

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE
MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintidós (2022)

**ASUNTO: PROCESO VERBAL (DIVISORIO) PROMOVIDO POR
LA SEÑORA ANA MERCEDES DÍAZ GAITÁN CONTRA EL SEÑOR
JAIME ENRIQUE DÍAZ GAITÁN. RAD. 042 2013 00593 01**

*Sentencia escrita conforme al artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, discutida y
aprobada en sesión de Sala de 21 de julio de 2022, según acta 27 de la misma fecha.*

Se decide el recurso de apelación que interpuso la señora María Orlinda Sanabria Rincón, en su condición de rematante, contra la sentencia que profirió el Juzgado Cuarenta y Dos Civil del Circuito de Bogotá el 9 de diciembre de 2021, dentro del asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Las señoras Ana Mercedes y Liz Alexandra Díaz Gaitán, por conducto de apoderada, formularon proceso divisorio contra el otro comunero, señor Jaime Enrique Díaz Gaitán, para obtener la venta en pública subasta del inmueble identificado con el folio de matrícula

inmobiliaria No. 50C-437380 y se condene éste por las costas del proceso.

2. Como sustento de lo pretendido relataron, en síntesis, que adquirieron la proporción de 49.99% y 16.66%, respectivamente, el aludido inmueble por adjudicación en la sucesión de su difunta madre, Blanca Elvira Gaitán, dentro del proceso 2010-370 adelantado por el Juzgado Catorce de Familia; que el predio es ocupado por la señora Claudia Patricia Gaitán y el demandado, con quien no han celebrado pacto o acuerdo alguno que limite sus derechos; y que no están obligadas a permanecer en la indivisión.

3. El demandado se notificó personalmente del auto admisorio de la demanda y en oportunidad se opuso a las pretensiones incoadas, al igual que solicitó el reconocimiento y pago de mejoras e impuestos.

4. La Juez *a quo* profirió providencia de división de la cosa común el 17 de marzo de 2016, en ella declaró no probadas las excepciones formuladas; negó el incidente de mejoras formulado por el demandado; decretó la venta en pública subasta del inmueble; comisionó la práctica de la diligencia de secuestro; y requirió a las partes para que allegaran el avalúo del bien.

Agotado el trámite anterior, dictó sentencia de distribución de los dineros producto del remate; ordenó la realización de los respectivos fraccionamientos; y condenó en costas a la parte demandada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Estimó reunidos los presupuestos procesales, hizo una síntesis de los antecedentes, para lo que interesa al recurso recordó que el inmueble **se remató el 7 de septiembre de 2018**, se le adjudicó a la señora María Orlinda Sanabria Rincón por la suma de \$173.000.000, y se le entregó el 13 de marzo de 2020.

Que al distribuirse el producto del remate entre los comuneros Díaz Gaitán, les corresponde: Ana Mercedes el 49.999999%, esto es \$ 86.343.498.27313; a Liz Alexandra el 16.666667%, equivalente a \$ 28.781.167.24229; y a Jaime Enrique el 33.333334% que corresponde a \$ 57.875.334.48458.

Dispuso asimismo que, a cada uno de los comuneros, debía deducirse los gastos que se hubieren causado y que se encuentren debidamente acreditados, al ser expensas a cargo de ellos en proporción a sus derechos, según el artículo 413 del C.G.P.; que esos gastos, ascienden a \$313.000, conforme al auto de 24 de noviembre de 2021 donde se aprobó la liquidación de los gastos de la división, el que distribuyó en el mismo porcentaje respecto de cada comunero.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

En oportunidad, la apoderada de la rematante, señora María Orlinda Sanabria Rincón, mostró su inconformidad con la interposición del recurso de reposición (que se adecuó al de apelación) mediante escrito de cuyo contenido, al no estar determinado, se extrae el siguiente reparo concreto:

i) En reiteradas ocasiones ha solicitado al juzgado ordenar la devolución de los dineros correspondientes al pago de impuestos prediales del bien objeto de subasta pública, conforme lo estipula el numeral 7 del artículo 455 del C.G.P., sin que exista pronunciamiento por cuenta del Despacho; además en ninguna parte de la sentencia se descuenta el valor por ese concepto *“haciendo que la distribución sea incorrecta, pues no se tienen en consideración los gastos de saneamiento del bien objeto de subasta”* cuya entrega llevó a cabo el Juzgado 11 Civil Municipal de Bogotá el 13 de marzo de 2020.

Por auto de 16 de junio de 2022 se ordenó correr el traslado previsto en el inciso 3° del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de

2020, el cual sustentó en oportunidad la apelante, sin que las partes lo recorrieran en esta instancia.

IV. CONSIDERACIONES

1. Para resolver, se debe tener en cuenta que el artículo 320 del Código General del Proceso al consagrar los fines de la apelación, dispuso que tal recurso tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o reforme y a reglón seguido agrega que podrá interponerlo la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia.

El término “parte” a que alude la precitada disposición, a juicio de la Sala, no debe ser interpretado de manera restrictiva, esto es, como sólo respecto de aquellos a quienes la ley les ha otorgado la connotación de demandante o demandando, sino debe ampliarse a todos aquellos que intervienen en el proceso en una actuación respecto de la cual es apelable y que les afecta. Así lo dejó sentado la Corte Suprema de Justicia¹, al establecer que quien embargó remantes en un proceso estaba legitimado para recurrir una providencia que le perjudicaba, al efecto consideró:

«... conviene señalar que especialmente a partir de la reforma judicial de 1989, la protección de los derechos de los terceros constituye elemento fundamental en la administración de justicia de un Estado que tiene como uno de sus pilares fundamentales el respeto a la dignidad humana.

La posibilidad que la ley le brinda a los terceros de participar en procesos en los que ellos no han sido llamados a intervenir como partes, o a tener un desempeño más o menos importante sin llegar a ser protagonistas, no es un asunto desprovisto de relevancia jurídica ni de garantías procesales. (...) no es una invitación que se limite a simple retórica legislativa: en realidad constituye un conjunto de vías procesales para acceder a la administración de justicia que lleva inherente el respeto, no solamente de sus derechos, sino también de sus respectivas garantías procesales. (...)»

Es por lo anterior que el Tribunal considera que la rematante del bien está legitimada para impugnar la sentencia de distribución del

¹ CSJ. STC. 7. Sep. 2007. Rad. 678-01

producto del remate, en lo que la afecta, puesto que si bien no fue parte, tiene interés para intervenir en la medida que su inconformidad radica en el hecho de no haber sido considerado como gasto el valor que sufragó por impuestos del inmueble, pese a que presentó de manera oportuna la prueba que demostraba tal erogación.

2. En lo que concierne a ese aspecto, se tiene que el artículo 411 del C.G. del P., al prever el trámite de la venta de la cosa común, consagra que en la providencia que así lo disponga, una vez practicado el secuestro “se procederá al remate en la forma prescrita en el proceso ejecutivo”.

Al respecto, el canon 455 del mismo compendio normativo establece en su numeral 7°, entre otros, que: “...del producto del remate el juez deberá reservar la suma necesaria para el pago de impuestos, servicios públicos, cuotas de administración y gastos de parqueo o depósito que se causen hasta la entrega del bien rematado. Si dentro de los diez (10) días siguientes a la entrega del bien al rematante, este no demuestra el monto de las deudas por tales conceptos, el juez ordenará entregar a las partes el dinero reservado”.

3. Aplicadas las anteriores normas al asunto bajo examen, se tiene que el reproche formulado por la apoderada de la señora María Orlinda Sanabria Rincón tiene vocación de prosperar, en atención a que mediante correo electrónico remitido el **9 de julio de 2020** a la dirección de correo electrónico del despacho de primer grado su apoderada elevó solicitud (que reiteró el 17 de septiembre de ese mismo año), con miras a que se ordenara la devolución de la suma de \$662.000 que pagó por concepto de impuesto predial del año 2020 (Cfr. fls. 383-387 archivo 01Folio1a415.pdf contenido en la carpeta 01Cuaderno1 del expediente digital).

Tal pedimento, en criterio de la funcionaria de primera instancia, fue presentado en forma extemporánea, puesto que el bien fue entregado a la rematante el 13 de marzo de 2020; sin embargo, el

Tribunal aprecia lo contrario, si en cuenta se tiene que en este proceso aplicó la suspensión de términos judiciales, en virtud de la pandemia que generó el virus Covid-19, decretada por el Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518 y PCSJA20-11519 desde el 16 hasta el 20 de marzo de 2020; PCSJA20-11521 desde el 21 de marzo hasta el 3 de abril de 2020; PCSJA20-11526 desde el 4 hasta el 12 de abril de 2020; PCSJA20-11532 desde el 13 hasta el 26 de abril de 2020; PCSJA20-11546 desde el 27 de abril hasta el 10 de mayo de 2020; PCSJA20-11549 desde el 11 hasta el 24 de mayo de 2020; PCSJA20-11556 desde el 25 de mayo hasta el 8 de junio de 2020; y en el Acuerdo PCSJA20-11567 desde el 9 hasta el 30 de junio de 2020, ya que en su artículo 1º se consagró que: *“La suspensión de términos judiciales y administrativos en todo el país se levantará a partir del 1 de julio de 2020 de conformidad con las reglas establecidas en el presente Acuerdo”*.

Por tanto, si la entrega del inmueble a la rematante se llevó a cabo el **13 de marzo de 2020**, día viernes, y los términos se suspendieron a partir del lunes siguiente, 16 de marzo, reactivándose el 1º de julio de ese año, no hay duda que la petición de reintegro por el pago del impuesto que elevó el **9 de julio de 2020** mediante correo electrónico remitido al despacho de primera instancia -visible a folio 383 *ibídem*-, fue oportuna, pese a ello no fue considerado extemporáneo.

No obstante, considera la Sala que el impuesto que por el año 2020 sufragó la rematante apelante, \$ 662.000.00, no corre todo a cargo de los anteriores propietarios comuneros, en razón a que a partir de la fecha de entrega del inmueble, 13 de marzo de 2020, el mismo es por cuenta de la nueva propietaria al tener a su entera disposición el disfrute del inmueble.

En consecuencia, se impone modificar la sentencia de primera instancia en el sentido de reservar del producto del remate la suma de \$130.586,301369863, que deberá ser reintegrado a la apelante, el cual

corresponde al valor de los 72 días transcurridos del año 2020, desde el 1 de enero hasta el 12 de marzo, fecha ésta en que pagó el impuesto de ese año, en atención a que desde la entrega le corresponde asumir el valor excedente (\$531.413,698630137) del importe del impuesto (\$662.000).

