Clínica Nueva al señor

Armando Santos Mora, por cuenta de los episodios de deposición melénicas y coágulos, estaban plenamente indicados, principalmente la realización de la endoscopia y colonoscopia. De igual manera descartó, como así lo exigía la parte demandante, la práctica del procedimiento médico denominado “*piull cam o píldora para detectar las hemorragias*”, o el “*método de argón*” para cauterizar, pues para llevar a cabo tal práctica era necesario haber realizado en dos ocasiones endoscopia y colonoscopia “*sin hallar la explicación de la misma y demostrar que la hemorragia procedía del intestino medio*”.

El testigo Jairo Ospina, médico, quien examinó al paciente aseveró que el único tratamiento curativo para el tipo de tumor del que adoleció el señor **Armando Santos Mora**, es la cirugía que inicialmente se había programado; recontó cada uno de los pormenores de la historia clínica, reiterando que “*en este caso pues que presenta un sangrado que se supone que es en las vías digestivas altas es mandatorio hacerle una endoscopia y antes de eso pues se hizo la aplicación de líquidos y se estabilizo para hacer el procedimiento*”.

En punto al procedimiento realizado el día 17 de mayo de 2016, advirtió que el médico Landazábal “*le hizo la endoscopia y en la endoscopia encontró el 17 de mayo a las 10am, encontró ulcera udenal activa sin evidencia de sangrado focal, entonces él tenía una persona que tenía sangrado, que estaba inestable, que corría el riesgo de tener un sangrado no controlado, entonces por eso decidió hacerle una colonoscopia, y en la colonoscopia encontró que tenía los divertículos que se habían visto, un pólipo del colon, unas hemorroides y encontró que el sangrado en ese momento lo determino que estaba localizado en el intestino medio*”. La causa de la muerte la calificó el galeno como hemorrágica.

También precisó que de acuerdo con la historia clínica, no existía otro procedimiento más adecuado para tratar al paciente, siendo éstos los indicados en su momento.

A su turno el testigo **Ricardo Aníbal Cepeda**, quien elevó una declaración técnica, manifestó que los pormenores de la atención médica debían estar consignados en la historia clínica. No obstante, en su condición de gastroenterólogo explicó la necesidad de practica una endoscopia y colonoscopia, en caso de advertirse sangrado intestinal, calificando ambos procedimientos de idóneos y pertinentes frente a la patología tratada.

Entonces, la historia clínica, acompasada de los dictámenes médico legales, así como de las versiones testimoniales de los especialistas Jairo Ospina y Ricardo Anibal Cépeda, permiten concluir que el paciente Armando Santos

Mora, falleció el día 17 de mayo de 2016, sin que su deceso estuviera vinculado a algún procedimiento endoscópico o colonoscópico como lo sugiere la parte demandante. La causa probable de la muerte es secundaria al sangrado, el cual se presentó por infiltración tumoral del intestino delgado por el tumor de la vejiga, pues el tratamiento médico realizado al paciente fue el adecuado para su diagnóstico canceroso.

Se arguyó en la alzada que esos testimonios fueron valorados sin el rigor que implicaban sus relaciones contractuales con la clínica demandada, circunstancia que podría afectar la imparcialidad de los declarantes, pero debe recordarse que en manera alguna ello hace ineficaces estos medios.

Los motivos enunciados por la recurrente, son insuficientes para la exclusión del medio de prueba, pues aunque los galenos aceptaron vinculación con sociedades demandadas, no así respecto a la imparcialidad que se exige, además, itérese, las declaraciones resultan responsivas en cuanto los relatos se perciben espontáneos, explicativos en el conocimiento científico, con respuestas verosímiles en el contexto de lo alegado y circunstanciadas en tiempo, modo y lugar.

Del anterior recuento evidente resulta, que el examen médico denominado “colonoscopia”, era el adecuado p por el estado en que se encontraba el señor Armando Santos cuando fue prescrito; que no existieron errores de conducta de parte los profesionales de la salud, que contribuyeran al lamentable desenlace, por ende al no estar demostrado el elemento culpa, menos el nexo causal, pues tampoco se demostró que la causa de la muerte fuese el examen médico “colonoscopia”, en el que centra su atención la apelante.

2.4. Consentimiento informado:

La parte demandante no demostró la ausencia de consentimiento informado, al señor **Armando Santos Mora**, y menos aún, que dicha omisión hubiese generado un perjuicio *“lo anterior tiene un basamento fuerte y es la ausencia de nexo causal entre la violación del deber de información y la lesión corporal padecida. Es que el interés jurídico tutelado cuando se requiere que el paciente dé asentimiento a la práctica quirúrgica previa información suficiente que ha obtenido de la misma y de otros pormenores según lo dicho, radica en la protección de derechos constitucionales fundamentales (autonomía, libertad y dignidad humana) y no propiamente la evitación de un perjuicio que, con información o sin ella puede llegar a materializarse como secuela de la intervención quirúrgica que comporta los*

riesgos”9.