Dicho monto, se debe aplicar (descontar a las demandantes y demandado) de acuerdo al porcentaje de propiedad de cada uno, en la misma proporción descrita en el fallo, así:

A la señora Ana Mercedes Díaz Gaitán, por su derecho equivalente al 49.999999% le corresponde asumir la suma de \$65.293,14937906849; a la señora Liz Alexandra Díaz Gaitán, por su derecho que equivale al 16.666667% le atañe el valor de \$21.764,38399693151; y al señor Jaime Enrique Díaz Gaitán, por su derecho equivalente al 33.333334% le incumbe la suma de \$43.528,76799386301.

Como consecuencia de lo anterior, se tiene que a cada uno de los intervinientes de debe reconocer y pagar las siguientes sumas de dinero, con la advertencia que para que puedan recibir sumas cerradas, los centavos cuando sean inferiores a cinco se reducen y los superiores se aumenta a la unidad, proceder aceptado contablemente, ante las inexistencia de fracciones en centavos de la moneda:

A la demandante, señora Ana Mercedes Díaz Gaitán, se debe pagar la suma de \$86`278.205,00

A la actora, señora Liz Alexandra Díaz Gaitán se debe pagar la suma de \$28`759.403,00

Al demandado, señor Jaime Enrique Díaz Gaitán, se debe pagar la suma de \$57`831.806,00.

Y a la apelante se le deberá restituir por concepto de la reserva, a que alude la citada norma (que corresponde al valor proporcional del impuesto del año 2020), la suma de \$130.586,00

Lo anterior, atendiendo que el remate del predio se llevó a cabo por \$173'000.000, de acuerdo con lo que se desprende de las piezas procesales que conforman el expediente digital.

4. Corolario de lo anotado, en vista que el reparo formulado contra la sentencia de primera instancia tiene la virtualidad de progresar, se modificará en su ordinal PRIMERO, conforme lo decantado con antelación; y no se impondrá condena en costas de esta instancia a cargo de alguno de los contendientes, ya que no aparecen causadas, si se tiene en cuenta que se abstuvieron de emitir pronunciamiento frente al recurso de apelación que se resuelve (art. 365 num. 8° del C.G. del P.).

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal "**PRIMERO**" de la sentencia que profirió el Juzgado Cuarenta y Dos Civil del Circuito de Bogotá el 9 de diciembre de 2021, en el sentido de:

"ORDENAR la distribución de los dineros producto del remate de la siguiente manera:

- Para ANA MERCEDES DIAZ GAITAN la suma de \$86'278.205,00.

- Para LIZ ALEXANDRA DIAZ GAITAN la suma de \$28'759.403,00
- Para JAIME ENRIQUE DIAZ GAITAN la suma de \$57'831.806,00.
- Para MARÍA ORLINDA SANABRIA RINCÓN (por concepto de reserva del impuesto del año 2020) la suma de \$130.586,00.
- TOTAL \$173'000.000,00”.

SEGUNDO: **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de fecha y procedencia pre anotadas.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia a la parte apelante, por no aparecer causadas.

NOTIFÍQUESE,

Los Magistrados,

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Firmado Por:

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

**División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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

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

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

Código de verificación: **22fbbf24f767a3d52deca8d60e48faafd4f0c6944446fbd3b547473a8b454948**

Documento generado en 30/08/2022 11:09:14 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Bogotá, D.C., treinta de agosto de dos mil veintidós

Ponencia presentada y aprobada en Sala Civil de Decisión, según acta de fecha 29 de junio de 2022.

Proceso: Verbal
Demandante: Jaime Montealegre Muñoz
Demandando: Carlos Augusto Romero Sánchez
Radicación: 110013103042201800576 01
Procedencia: Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá D.C.
Asunto: Apelación de sentencia
SC-024/22.

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación provocado por el demandante contra la sentencia calendada el 21 de septiembre de 2020, emitida por el Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. Jaime Montealegre Muñoz presentó demanda contra Carlos Augusto Romero Sánchez, a fin de que se hicieran las siguientes declaraciones, conforme a la subsanación de la demanda:

1.1. Declarar la lesión enorme del contrato de compraventa contenida en la escritura pública No. 2431 otorgada en la Notaría Quinta del Círculo de Bogotá D.C., el 10 de octubre de 2017, registrada en el folio de matrícula No. 307-46192.

Ordenar el pago por el justo valor comercial del bien citado, el cual está estimado por el arquitecto Germán Silva Sarmiento en \$2.089.038.500, aumentado en una décima parte.

Se conmine al demandado al pago de los perjuicios causados por la lesión enorme, por la compraventa referida.

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

2.1. Jaime Montealegre Muñoz en calidad de vendedor y, Carlos Augusto Romero Sánchez en calidad de comprador, el 10 de octubre de 2017 comparecieron a la Notaría Quinta del Círculo de Bogotá, para suscribir la venta del bien inmueble identificado como “*Lote número (10), subconjunto Hawaii – Propiedad Horizontal*” que hace parte del proyecto Puerto Peñalisa, ubicado en Ricaurte (Cundinamarca).

2.2. El precio de la venta fue de \$800.000.000, suma inferior al 50% del valor del inmueble.

2.3. El citado monto fue aceptado por Jaime Montealegre, ignorando el desmedro que le causaría a su patrimonio, por lo que fue víctima de la mala fe del demandado, toda vez que el comprador se aprovechó de las condiciones del vendedor, desconocedor del negocio inmobiliario y que es persona de avanzada edad.

2.4. El valor del inmueble era de \$2.089.038.500; así, conforme al artículo 1947 del Código Civil el precio fue inferior al 50%, por lo que se causó una lesión enorme.

3. En auto del 11 de enero de 2019¹ se admitió la demanda.

3.1. El demandado, debidamente notificado contestó la demanda², se opuso a las pretensiones y, formuló las excepciones de “*Inexistencia de causa y objeto; Mala fe del demandante y buena fe del demandado; excepción genérica o innominada*”

4. Adelantado todo el trámite que en derecho correspondía, de forma escrita, el *a quo* resolvió el fondo del asunto y negó las pretensiones.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La decisión se fundó en los siguientes argumentos:

Dijo el juzgador de primer grado, que se cumplió el presupuesto de que se trata de un bien inmueble, pues se celebró un contrato de compraventa sobre el bien raíz identificado con folio de matrícula No. 307-46192.

En todo caso, la acción no tiene vocación de prosperidad, por cuanto no se probó que efectivamente recibió menos de la mitad del precio justo. Junto con la demanda se presentó copia del contrato de compraventa, escritura pública; de igual forma, se aportó copia del trabajo pericial elaborado por Germán Silva Sarmiento el cual no se valoraría, teniendo en cuenta que al momento de la presentación de

¹ Folio 66 manuscrito o folio 86 PDF del archivo denominado “01Folio1a139” en “01Cuaderno01Principal”

² Folio288 o folio 156 del archivo PDF denominado “02Folios140a329” en “01Cuaderno01Principal”

la demanda no satisfizo los requisitos del artículo 226 del Código General del Proceso, por lo que se le pidió desde el mismo inadmisorio del 8 de octubre de 2018 que procediera de conformidad y, el apoderado de la parte actora eligió prescindir de la citada prueba. Además, al descorrer las excepciones el actor no arrió otro dictamen, ni solicitó plazo para agregarlo, ni práctica de prueba adicional como lo prevé el artículo 370.

Más allá de los contratos de mutuo que pudieran celebrar las partes, según manifestaron en sus interrogatorios, esos valores no se pueden tener como precio real del inmueble sí se tiene en cuenta que Jaime Montealegre afirmó haber negociado el bien raíz sobre \$2.000.000.0000 y, el demandado sobre \$1.300.000.000 y que posteriormente, el actor lo determinó en \$1.100.000.000. Así, el dicho del demandante no está soportado en prueba alguna, ni mucho menos la manifestación del demandado, porque está basado en un documento que no tiene firma de aceptación.

Por tanto, se tendría como valor aquél descrito en el avalúo adosado por el demandado con la contestación de la demanda, trabajo pericial que estimó en \$1.154.816.721 el valor del bien, de allí que la suma pagada por el predio, no resulta menor al 50% del justiprecio del bien.

LA APELACIÓN

El apoderado de la parte actora formuló recurso de apelación que sustentó en que:

Con las pruebas decretadas y aportadas se logró demostrar el justo precio, esto es, el interrogatorio de parte surtido al demandado, en el que se puede inferir el daño y desmedro que sufrió el actor.

Además, se aportó el dictamen rendido por Germán Silva Sarmiento, el cual desafortunadamente fue aportado en copias y, ante el requerimiento hecho por el Juzgado en auto del 8 de octubre de 2018 (por no cumplir los requisitos del artículo 226 del Código General del Proceso), intentó comunicarse con el perito, lo cual fue infructífero y conllevó a desistir de la prueba. En tal virtud, se contactó a otro perito, pero no se pudo realizar la experticia porque nunca se le permitió el acceso al bien.

Pese a la carga de la prueba impuesta legalmente; en aras de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas y, como quiera que el *a quo* no hizo uso de las facultades otorgadas en los cánones 43 y 170 del estatuto procesal civil, a fin de hacer efectivos los derechos reconocidos por la ley sustancial, era de suyo hacer la indagación respectiva para la verdad material del caso.

CONSIDERACIONES

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

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

3. Establece el artículo 1946 del Código Civil que *“El contrato de compraventa podrá rescindirse por lesión enorme”* y, enseguida el artículo 1947 consigna:

“El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella. El justo precio se refiere al tiempo del contrato.”

4. Sobre la rescisión de la venta por lesión enorme, ha dicho la jurisprudencia:

“7.3. Existe lesión enorme en los contratos onerosos y conmutativos⁹, cuando una de las partes sufre un perjuicio originado en el rompimiento de la equidad que debe existir en las prestaciones mutuas.

En otras palabras, se trata de un daño derivado de la celebración misma del convenio en donde el agraviado interviene, cuya magnitud supondría que éste no participaría en él si fuere consciente de la evidente desproporcionalidad.

Dicha institución normativa, denominada en legislaciones extranjeras como negocio usurario, no busca per sé evitarle a los contratantes obtener ventajas en el perfeccionamiento de un negocio jurídico, sino impedir que tal aprovechamiento resulte abusivo, al punto de romper el equilibrio natural exigido para esa clase de acuerdos.

En el derecho patrio, tal vicisitud negocial es entendida como una incorrección económica, y no un vicio del consentimiento. Por consiguiente, habrá lesión enorme cuando se rebasen los límites mínimos o máximos admisibles dentro del margen establecido por el legislador, para determinar si ella se configuró o no.

Por tratarse de una restricción a la autonomía de la voluntad privada, su aplicación es de carácter excepcional y restringida, por tal motivo, tiene lugar en ciertos negocios jurídicos, como la compraventa, la

permuta, particiones, aceptación de herencia, mutuo con interés, anticresis, hipoteca, censo y clausula penal.”³

En la misma providencia sobre el contrato de compraventa se anotó:

“7.3.2. En relación con el contrato de compraventa, el artículo 1946 del Código Civil establece que podrá rescindirse si alguno de los contratantes sufre “lesión enorme”, y el canon siguiente establece que el vendedor la padece “(...) cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende (...)”, y el comprador, a su vez, si “(...) el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella (...)”, señalando que dicho valor “(...) se refiere al tiempo del contrato (...)”.

En torno a la anotada figura, esta Corte se ha pronunciado en los siguientes términos:

“(...)[F]ue erigida para restablecer la llamada justicia conmutativa, pues es de entender que en los contratos de esa estirpe, en aras de garantizar un mínimo de equilibrio en las relaciones jurídicas, las recíprocas prestaciones deben ser, en cierta medida, proporcionales. Si no existe, por lo tanto, equilibrio entre los beneficios de un acto o contrato y los sacrificios efectuados tendientes a obtenerlos, nace el derecho para solicitar la rescisión del negocio, sin perjuicio, claro está, de que sea consentida o frenada por el contratante contra el cual se pronuncia.

En el contrato de compraventa, concretamente el caso del vendedor lesionado, que es el planteado en el sub-judice, el vicio se estructura ‘cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende’ (artículo 1947 del Código Civil). En ese orden objetivamente, el precio convenido y el justo precio, todo obviamente para la época de la compraventa, o de la promesa de celebrarla, en el evento de que esta preceda a aquella, como lo ha precisado la jurisprudencia, constituyen los elementos a confrontar en pos de establecer si existe la desproporción en la magnitud aludida, porque al fin de cuentas el sustrato de la acción radica en evitar un recíproco e injusto empobrecimiento y enriquecimiento de las partes (...)³⁴

El desequilibrio prestacional entre el valor acordado y el justo precio que da lugar a la rescisión del contrato por laesio ultra dimidium³⁵, debe ocurrir, a la par, con la demostración de los siguientes elementos: (i) la existencia de la desproporción económica en los términos fijados por el artículo 1947 del Código Civil; (ii) debe tratarse de ventas admitidas por el legislador (C.C., art. 1949); (iii) y que la cosa se conserve en poder del comprador (C.C., art. 1951)³⁶.”

5. Guiados por las precedentes nociones, lo conducente en el debate judicial y lo que constituye la cuestión litigiosa, es la confrontación y examen del precio estipulado en la compraventa y el justo valor de la

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC2485-2018 de 3 de julio de 2018. MP. Luis Armando Tolosa Villabona.

cosa vendida, en la fecha de la convención, para deducir si entre las dos existe una diferencia tan apreciable, que ésta se eleve a más de la mitad del justo precio, o a más del doble del estipulado en el contrato.

Siempre que se ejercite dicha clase de proceso y se pretenda averiguar, como en el caso de autos, si el vendedor padeció lesión enorme, hay que acudir a pruebas conducentes, de las cuales, el avalúo del bien raíz objeto del contrato de compraventa es la forma más objetiva e idónea para ello.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

“Para acreditar el justo precio en la lesión enorme existe libertad probatoria, aunque ocupa lugar preponderante el dictamen pericial que sirve para determinar, de manera objetiva y con prescindencia de cualquiera otras consideraciones, cuál era el valor del inmueble a la fecha en que se celebró la promesa de permuta de que aquí se trata; experticia, que dentro del principio de la persuasión racional, el sentenciador no está obligado a aceptarla inexorablemente; por el contrario, está facultado para analizarla en concordancia con su seriedad, claridad y fundamentación para poder acogerla o desestimarla para el citado efecto, exponiendo las razones que el sirven para apreciarla o no. Sobre el tema ha predicado la Sala que “La determinación del justo precio que señala como factor de referencia el precepto acabado de citar, se fija generalmente y como lo ha sostenido esta Corporación, con el dictamen pericial que sobre el inmueble objeto de enajenación se realice en el curso del proceso, no significando con esto, que los resultados de dicho dictamen no estén sujetos a la valoración que de ellos debe llevar a cabo el fallador quien ha de verificar la firmeza de la decisión, precisión, calidad y fundamentos, competencia de los peritos y demás elementos probatorios que obren en el expediente (C.P.C. art. 241), de suerte tal que es dicho juzgador el que determina, apreciando todas las circunstancias del contrato que frente al caso resulten relevantes, ese “justo valor” de la prestación prometida que adolece de manifiesta inequidad económica”⁴

6. En el *sub lite*, la demanda fue propuesta encausada a que se declarara la rescisión del contrato de compraventa del “Lote número (10), subconjunto Hawai – Propiedad Horizontal” que hace parte del proyecto Puerto Peñalisa, ubicado en Ricaurte (Cundinamarca) celebrado entre el señor Montealegre como vendedor y el señor Romero como comprador, mediante la escritura pública No. 2431 otorgada en la Notaría Quinta del Círculo de Bogotá D.C., el 10 de octubre de 2017, registrada en el folio de matrícula No. 307-46192, por supuesta lesión enorme.

Empero, no se arrimó al plenario prueba que acredite el desmedro alegado por el actor; es cierto que con el libelo introductorio se agregó

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, MP. Silvio Fernando Trejos Bueno, referencia: 110013103010199817323-01, Exp. 17323, Bogotá 6 de junio de 2006,

un concepto pericial, pero no lo es menos que en el proveído inadmisorio, de 8 de octubre de 2018, en cuanto a ese trabajo se advirtió que no cumplía con los requisitos 1, 3 al 6 del artículo 226 de la codificación procesal civil vigente, por lo que pidió acomodara la solicitud y lo anexara en la forma y términos legalmente exigidos.

El abogado del demandante optó en el escrito de subsanación por “(...) señalar que renunció a la prueba a que hace referencia este numeral, esto es a la prueba de dictamen pericial”⁵, al abdicar de dicho medio probatorio dejó sin soporte la desproporción aducida en la demanda.

Además, no puede soslayarse que al decretar las pruebas del proceso, expresamente se recordó que del dictamen pericial en copia adosado por el demandante con el escrito introductorio, posteriormente renunció a tal probanza, luego no quedó incluida dentro de las decretadas, y contra tal decisión no se interpuso recurso alguno, por el contrario el ahora recurrente expresamente señaló “sin recursos señora juez”⁶.

Si bien es cierto que, no existe una tarifa legal en materia probatoria; no lo es menos que la idoneidad de la prueba para estos asuntos es la de los peritos, cuyo objeto es “verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos”⁷. En este caso, el medio idóneo para acreditar el precio del predio para el 2017 era el dictamen pericial.

Y es que el argumento del apelante, referente a que no se valoró el interrogatorio de parte del demandado el que, en su criterio, es prueba suficiente para establecer el avalúo del inmueble para la fecha de la escrituración, carece de la trascendencia que persigue se le asigne, toda vez que aquél sostuvo que el precio pactado fue de \$1.100.000.000, al punto que aportó una promesa de compraventa sin firmar y, con algunos *apuntes manuscritos*, que contenía ese valor; por el contrario, nunca confesó que el precio acordado fuera de \$2.000.000.000 o más. Luego, dicha prueba no conllevaba bajo ninguna circunstancia a acreditar el desmedro.

En todo caso, un análisis de cada elemento de convicción, individualmente y en conjunto, no permite establecer que el precio fijado en el contrato en cuestión, fue inferior a la mitad del justo valor de la cosa vendida

Conforme al certificado catastral expedido en mayo de 2019, se asignó al predio un avalúo \$450.890.000⁸; en tanto que el Informe Técnico de Avalúo Comercial, probanzas arrimadas por el extremo demandado, y a su instancia decretadas en audiencia del 27 de enero de 2020, arrojó un justiprecio del bien raíz de \$1.154.816.721 para el

⁵ Folio 65 manuscrito o Folio 84 del archivo PDF denominado “01Folio1a139” en “01Cuaderno01Principal”

⁶ Audiencia de 27 de enero de 2020, 1:31:10

⁷ Artículo 226 de la Ley 1564 de 2012.

⁸ Folio 190 en Archivo 02Folios140a329.pdf. en “01Cuaderno01Principal”

año 2017⁹, citado el experto Julián Enrique Rodríguez quien lo elaboró, se surtió su contradicción en audiencia del 21 de septiembre de 2020.

4. A través del restante reproche, fundado en que ha de darse prevalencia al derecho sustancial sobre el formal, persigue excusar su incuria trasladando la carga probatoria que en el demandante gravitaba al juzgador, diciendo que debía hacer uso de la facultad de decretar prueba de oficio para demostrar el valor del predio.

Tal como lo destacó la juzgadora cognoscente en primer grado, al negar la solicitud que hiciera el apoderado actor para que de oficio se designara perito de la lista de auxiliares de la justicia a fin de que determinara el justo precio del inmueble, el proceder de tal forma surge de la iniciativa del fallador y no a ruego de parte para revivir la oportunidad probatoria desperdiciada ni, como en este caso, para obtener la probanza a la que explícitamente el interesado renunció.

A propósito es importante indicar que el legislador crea parámetros procesales idóneos para lograr la forma efectiva de las distintas tutelas que apuntan al derecho material, establece procedimientos característicos según las necesidades de derecho sustancial. La Constitución le otorga a aquella Rama del Poder Público la facultad de trabajar en el ámbito procesal para que, con ellas, en conjunto con el juez natural, la norma sustancial, el debido proceso se llegue a una resolución de fondo del conflicto suscitado.

El derecho de acceso a la administración de justicia no se satisface con la mera manifestación de una pretensión ante el Juez Natural, con la intención que la Administración de Justicia se pronuncie sobre el caso que se sometió a consideración; por el contrario, se realiza con la protección de las normas procesales y sustancial que, en conjunto, salvaguardan no solo el citado derecho, sino el derecho al debido proceso, defensa y contradicción.

El derecho a la tutela judicial efectiva depende de la acción idónea, vinculada a un procedimiento y técnica capaz de ser el vehículo apto para resolver el conflicto; en otras palabras *“el surgimiento del derecho procesal se transforma en la acción como mecanismo que activa o abre la posibilidad para que un órgano del Estado conozca de una causa”*¹⁰.

En otras palabras, el hacer efectiva la acción implica de una parte, la aplicación correcta del derecho procesal establecido, el análisis probatorio y, en engranaje con el derecho sustancial aplicable al caso.