Es más cabe aquí recordar que el consentimiento informado puede obviarse, cuando de preservar la vida se trata.

Sobre el particular, debe recordarse que la medicina tiene tres objetivos: detener la muerte, mejorar la calidad de vida o rehabilitar al enfermo. Por esto, mostrar las alternativas a los pacientes es esencial, incluida la búsqueda del mejor momento para intervenir¹⁰, por lo que, en línea de principio, es fundamental la conformación del consentimiento del sujeto para la práctica de procedimientos invasivos, con la advertencia de la consecuencia de dicha práctica.

Lo anterior permite significar que el consentimiento informado subsume la real voluntad del paciente o su tutor en celebrar un contrato, con la información clara del tratamiento médico. Sin embargo, como es lógico, debido a la enfática obligación del galeno en preservar la vida del paciente, en casos de fuerza mayor, es necesaria la rápida reacción del profesional de la salud, pues se debe, en todo caso, salvaguardar la vida del paciente sin importar la obtención del consentimiento.

En éste último caso, el médico debe actuar con celeridad por encima de cualquier tipo de formalidad jurídica y administrativa.

La doctrina reconoce que *“hay ciertas circunstancias para las cuales es necesario aplicar excepciones a la regla del consentimiento informado”* como las situaciones de urgencia médica o quirúrgica *“donde el personal de salud debe tomar decisiones propias cuando existe peligro de muerte y desarrollar sus pericias de acuerdo con lo que la ciencia biomédica le dicte, juzgando en conciencia que eso sería lo que el enfermo o sus familiares desearía se hiciera”*

En el presente caso, tal y como quedó detallado con suficiencia en la historia clínica descrita en párrafos *ut supra*, el galeno intervino en la práctica del examen denominado “colonoscopia”, no solo por ser el más adecuado para determinar la causa del sangrado, sino porque ello permitía crear medios curativos inmediatos. Así lo relató el testigo **Jairo Ospina** al señalar *“al día siguiente el día 17 a la madrugada presenta nuevamente un episodio de sangrado”* al paciente *“se le hizo la endoscopia y no se encontró la causa del sangrado, no se encontró que en ese momento tuviera sangrado activo, quiero ser enfático en decir lo siguiente, el día 16 el señor santos no tenía signos de sangrado, pero ese día 17 presentó nuevamente signos de sangrado, entonces era indispensable ver si se*

podía identificar el sitio del sangrado. El doctor Landazábal le hizo la endoscopia y en la endoscopia el 17 de mayo a las 10am, encontró ulcera udenal activa sin evidencia de sangrado focal. Entonces él tenía una persona que tenía sangrado, que estaba inestable, que corría el riesgo de tener un sangrado no controlado, entonces por eso decidió hacerle una colonoscopia, y en la colonoscopia encontró que tenía los divertículos que se habían visto, un pólipo del colon, unas hemorroides y encontró que el sangrado en ese momento lo determino que estaba localizado en el intestino medio”.

A lo anterior se agregó que no existía ninguna enfermedad o síntoma que pudiera tratarse desde la óptica endoscópica, es decir *“que no tenía sangrado activo, porque si yo encuentro una ulcera sangrante pues hago el tratamiento, porque tanto la endoscopia, tanto la colonoscopia son procedimientos que no son solamente diagnósticos, si no son medios terapéuticos para unos casos, entonces por ejemplo si uno encuentra una ulcera denal que está sangrando en ese momento, entonces uno le puede poner un clip o le puede inyectar una sustancia o lo puede quemar con argón, en el colon las mismas cosas, la diferencia es que en el colon cuando hay sangrado por divertículos generalmente no se utiliza el argón pero si se puede utilizar los clip o la esteroterapia, entonces la idea de esos procedimientos es identificar el motivo de sangrado para tratarlo, si uno no identifica no lo puede tratar”.*

Sin más consideraciones sobre el particular, fácil resulta concluir que el paciente recibió la atención médica urgente necesaria para preservar su vida.

2.5. Condena en costas:

El recurrente ataca la imposición de costas realizada en primera instancia, al concluir que éstas no fueron causadas.

El artículo 365 del Código General del Proceso, establece que **“se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación”**, sin que el legislador haya condicionado la imposición de dicha condena, por tal razón, la mayoría de legislaciones en el mundo consagran este tipo de condenas, para resarcir las erogaciones propias de cada juicio, tales como escritos, diligencias, vigilancia, revisión de expedientes, asesorías judiciales, entre otros. Es decir, es una restitución de los desembolsos realizados por quienes fueron llamados a juicio y salieron favorecidos en el debate procesal.

Por lo anterior, se mantendrá incólume la condena impuesta.

Ahora, si el apelante no está conforme con la tasación de las agencias en derecho, ha de decirse que no es esta la oportunidad procesal para discutir ello, toda vez que el Código General Del Proceso estableció un trámite específico sobre el particular, que no es mediante la apelación de la sentencia.

2.6. Con base en lo anotado, se confirmará la decisión de primer grado, con la consecuente condena en costas a la parte demandante.