4.1. En este caso, el actor pretende desconocer el desistimiento que hizo referente a la prueba pericial al subsanar la demanda¹¹; teniendo

⁹ Folios 218 a 287 en Archivo 02Folios140a329.pdf. en "01Cuaderno01Principal"

¹⁰ Castilla Juárez, Karlos, Acceso efectivo a la Justicia, México D.F., 012, Editorial Porrúa.

¹¹ Folio 65 manuscrito o folio 84 del archivo PDF íbidem.-

la oportunidad de solicitar pruebas adicionales conforme al canon 370 del estatuto procesal vigente tampoco lo hizo.

Ignora el recurrente que el artículo 164 de la ley 1564 de 2012, como lo hacía el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, erige el principio de necesidad de la prueba en el baluarte principal de la decisión judicial, de manera que ésta solo sea el reflejo de los medios legal y oportunamente aportados al proceso, necesidad que se revela en cada uno de los sujetos procesales, de acuerdo con su interés frente al debate y que da surgimiento a la dinámica en que se tensan las razones de la dialéctica cuya conclusión debe resolverse a favor de una de ellas y en contra de la otra, conforme a la robustez de sus asertos.

El desconocimiento de este principio por los enfrentados, determina al fallador la adopción de decisión que, en todo caso desate la suerte de los derechos en conflicto, previo señalamiento del sujeto a quien incumbía la carga de probar los supuestos fácticos aducidos en soporte de sus aspiraciones procesales.

Se articula de este modo el sistema con el principio de la carga probatoria contenido en el artículo 167 de la Obra Procesal Civil que hoy rige, 178 de la otrora codificación, en concordancia con el artículo 1757 del Código Civil que instala en la órbita de los contradictores, el gravamen de asumir las actuaciones tendientes a dotar de certeza al juzgador sobre los hechos que alega y en los que edifica sus aspiraciones procesales.

4.1.1. Con miras al triunfo de su aspiración procesal, incumbía al demandante demostrar los presupuestos de la acción que propició, siendo el primero de ellos determinar probatoriamente que para la época del contrato el precio del inmueble estaba muy por encima del valor por el cual se vendió, pero, se itera, desatendió tal carga.

4.2. Ahora, afirmar que era deber del Juez decretar la prueba de oficio que al demandante convenía, no es argumento acertado; en efecto, al respecto ha dicho la Corte:

“No puede perderse de vista que el decreto de pruebas de oficio es un precioso instituto a ser usado de modo forzoso por el juez, cuando en el contexto del caso particularmente analizado esa actividad permita superar una zona de penumbra, o sea, que debe existir un grado de certeza previa indicativo de que al superar ese estado de ignorancia sobre una inferencia concreta y determinada, se esclarecerá una verdad que permitirá decidir con sujeción a los dictados de la justicia. Por lo mismo, no representa una actividad heurística despojada de norte, tiempo y medida, sino del hallazgo de un elemento de juicio que ex ante se vislumbra como necesario, y cuyo contenido sea capaz, por sí, para cambiar el curso de la decisión, todo en procura de lograr el restablecimiento del derecho objetivo, reparar el agravio recibido por las partes y hacer efectivo el derecho sustancial, como manda la Constitución en sus artículos 2º y 228”

Ahora bien, la complejidad en el tratamiento conceptual del tema de las pruebas de oficio ha venido depurándose en la jurisprudencia de la Sala, para distinguir los eventos en los que se está en presencia de un error de derecho (causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil), de otros que dan lugar a la nulidad de lo actuado en el proceso (causal quinta de dicha codificación).

Así lo primero se da cuando “existiendo motivos serios para que acuda a las facultades conferidas por los artículos 179 y 180 del estatuto procesal no lo hace, lo que ocurre, por ejemplo, cuando se requieren para ‘impedir el proferimiento de fallos inhibitorios y para evitar nulidades’ (CSJ SC, 24 Nov. 2008, rad. 1998-00529-01) y en el evento de ser necesarias en la verificación de ‘los hechos relacionados con las alegaciones de las partes’, sin que ello conlleve suplir las cargas desatendidas por estas y que le son propias, sino el esclarecimiento de aquellas situaciones que obstruyen el deber de administrar pronta y cumplida justicia, pero siempre y cuando esa omisión tenga relevancia en la forma como se desató el pleito...

(...)

Pues bien, a la luz de lo anterior no es de extrañar que en sede casación no quepa cuestionar el efectivo decreto de pruebas de oficio, por cuanto acudir efectivamente a esa “facultad-deber”, se encuentra dentro del campo de una discreta discrecionalidad del juzgador, reconocida por el legislador hasta tal punto que, lo prevé el inciso final del artículo 179 del Código de Procedimiento Civil, **“Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso alguno”**.

(...)

”Lo anterior no significa, por supuesto, generar una licencia para el irreflexivo o antojadizo decreto de pruebas de oficio, porque lo ha señalado ya la Corte, “No cualquier hecho, por tanto, puede ser comprobado inquisitivamente, porque de ser así se sorprendería a los extremos de la relación procesal, en desmedro de las garantías mínimas de defensa y contradicción. De ahí que para formar su propio juicio, según la circunstancia de que se trate, el juez no puede salirse de las verdades o realidades objetivas que se encuentren involucradas, ni tampoco puede asaltar las supremas reglas probatorias de la conducencia, la pertinencia y utilidad del medio de convicción oficiosamente decretado”¹².

4.2.1. No puede pregonarse que en el presente caso existe una “zona de penumbra”, simplemente porque el demandante no probó lo que le correspondía acreditar; ni es admisible asegurar que debía darse prevalencia a su derecho, cuando el juez debe garantizar la igualdad de las partes, y en el propósito de otorgar tal garantía no resulta viable

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC1832-2021, de 19 de mayo de 2021. En el mismo sentido sentencia SC4232-2021 de 23 de septiembre de 2021. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

suplir la deficiencia probatoria reemplazando en esa tarea a quien se sustrajo de honrar tal carga.

Ninguna incertidumbre se avizora en el plenario que deba ser esclarecida con una probanza oficiosa, si en consideración se tiene que el demandado aportó un trabajo pericial, cuya contradicción se evacuó en audiencia en la que el experto sustentó su concepto; elemento de convicción que muestra que el precio determinado en la escritura pública de compraventa era justo y proporcional.

5. Corolario de lo dicho se confirmará la decisión impugnada.

DECISION

Con fundamento en la argumentación que antecede, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2020, por el Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Se condena en costas a la parte recurrente.

Notifíquese y cúmplase,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Magistrada

110013103042201800576 01

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Magistrada

110013103042201800576 01

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

Magistrado

110013103042201800576 01

-2-

Firmado Por:

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

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

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

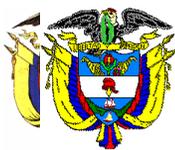
Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **be6bb6494b507ea84710f37e7b42edd0ba94ddf8b2805289218c2bb4bac2c8ea**

Documento generado en 30/08/2022 02:36:27 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá, D.C., treinta de agosto de dos mil veintidós

Proceso: Verbal
Demandante: Jaime Montealegre Muñoz
Demandando: Carlos Augusto Romero Sánchez
Radicación: 110013103042201800576 01
Procedencia: Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá D.C.
Asunto: Apelación de sentencia

Se fijan como agencias en derecho de esta segunda instancia la suma de \$2'500.000,00.

Notifíquese,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

-2-

Firmado Por:

Ruth Elena Galvis Vergara

Magistrada

Sala Civil

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

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

Código de verificación: **4f433793bf80d40bb8e7dc43c0d85e3a5d30bb8951f19097dbcdac0e2cc59418**

Documento generado en 30/08/2022 02:57:58 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

Magistrada Ponente

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Ref. Revisión 00-2018-02749-00

Teniendo en cuenta que las pruebas decretadas ya fueron debidamente practicadas, y a fin de continuar con el trámite que en derecho corresponda se Dispone:

CORRER TRASLADO a cada una de las partes para que aleguen de conclusión, por el término de cinco (5) días, en la forma indicada en el inciso final del artículo 358 del C.G.P.

Cumplido lo anterior ingresen las presentes diligencias para resolver de fondo el asunto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

*Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil
veintidós (2022).*

*Ref: RECURSO EXTRAORDINARIO DE
ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL DE ALC THE ICON S.A.S. contra
CONSTRUCCIONES RUBAU S.A. Exp. 2022-01437-00.*

**MAGISTRADO PONENTE: JORGE EDUARDO
FERREIRA VARGAS.**

*Discutido y Aprobado en Sala de Decisión del 3 de
agosto de 2022.*

*Decide la Corporación el recurso de anulación
interpuesto por la convocada ALC THE ICON S.A.S. contra el laudo arbitral
que promovió CONSTRUCCIONES RUBAU S.A. dictado el seis (6) de abril y
aclarado el veinticinco (25) de abril de dos mil veintidós (2022) por el
respectivo Tribunal de Arbitramento.*

I. ANTECEDENTES

*1.- El 3 de octubre de 2019, la persona jurídica
CONSTRUCCIONES RUBAU S.A. actuando por conducto de apoderado
judicial, presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de
Comercio de Bogotá demanda (posteriormente reformada) pretendiendo
principalmente que se declare, en síntesis, que: i) ALC THE ICON incumplió
las obligaciones contractuales contenidas en el literal A de la cláusula tercera
y cláusula sexta del contrato al haber pagado extemporáneamente varias
facturas; ii) que como consecuencia de ello la convocante tuvo que suspender la
obra incurriendo en gastos de nómina y arrendamiento de maquinaria; iii) que
la convocada incumplió la obligación del inciso A de la cláusula tercera y
párrafo segundo de la cláusula quinta, al no haber efectuado reajustes de
materiales; iv) que la citada adeuda a la demandante la cantidad de formaleta
adquirida pero no ejecutada ni facturada y que se encuentra en posesión de
ICON; v) que en virtud de los proyectos de liquidación negociados entre los
contratantes, la convocada se obligó a comprar a Rubau los materiales y
herramientas necesarias para la finalización de la obra; vi) que ocurrió la
terminación anticipada del contrato por mutuo acuerdo, ante el incumplimiento*

de la demandada. Subsidiariamente, solicitó que se declare la terminación anticipada.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la pasiva al pago de: **a).** \$1.127.855.622 y \$684.352.133 por concepto de capital e intereses de facturas o, en subsidio, de \$78.820.00 suma reconocida por el representante legal de la convocada; **b).** \$51.632.773 por gastos del personal y maquinaria durante la suspensión de la obra; **c).** \$825.136.864 por concepto de reajuste del valor de los materiales del contrato o, en subsidio, de \$364.549.472 reconocidos por el representante legal; **d).** \$71.295.505 por el pago de formaleta o, subsidiariamente, de \$497.665.223; **e).** \$979.340.047 por la maquinaria y materiales pendientes de pago que están en posesión de la demandada; **f).** \$113.480.971 por costos de desmovilización asumidos por la demandante por la terminación anticipada del convenio o, en subsidio, de \$118.229.295; **g).** \$625.099.821 por concepto de la utilidad esperada, o en su defecto, \$651.020.522; **h).** el pago de los perjuicios que se encuentren probados, así como los intereses moratorios sobre cada condena o en subsidio, los corrientes, o bien, los valores indexados. (fls. 20 a 25, ib.).

2.- Las súplicas se apoyan en los fundamentos de hecho que a continuación se sintetizan (pág.4 a 45, Archivo 118756 PRINCIPAL No. 5, Folio 1 -56):

2.1.- El 14 de septiembre del 2016, las partes en litigio celebraron un contrato de obra por el sistema de precios unitarios, cuyo objeto era la ejecución por parte de Construcciones Rubau, de las obras y actividades de Cimentación, Estructura, Cerramientos y divisiones, revestimientos y falsos techos, cubiertas, aislamientos e impermeabilización de las edificaciones que ALC THE ICON S.A.S. construye para el proyecto inmobiliario que se edifica en la Calle 78 No. 57-35 de la ciudad de Barranquilla. El valor de dicha convención se estimó, en principio, en la suma de \$33.373.743.998,55. incluido AIU e IVA. Sin embargo, se convino, igualmente, que el precio podría aumentar o disminuir, y la cuenta final se determinaría luego de multiplicar las actividades efectivamente ejecutadas y los materiales suministrados por los valores unitarios previstos en la cláusula quinta. La duración del contrato era de 24 meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio, pero fue prolongado, hasta el 20 de noviembre del 2020, por acuerdo entre las partes.

2.2.- La contratante, demandada, incumplió de manera grave y reiterada sus obligaciones, pues se abstuvo de pagar a tiempo las obras contratadas, así como de reajustar los valores del convenio, afectando el equilibrio económico del contrato y ocasionando la suspensión en la ejecución. Como consecuencia de ello, se decidió de mutuo acuerdo terminar anticipadamente la relación negocial, a partir del 17 de mayo del 2019. Pese a los intentos de acordar una liquidación no lograron conciliación alguna.

2.3.- ALC THE ICON S.A.S. adeuda actualmente a la convocante sumas de dinero por varios conceptos que no han sido reconocidos,

así como perjuicios e intereses los cuales se estiman, valores que en conjunto se estiman en \$5.482.372.300.

3.- El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá mediante sorteo público designó como árbitro al doctor Pedro Rafael Lafont Pianetta, y el 4 de febrero de 2020 se instaló el Tribunal (página 15, archivo pdf Laudo). Luego de surtidas varias etapas, entre ellas la fijación de sumas y gastos del Tribunal y el árbitro, la admisión del libelo inicial, contestación y llamamiento en garantía a Seguros del Estado S.A., el 15 de octubre del 2020 se admitió la reforma a la demanda y la misma fue contestada, oportunamente, formulándose excepciones de mérito y contrademanda, que igualmente fue reformada. Así mismo, se surtieron llamamientos en garantía a Seguros del Estado y por parte de esta a Inversiones Rubau.

3.1.- En réplica a la demanda arbitral reformada, la sociedad convocada oportunamente, formuló las defensas que denominó: “Improcedencia de pretensiones que violan el contrato y sus otrosies”; incumplimiento del contrato por parte de Rubau” y “cobro de lo no debido”; (Archivo 07) C. Principal 6 Folio 7 -24.11.20 CDA- Contestación reforma demanda).

3.2.- En la demanda de reconvención -reformada- pidió se le declare a «Rubau» civil, contractual y patrimonialmente responsable por el incumplimiento de sus obligaciones, condene a diversas sumas por concepto de cláusula penal, por retrasos en la ejecución, por costos de bodegaje mobiliario, equipos y materiales de construcción; por costo de reparación de obras mal ejecutadas; por incremento indebido en los reajustes de acero y concreto; por reclamación de reajuste de materiales, así como por interese moratorios.

Los presupuestos fácticos se sustentaron en que fue la convocante quien incurrió en retrasos en la ejecución de la obra y posteriormente abandonó la ejecución, haciendo reajustes injustificados de los precios, entre otros.

3.3.- SEGUROS DEL ESTADO S.A. fue inicialmente llamado en garantía por la convocada ALC THE ICON S.A.S. para que se afectara la póliza constituida por RUBAU, con sustento en el incumplimiento de dicha contratista, según se narró en la demanda de mutua petición.

3.3.1.- La citada aseguradora procedió a llamar en garantía a CONSTRUCCIONES RUBAU S.A, a fin de que en el evento en que se le condene por la prosperidad de las pretensiones formuladas por la convocada en su llamamiento en garantía, a su vez, se le condene al reembolso de cualquier suma obligada a pagar, junto con intereses y demás en caso de desatender dicho mandato.

4.- Para el 7 de diciembre de 2021 se cerró la etapa probatoria mediante auto No.56, luego, dentro de la audiencia del 25 de febrero

de 2022 se realizó control de legalidad y se escucharon los alegatos de conclusión de las partes, finalmente, el 6 de abril de 2022, emitió laudo arbitral resolviéndose acoger parcialmente las pretensiones del libelo principal, ordenándole a la convocada ALC THE ICON S.A.S. a pagar a favor de la convocante las sumas de \$154.126.081.37 por los intereses moratorios a que se refiere la pretensión novena; \$30.918.571 por concepto de costos de personal y maquinaria en la suspensión de la obra; \$332.398.926.68, por concepto de reajuste del valor de los materiales probados en este litigio; \$50.662.856.56, por concepto de la formaleta adquirida, no facturada y mantenida en posesión por ALC THE ICON S.A.S.; \$1.004.113.566.06, por concepto de reintegro de los valores retenidos en garantía; \$483.008.461.63 por concepto de los intereses moratorios de las sumas mencionadas en los anteriores literales causados desde el 21 de octubre de 2020 hasta el 6 de abril de 2022.

Así mismo, denegó las pretensiones de la demanda de reconvencción, y se abstuvo de pronunciarse frente a los llamamientos en garantía.

4.1.- Dentro de la oportunidad prevista la parte convocada, así como Seguros del Estado S.A. presentaron solicitud de aclaración, corrección y adición del laudo, la primera en punto de la ausencia de pronunciamiento respecto a una pretensión de la contrademanda, y la segunda, frente a la condena en costas, petición resuelta a favor de la aseguradora citada a través de auto No. 60 del 25 de abril del 2022.

4.2.- La persona jurídica ALC THE ICON S.A.S. interpuso recurso de anulación, solicitando se declare la nulidad de la decisión proferida conforme a la causal prevista en el numeral 7º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

II. EL LAUDO RECURRIDO

5.- Inició el Tribunal de Arbitramento su fallo con la obligatoria síntesis de la demanda y el libelo de reconvencción, su contestación, el llamamiento en garantía y trámite procesal, encontrando presentes los presupuestos procesales y reiterando su competencia, posteriormente, hizo un recuento de las pruebas recaudas, de los alegatos de conclusión y del término de duración del proceso.

Enseguida, efectuó un recuento normativo y doctrinal del contrato de obra, así como de la responsabilidad y el coaseguro en ese tipo de convenio, para luego, entrar al análisis del caso concreto en orden de las pretensiones de la demanda principal como de la reconvencción, con sus respectivas defensas de mérito.

Así, tras los análisis del material probatorio, concluyó la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda principal, con fundamento en que se encontró acreditado el contrato de obra, así como las

obligaciones que se afirman incumplidas, como las del pago de las facturas por avance de obra (cláusula sexta), la obligación del pago de los trabajos ejecutados, materiales suministrados (cláusula sexta), la de revisar y ajustar los precios pactados (cláusula quinta), las consecuenciales de la terminación bilateral del contrato (cláusula décima parágrafo), la de devolución de la retención en garantía (parágrafo segundo de la cláusula sexta modificado por el otro si No.1), etc. Así mismo, señaló, se encuentran acreditados no solo los incumplimientos graves y esenciales de dichas obligaciones, sino también los consecuenciales daños contractuales. De otra parte, se abstuvo de declarar la prosperidad de las pretensiones séptima, octava con su subsidiaria, décimo tercera, décimo cuarta y su subsidiaria, y décima quinta y su subsidiaria y décimo séptima.

Para resolver las defensas contra el libelo inicial, argumentó que las mismas no podían salir airosas, dado que no logró demostrarse violación del contrato por parte del constructor ya que si bien es cierto aquel estaba obligado a realizar y entregar la obra encomendada en los términos del contrato y que en el transcurso hubo interrupción de la misma y terminación unilateral del contrato, ello por sí mismo, en este asunto, no constituyó un abandono de la obra; ni tampoco dicha terminación unilateral, o ilegal, porque, ella resultó imputable al comitente. En ese sentido, expuso que si bien es cierto que la obligación del constructor respecto de la obra es una obligación de resultado dentro del plazo acordado, también lo es que su ejecución se efectúa de manera gradual de acuerdo con el cumplimiento del comitente.

Para denegar los pedimentos de la contrademanda se señaló que la demandante en reconvenición no era contratante cumplida lo que le impedía reclamar la resolución del convenio. En tal sentido, adujo que del material probatorio acopiado se desprende fehacientemente que la causa de las alteraciones de la actividad constructora encomendada a la convocante, tuvo como causa dominante en el contrato, los cumplimientos extemporáneos de dichos avances de obra y la mora en su pago por parte de ALC THE ICON SAS., de modo que si un contratante que ha incumplido e, incluso, si ha dado por terminado unilateralmente un contrato, lo ha hecho por causa que le es imputable al otro contratante, se encuentra autorizado para hacerlo y, por consiguiente, legitimado para reclamarle responsabilidad por los daños y perjuicios que le haya causado; es porque, contrariamente a lo que aduce la convocada su actitud es lícita y moralmente admisible en las relaciones contractuales y en las relaciones de la construcción de obra. Por lo que no puede endilgársele a ese contratante ir en contra de sus propios actos lícitos y morales, sino, por el contrario solo puede reconocerse actuar acorde con la ley y los usos honestos contractuales.

De otro lado, frente a los llamamientos en garantía señaló que, el primero de ellos, efectuado por ALC THE ICON frente a Seguros del Estado no encontraba reunidos los presupuestos de jurisdicción y de demanda en forma para que proceda. Ante tal decisión inhibitoria estimó que resulta inane acudir al estudio del segundo llamamiento, formulado por Seguros del Estado contra Construcciones Rubau.

III. EL RECURSO DE ANULACIÓN

6.- La convocada ALC THE ICON S.A.S. interpuso recurso de anulación en contra del laudo invocando como causal la prevista en el numeral 7° del artículo 41 de la ley 1563 de 20212 (Archivo 100 C. ppal 7) bajo los siguientes fundamentos de orden fáctico, a saber:

6.1.- **Cargo único causal 7ª:** aduce que, en un aparte del laudo, el Tribunal acepta que no existe prueba que fundamente la cuantía del reajuste de precios sobre los materiales solicitados por la parte convocante y, por ende, optará por realizar “una estimación discrecional” y en “equidad”.

Para fundamentar su decisión discrecional y en equidad, hace una ponderación parcial de los dictámenes periciales aportados por las partes, para finalmente, tomar, de manera aislada un valor fijado en el dictamen de contradicción.

En ese sentido, considera que si el Tribunal no encontró soporte de los números que arrojó el perito de la convocante, no tenía que apoyarse exclusivamente en su íntima convicción del caso, prescindiendo de toda consideración probatoria para determinar el valor de la condena por las pretensiones cuarta y quinta de la demanda, omitiendo el mandato del artículo 232 del CGP, a cuyo tenor: “El juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso”.

Traslado a las partes

6.2.- La convocante Construcciones Rubau S.A. alegó que no se cumplen los requisitos establecidos jurisprudencialmente para la prosperidad de la causal, pues en el laudo, el Arbitro: (i) sí valoró las normas aplicables al reajuste de precios, (ii) hizo un análisis minucioso del alcance de la cláusula quinta párrafo tercero y como debe interpretarse, y (iii) valoró las pruebas aportadas por las partes. Así mismo, el laudo determinó que la interpretación auténtica (Código Civil, artículo 1602) del contrato de obra suscrito entre ICON y Construcciones Rubau es que los reajustes a los precios unitarios de los materiales se hacían por acuerdo verbal entre las partes.

Además, en el laudo tras el análisis de los dictámenes periciales, se concluyó que el dictamen de contradicción reconoce algunos reajustes a favor de Construcciones Rubau, y frente a ese valor el H. Arbitro calculó el AIU.

6.3.- Seguros del Estado S.A. aseguró que el recurrente confunde lo que en verdad mencionó el Tribunal Arbitral, quien en

ningún momento hizo alusión a la ausencia de prueba fundamental de la cuantía del reajuste de precios de los materiales, sino que no existía un medio de convicción exacto, y la razón de la afirmación del Tribunal consistió en que consideró infundada la efectuada en el dictamen pericial aportado por la convocante, que lo llevó a desestimarla.

En otros términos, expuso que en el recurso se efectúan aseveraciones tomando apartes aislados del laudo, tendientes a controvertir la manera en la que se realizó la valoración probatoria por parte del árbitro, con la finalidad casi de debatir como si se tratara de una segunda instancia la decisión adoptada, planteando inconformidades respecto a la motivación, pero no porque no fuera adecuada sino más bien contraria a los intereses perseguidos.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

1.- Corresponde a la Corporación conocer de este asunto por expresa disposición de la sección primera, capítulo IV, artículo 38 y siguientes de la Ley 1563 de 2012 “Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”, ejercicio de la función jurisdiccional que se encaminará, en principio, a ejecutar control sobre la ocurrencia de vicios de procedimiento en que pudo incurrir el Tribunal de Arbitramento, alegados ellos a través de la invocación de causales expresamente previstas en la ley, enumeración cerrada que no admite extensiones para cobijar otros motivos, ni tampoco autoriza a introducir al amparo de la nominación formal de una causal, motivos propios del recurso de apelación.

2.- A efecto de arribar a una conclusión certera de si el Laudo Arbitral emitido por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá está incurso en la causal de anulación esgrimida por el extremo convocado, la Sala estima necesario delimitar los aspectos focales del debate, advirtiendo que con el recurso de anulación no se abre de manera alguna la posibilidad al trámite de una segunda instancia, de ahí que se cierra, en principio, toda discusión orientada a examinar el fondo del asunto debatido respecto a la razonabilidad y juridicidad de los criterios expresados por el Tribunal Arbitral que sirvieron para fundar su decisión, pues esta Corporación Judicial en sede del recurso de anulación no funge como superior funcional, en razón a que el proceso arbitral es de única instancia, por lo que este recurso es un mecanismo excepcional instituido, en principio, sólo para corregir violaciones flagrantes al ordenamiento jurídico y, de manera excepcional, por vicios de juzgamiento, causales 8ª y 9ª de la Ley 1563 de 2012.

2.1.- De manera que, atendiendo la naturaleza del recurso extraordinario de anulación, de vieja data la jurisprudencia ha

precisado insistentemente que la intervención judicial tiene por objeto únicamente el examen relacionado con la eventual contradicción en las decisiones tomadas en el Laudo de las cuales da cuenta el convocante o la parte convocada, en otras palabras, la decisión que se tome tendrá sólo como objeto el análisis de errores “in procedendo”, en virtud a que el recurso en cuestión tiene por finalidad examinar exclusivamente la actividad formal o procesal del trámite a través de las causales previstas taxativamente en la ley, que tengan el mérito de anular el laudo, conforme lo enseña la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y Agraria- en providencia de 13 de junio de 1990, cuando expresó:

“Más todavía: para poner a salvo la estricta observancia de toda esa actividad in procedendo, y garantizar subsecuentemente el superlativo derecho de defensa de las partes, la ley colombiana vigente previó positivamente la imposibilidad de impugnar el laudo, instituyendo al efecto el “recurso de anulación del laudo” (art. 2020 del Código de Comercio hoy 37 del decreto premencionado 2279 de 1989)”.

*“Acerca de este medio de impugnación es preciso señalar que su procedencia está restringida en gran medida, y de manera particular porque sólo es dable alegar a través de él las precisas causales que taxativamente enumera la ley con lo que es bastante para destacar que se trata de un recurso limitado y dispositivo. Su naturaleza jurídica especial así advertida, sube más de punto si se observa que a través de dichas causales no es posible obtener, stricto sensu, que la cuestión material dirimida por los árbitros pueda ser reexaminada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial que conozca de la impugnación. **No se trata, pues, de un recurso para revisar o replantear lo que ya fue objeto de decisión mediante arbitramento, como que en tal caso, entre otras cosas, muy fácil quedaría desnaturalizar la teleología de acudir a ese tipo de administración de justicia. Si tal se permitiese, ciertamente en nada habrían avanzado las partes.**”*

“Por el contrario, las causales de anulación del laudo miran es el aspecto procedimental del arbitraje, y están inspiradas porque los más preciados derechos de los litigantes no hayan resultado conculcados por la desviación procesal del arbitramento.”

*“Ha de subrayarse entonces, que **el Tribunal Superior a quien corresponde decidir el recurso de anulación del laudo, tiene en verdad una competencia específica, limitada y restringida, acorde justamente con la naturaleza indicada de la impugnación de que conoce.** En la sentencia con que decida el recurso, pues, normalmente debe declarar si él alcanza, o no, prosperidad, y en el primer supuesto, disponer lo que sea menester teniendo en mira lo que sobre el particular también dispuso expresamente la ley. Dicho en otros términos, en la sentencia debe haber un pronunciamiento acerca de si el laudo en verdad está afectado de nulidad, lo que sólo ocurrirá si a su turno se abren paso las causales legales invocadas; caso contrario, declarar infundado el recurso”.*

En el mismo sentido, se pronunció el Consejo de

Estado:

*“El recurso de anulación de laudos arbitrales, es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, sin que constituya una instancia más dentro del correspondiente proceso. La finalidad del recurso se orienta a cuestionar la decisión arbitral por errores in procedendo (por violación de leyes procesales), que comprometen la ritualidad de las actuaciones, por quebrantar normas reguladoras de la actividad procesal, desviar el juicio o vulnerar las garantías del derecho de defensa y del debido proceso. Mediante el recurso extraordinario de anulación no es posible atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, errores in iudicando (por violación de leyes sustantivas), es decir, si el Tribunal obró o no conforme al derecho sustancial (falta de aplicación de la ley sustantiva, indebida aplicación o interpretación errónea), **ni plantear o revivir un nuevo debate probatorio o considerar si hubo o no un error en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente Tribunal, puesto que el juez de anulación no es superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento y, en consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo para modificar sus decisiones, por no compartir sus razonamientos o criterios. Tal como ya se indicó esta Corporación ha sostenido, que el recurso de anulación tiene su centro sobre el principio cardinal de preservar la legalidad del procedimiento, razón por la cual, por regla general, sólo es posible examinar el laudo arbitral por la existencia de vicios de procedimiento (in procedendo) en los cuales haya podido incurrir el tribunal de arbitramento y de manera excepcional por vicios de fondo (in iudicando)...”¹.***

En suma, el recurso de anulación no es una oportunidad procesal adicional, complementaria o alternativa dentro del proceso arbitral, por lo que no viene a ser la vía para proponer una nueva lectura, desde cualquier otra perspectiva, del diferendo que suscitó la convocatoria de los árbitros, ni para relucir conclusiones probatorias más intrépidas que cambien el sentido del fallo, pues, se itera, el laudo es incontrovertible en su materia, efecto al que se atienen los particulares cuando renuncian a la jurisdicción estatal.

2.2.- Preciado el anterior norte jurisprudencial, importa advertir que, en estrictez no siempre el recurso de anulación tiene un sentido formal, habida cuenta que si hipotéticamente prospera una cualquiera de las causales de anulación contempladas en los numerales 8º y 9º del **Art. 41 de la Ley 1563 de 2012**, inexorablemente, le corresponde al Tribunal, en el control judicial que del laudo se haga, entrar por contera a corregir o adicionar el mismo, tal como lo señala el art. 43 ibídem, lo que de suyo implica inevitablemente considerar el fondo del asunto en forma excepcional y ello se configura cuando el fallo arbitral adolece de errores aritméticos que pueden variar la decisión de fondo, disposiciones contradictorias, haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido o no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

¹ Cfr. C.E. Sección Tercera Subsección C. Sent. 10-09-2014. C.P. Olga Melida Valle de la Hoz. Exp. No. 11001-03-26-000-2014-00036-00.

*En este mismo sentido, la Doctrina Nacional ha expresado: “De llegar a prosperar las causales de nulidad absoluta del pacto proveniente de objeto o causa ilícita, la de indebida constitución del tribunal, la de haber dejado de practicar pruebas sin fundamento legal, la de haberse proferido el laudo después de vencido el término de duración del proceso, o la de haberse fallado en conciencia y no en derecho, se declarará la nulidad del laudo. Es decir, en tal caso, la controversia queda como si no hubiere sido sometida a un tribunal de arbitramento, y las partes en libertad de acudir a la jurisdicción ordinaria o contencioso-administrativa, para dirimir el litigio. Los árbitros perderán el derecho a la segunda mitad de los honorarios si prospera una cualquiera de las causales de indebida constitución del tribunal, la de haber dejado de practicar pruebas sin fundamento legal, la de haberse proferido el laudo después de vencido el término de duración del proceso, o la de haberse fallado en conciencia y no en derecho. Esta sanción pecuniaria tiene sentido, porque el vicio que genera la anulación es imputable al descuido, negligencia e impericia de los árbitros. **Si prospera otra cualquiera de las causales, la autoridad que resuelva el recurso corregirá o adicionará el laudo. Por ejemplo, si prospera la causal de no haberse decidido cuestiones que estuvieron sujetas al arbitramento, la autoridad judicial respectiva proferirá fallo complementario. Lo mismo si prospera la causal de un error aritmético, en cuyo caso, se adoptará la corrección que sea del caso.**”² (Negritas fuera del texto).*

3.- Examinado el recurso que ocupa la atención de la Corporación a la luz de las anteriores directrices, ab-initio se establece que la causal esgrimida por el recurrente no puede abrirse paso porque el discurso argumentativo planteado por el censor claramente contiene reproches en cuanto a la decisión que, en el fondo, tomó el Tribunal Arbitral, más no frente a los posibles yerros que éste contenga, como pasa a verse.

Cargo objeto de análisis

4.- Descendiendo al caso sub-judice, memorase que la causal invocada por el recurrente para atacar el Laudo Arbitral es aquella señalada en el numeral 7° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, que se configura cuando los árbitros profieren su fallo “en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”.

Sobre el alcance legal de la causal en cita el Consejo de Estado ha sostenido, como criterio básico y constante, “que el fallo en derecho debe observar el ordenamiento jurídico, de allí que el marco de referencia sólo está en él. Por esa razón, el juez no sólo se encuentra sometido a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral, sino a las normas sustantivas que rigen los derechos pretendidos, no pudiendo conocer sino lo permitido en la ley. En cambio, cuando el juez decide en conciencia se mueve en un marco diferente, más amplio, porque, como lo dice la jurisprudencia,

² Ramiro Bejarano Guzmán. *Procesos Declarativos*. págs. 463 y 464

cuando actúa así tiene la facultad de decidir conforme a la equidad o según su leal saber y entender o verdad sabida y buena fe guardada -ex aequo et bono-. **En este orden de ideas, sólo cuando el fallo deje de lado, de manera evidente, el marco jurídico que tiene de referencia, podrá asimilarse a un fallo en conciencia**”³. (Énfasis de la Sala).

5.- Ahora bien, se tiene por averiguado de vieja data que, para que se configure la causal 6ª de anulación del laudo que traía el Decreto 1818 de 1988 y que recogió la Ley 1563 de 2012 en su artículo 41 numeral 7º, el juez debe dictar la providencia sin efectuar razonamientos de orden jurídico, prescindiendo de las normas jurídicas y de acuerdo con su íntima convicción en relación con el deber ser y la solución recta y justa del litigio, luego de examinar los hechos, las pruebas y de valorar bajo su libre criterio y el sentido común las circunstancias de tiempo, modo y lugar que provocaron la controversia. De conformidad con reiterada jurisprudencia, el fallo en conciencia se presenta cuando el juez toma determinaciones siguiendo lo que le dicta su propio fuero interno, según su leal saber y entender, basado exclusivamente en el principio de la equidad”⁴.

5.1.- Analizado el caso concreto, advierte la Sala que los yerros atribuidos no pueden predicarse de la decisión proferida por el Tribunal Arbitral, pues refulge de sus consideraciones que, ésta no solo está debidamente fundamentada, sino que la misma estriba en la normatividad aplicable al caso concreto y la jurisprudencia que se adecua al asunto, amén de un examen crítico y razonado de la totalidad de los medios de convicción recaudados a lo largo del juicio, estudiando la conducta contractual de las partes.

Ha de verse que, a juicio del recurrente, el Tribunal Arbitral falló en equidad al afirmar en su fundamentación para resolver las pretensiones cuarta y quinta de la demanda reformada inicial que existía certeza sobre el daño, pero no sobre la determinación o, entiéndase, tasación del mismo, por lo que procedería, tras una ponderación de los dictámenes periciales a hacer una estimación discrecional del mismo, aceptando que no existe prueba que fundamente la cuantía del reajuste de precios sobre los materiales solicitados por la parte convocante.

5.2.- No obstante lo anterior, a juicio de esta Corporación, la sola mención de las palabras «equidad», «estimación», «discrecional», y «ponderación» no significa la estructuración de la causal alegada, pues dicha terminología no determina que el árbitro hubiese acudido a su solo criterio y razonamiento para imponer las condenas, como con claridad se desprende de la lectura del fallo.

Ciertamente los criterios utilizados en ese específico y limitado aparte del Laudo no pueden tomarse en forma aislada, como lo pretende el recurrente, para pretender obtener la anulación de la decisión,

³ Cfr. C.E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sent. 12-02-2014. C.P: Enrique Gil Botero. Exp. No. 11001-03-26-000-2013-00048- 00(46779).

⁴ C.E. Sentencia 5362 del 29 de febrero de 2012. Exp. No. 2010-00054-00. Consejero Pon. Olga Melida Valle de la Hoz.

máxime cuando se advierte que, en la narrativa y explicación de sus argumentos, el operador acudió a preceptos legales y jurisprudenciales, así como a la valoración probatoria de los dictámenes periciales en los cuales sustentó su decisión de condena, sin que sea este el escenario en el que pueda, como si de una instancia adicional se tratara, imponerse un criterio diferente, soslayando al análisis probatorio realizado por el Tribunal de arbitramento.

Y es que una lectura armónica del aparte que censura la aquí demandante, ALC THE ICON S.A.S., permite ver que, además de los párrafos que citó en su escrito de demanda de anulación, el Tribunal Arbitral expuso, para acceder a las condenas de las pretensiones cuarta y quinta y estimar la tasación del daño, que:

*“(…) 2º.1.- **Obligación de reajuste de valores de materiales.**- Sobre este punto el Tribunal encuentra acreditado en el contrato el convenio sobre la procedencia de la revisión y el “reajuste del valor de los materiales” en caso de “variación (incremento o decremento) igual o superior al diez por ciento (10%) de los precios unitarios señalados en este contrato”, aportando las cotizaciones o precios de los materiales (cláusula quinta parágrafo tercero). Por lo que para su consideración estima el Tribunal indispensable precisar su contenido, procedencia, interpretación, aplicación, administración, monto de lo debido y la mora causada.*

*En primer término, en cuanto al contenido encuentra el Tribunal que el referido convenio **encierra una cláusula de reajuste de carácter especial** por sus efectos y regulación:*

*Lo primero obedece a que la citada cláusula consagra la obligación de “revisar el contrato”; y lo segundo, porque en ella misma se conviene la obligación y forma de hacerlo, al señalar que debe efectuarse para “ajustar los precios aplicables a los mismos **trasladando los precios al contrato**” (lo subrayado es del Tribunal).*

*En segundo término, en cuanto a **la documentación allí exigida para su procedencia**, también encuentra el Tribunal que ella si bien no es una condición para el nacimiento del derecho al reajuste, si lo es para la verificación y concreción posterior que se haga extrajudicialmente durante la ejecución del contrato, sin perjuicio, desde luego, de la amplitud de que gozan los jueces en caso de que se plantee la controversia judicial.*

*Sin embargo, como quiera que dicho acuerdo procedimental persigue que las partes obren dentro de la ejecución eficientemente y de buena fe, de acuerdo con las realidades del mercado y conforme con las necesidades reales de la obra, ello exige de parte de los mismos contratantes el ejercicio del control necesario durante la ejecución del contrato, mediante las exigencias, verificaciones y reclamaciones pertinentes que se hayan convenido. Por esa razón el Tribunal encuentra que, si bien al comitente le corresponde la **facultad de exigir las cotizaciones, listas de precios** y demás documentos necesarios para el reconocimiento de las actas de obra y, en consecuencia, para autorizar los pagos periódicos pertinentes, también lo es*

que correspondía a la empresa constructora proceder a la colaboración en ese sentido. Por lo que si, como lo reconoció en la demanda (hecho No.3.3.4.), la convocante **no allegó las cotizaciones** y las listas de precios, sino exclusivamente las facturas correspondientes, lógicamente encuentra el Tribunal, de un lado, que el comitente en este caso se ajustó al convenio, y, del otro, que en otros eventos **el mismo comitente, en interpretación práctica del contrato, por el contrario procedió a hacer los ajustes en las actas de obra No.26 (factura 551 por \$175.740.026), No.27 (factura No.555 por \$50.787.893) y No.30 (factura No.565 por \$35.513.016).** Y eso lo corrobora el interventor Antonio Linde Contreras, quien afirmó que por ser las formaletas unos medios auxiliares necesarios para la construcción de concretos, muros y columnas, y para evitar pérdidas en la construcción, sus valores también fueron reconocidos en su oportunidad.

Pero para establecer el acierto o no de esta interpretación, este Tribunal considera indispensable acudir a las **reglas de interpretación** que determinan el alcance y carácter vinculatorio de dicha cláusula, dentro de las cuales se destaca en el caso sub examine, la **aplicación práctica y la intención de los contratantes** (Arts.1602, 1622, inciso 3°, y 1618 del C.Civil). Pues a pesar de que no existe prueba documental que claramente respalde la aplicación práctica de dicho reajuste, tal como se desprende de los dictámenes periciales respectivamente aportados por la convocante y la convocada (como se infiere de los silencios en las respuestas dadas a la pregunta 1.3.b), también lo es que resulta suficiente para esclarecer el alcance de dicha cláusula acudir tanto a la intención de los contratantes como a la razón de su convenio. Y de acuerdo a lo primero, el Tribunal reconoce singular credibilidad al entendimiento que a dicha cláusula le daban los mismos contratantes, a través de sus intervinientes, pues el reajuste se hizo teniendo en cuenta el exceso superior al diez (10%) por ciento del incremento o, en su caso, del decremento, tal como lo indicaba el testigo Gustavo Sánchez, cuando afirma que en el caso de incremento de cien a ciento doce, el reajuste era de dos y en el evento de **decremento de cien a ochenta y ocho, la rebaja o ahorro era de dos.**

En tercer término, también encuentra el Tribunal que si bien la referida cláusula es clara en la determinación de la **procedencia del reajuste de valores de los materiales en caso de variaciones de los precios superiores al diez por ciento**, también lo es que resulta insuficiente en la precisión del monto o cantidad que debe tenerse en cuenta para el reajuste, pues no precisa si el monto a tener en cuenta es todo el valor que cumpla esa condición (v.gr. el 11%, el 15% o el 20%), o si solo es el exceso correspondiente una vez descontado el 10% (v.gr. el 1%, el 5% o el 10%).

Siendo así las cosas, encuentra el Tribunal que, de acuerdo con la **regulación y finalidad de dicha cláusula, su alcance no puede ser otro distinto al de considerar que el valor a reajustar es el exceso de lo que supera el 10%.** Porque, si dicha cláusula contempla una regulación de riesgo recíproco para ambas partes contratantes, en el sentido de que toda variación inferior al 10% no da lugar a reajuste, asumiendo cada una de ellas el riesgo de la variación de precios en incremento o decremento, ello indica que

*solamente procede el reajuste cuando la cantidad es superior a dicho porcentaje. Y porque si la variación del precio es superior al 10%, es porque el reajuste resulta procedente, no en el 10% inicial, que asumen ambas partes contratantes, sino en el exceso del mismo, lo cual resulta perfectamente lógico que la variación no superior al 10% no dé lugar a reajuste, en tanto que el exceso del mismo si dé lugar al reajuste. **En cambio, resultaría ilógico que la variación no superior al 10% no diera lugar a reajuste, en tanto que siendo superior a ese porcentaje, procediera el reajuste tanto en el exceso (1%, 5% o 10%) como en el 10% inicial.***

*Por consiguiente, de acuerdo con el acervo probatorio, **el contenido y la finalidad de la referida cláusula**, no tiene otro alcance que la procedencia del reajuste cuando la variación de precios sea superior al 10%, reajuste que solo recae sobre el exceso de dicho porcentaje. Por lo que, en este punto, resulta infundado el dictamen aportado por la convocante, en cuanto incluye para efectos del reajuste la totalidad de toda variación superior al 10% y no exclusivamente el exceso del mismo. En tanto que, por el contrario, se ajusta a dicho alcance, el dictamen de contradicción aportado por la convocada. Por lo que como se verá en el estudio de las excepciones, **no existe cobro indebido de dicho reajuste de materiales.***

*En cuarto término, en cuanto **a la aplicación de la referida cláusula al caso sub examine**, en el sentido que se ha mencionado, encuentra el Tribunal que si bien ella resulta procedente, por cuanto se encuentra acreditada **la variación de los precios en los materiales de acero reforzado, concreto fundido y alambre negro, por cuanto su variación fue superior al 10%**, tal como lo revelan los soportes documentales y los reconocimientos del dictamen pericial aportado por la parte convocante, que también tiene en cuenta este Tribunal, no es menos cierto que **no existe prueba debidamente fundada de la cuantificación del reajuste que corresponda a dicha variación**. Pues la recogida en el dictamen presentado por la convocante de un total de \$825.136.864.00 (en la tabla No.17), al basarse en un reajuste sobre la totalidad y no sobre el exceso de las variaciones del precio superior al 10% (como se deduce de la respuesta al literal b del num.1.3. del dictamen), **resulta entonces infundado**, de acuerdo con el alcance de lo convenido en el contrato, por lo que el Tribunal lo desestima en dicha cuantificación. Sin embargo, ciertamente, tal como lo expresa la convocada, existe diferencia entre el valor cobrado (\$205.257.684) y el valor de compra de dichos elementos a los proveedores (\$85.225.268), entre la cantidad facturada (52.282 kilos) y la cantidad comprada a proveedores (24.142 kilos) de alambre y demás materiales susceptibles de reajuste, que, a pesar de reconocer implícitamente el daño sufrido por la convocante debido al no reajuste de precios hecho oportunamente, no es menos cierto que, dada la certidumbre de la existencia de dicho daño, pero la incertidumbre cuantitativa del mismo, se impone entonces, conforme a la ley que más adelante se menciona, proceder a la reparación equitativa de dicho daño de cuantía incierta (...)*

Luego de esos razonamientos, el árbitro determinó que: “... existiendo certeza sobre la existencia del daño, sin prueba exacta de la determinación del mismo, corresponderá entonces al Tribunal hacer una

*estimación discrecional, teniendo en cuenta, de un lado, otros medios probatorios relativos al reconocimiento de los daños, y, del otro, la equidad, **de conformidad con la ley (Arts.871, 7º. y 822 del C. de Co.; Arts.1622, inciso 3º., 1618 del C.Civil; Arts.283, inciso final, C.G.P.; y Art. 7.4.3.-3 Unidroit) (...)***” (Subraya la Sala).

*Para concluir “...con fundamento en la cuantificación de ambos dictámenes en la forma anteriormente señalada, el Tribunal **reconoce por ajuste de valores de materiales y AIU la cantidad total de \$332.398.926.68,** con lo cual prosperan parcialmente, de un lado las pretensiones cuarta y quinta de la demanda, por la interpretación que se ha dado a la forma de aplicar el mayor valor que da lugar al reajuste, así como la décima primera en tanto que se reconoce un valor inferior al pedido. Vistas las anteriores decisiones, no resulta necesario pronunciarse sobre la pretensión décima primera subsidiaria”.*

5.3.- *De lo antes literalizado que corresponde a un extracto de las consideraciones vertidas en el aparte del laudo ahora cuestionado, se establece sin dificultad que a la decisión acusada le precedió el estudio y análisis del material probatorio acopiado, el que dio como resultado una decisión en derecho, o expresado en otros términos, el mismo se encuentra debidamente fundado en las pruebas -dictámenes periciales- y las estipulaciones del contrato de obra que regulan la materia planteada, independientemente que la parte recurrente no comparta esos fundamentos jurídicos. Aspecto este ajeno al recurso extraordinario y, que en esta ocasión esos motivos de disenso se han amparado con el argumento de enfrentar un fallo en equidad, que no lo es, como viene de anotarse, más aún cuando se echa de menos que esa cadena argumentativa, señalada de antojadiza y ajena al orden jurídico refulja, sea manifiesta y nítida en el laudo atacado, sin que sea necesario descender al fondo de la cuestión litigiosa.*

5.4.- *En tales circunstancias, pertinente resulta recordar que el recurso de anulación no fue establecido por el legislador como una segunda instancia, de ahí que las argumentaciones efectuadas por el recurrente en punto de una indebida valoración probatoria, escapan del propósito del mismo, en la medida que a través de este medio procesal no es procedente entrar a controvertir las pruebas ni mucho menos la forma en que fueron ponderadas por el Tribunal del Arbitramento.*

Al respecto, es procedente traer a colación lo dicho por el Consejo de Estado frente a la causal 6ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998,-“Haberse fallado en conciencia, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”, precisó:

*“En suma de lo anterior, solo cuando el fallo que se dice en derecho deje de lado, en forma ostensible, el marco jurídico que deba acatar, para basarse en la mera equidad, podrá asimilarse a un fallo en conciencia. Porque si el juez adquiere la certeza que requiera para otorgar el derecho disputado **con apoyo en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, ese fallo será en derecho,** así no hable del mérito que le da a*

determinado medio o al conjunto de todos”.

“En el mismo sentido, puede decirse que el desconocimiento de una norma jurídica por parte del Tribunal de Arbitramento, valga decir, su inaplicación en un caso concreto, tampoco da lugar a que se concluya que el laudo, en ese aspecto particular, fue proferido en conciencia, a menos que resulte evidente que aquél pretendió basarse en la mera equidad. (...)”⁵.

En otro pronunciamiento, en vigencia del Decreto 1818 de 1998 se dijo:

“(...) que si en el laudo se hace la más mínima referencia al derecho, entendido en su más amplia acepción (normas de derecho positivo, principios generales, doctrina constitucional, o jurisprudencia) es calificable como en derecho y no en conciencia. El fallo en conciencia se caracteriza porque el juez dicta la providencia sin efectuar razonamientos de orden jurídico; toma determinaciones siguiendo lo que le dicta su propia conciencia, basado o no en el principio de la equidad, de manera que bien puede identificarse con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada”⁶.

5.5.- Conforme los anteriores fundamentos fácticos y jurídicos, la Sala habrá de declarar infundados los argumentos planteados por la sociedad convocada -aquí recurrente-, que desembocaron en una personal conclusión en torno a haberse aplicado en la decisión cuestionada un criterio de razonabilidad, de sentido común, de equidad y a lo que un hombre justo pensaría, apartándose así de la prueba material y de la sana crítica para fallar en conciencia, sumado a la circunstancia que los aspectos planteados pretenden es convertir a este recurso extraordinario de anulación en una segunda instancia, olvidando por completo el inconforme, que por regla general y en principio, aquí solo se debaten errores de procedimiento, los cuales en verdad no se avizoran, por lo que viene de anotarse.

6.- Teniendo las cosas el cariz descrito, se impone como se puntualizó al inicio, negar la prosperidad del recurso de anulación, con la consecuente condena en costas a la parte recurrente.

V. DECISIÓN

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

⁵ Cfr. C. E. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sent. 11 -04-2002 exp. 11001-03-26-000-2001-0058 01.

⁶ C. E. Sección Tercera, febrero 8 de 2.001, exp. 18411

RESUELVE:

1.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de anulación interpuesto por la convocada ALC THE ICON S.A.S contra el laudo arbitral que promovió CONSTRUCCIONES RUBAU S.A., dictado el seis (6) de abril dos mil veintidós (2022) por el respectivo Tribunal de Arbitramento.

2.- CONDENAR en costas a la parte recurrente Tásense.

2.1.- De conformidad con lo previsto en el artículo 366 del C. G. del P., en la liquidación de costas causadas en esta instancia, inclúyase como Agencias en Derecho la suma de cuatro (4) salarios mínimos legales vigentes atendiendo las previsiones del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016. Por Secretaría, procédase a la elaboración de la misma.

3.- Cumplido lo anterior, devuélvase el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
MAGISTRADA

MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
MAGISTRADA

Firmado Por:

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

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

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Ruth Elena Galvis Vergara

Magistrada

Sala Civil

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

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

Código de verificación: **d9c81f595796ecc6a9c678c4e19a7ee611fa45187d96a92c50a822dcde40ba41**

Documento generado en 30/08/2022 12:43:07 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Magistrada Ponente: **AÍDA VICTORIA LOZANO RICO**

Ref. Proceso verbal de responsabilidad civil extracontractual de **SADITH MARÍA ARRÁZOLA TIQUE** y otros contra **CLÍNICA JUAN N CORPAS LTDA.** (Apelación de auto). **Rad.** 11001-3103-001-2021-00308-01.

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintidós (2022).

I. ASUNTO A RESOLVER

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra el auto proferido el 25 de abril de 2022¹, por el Juzgado Primero Civil del Circuito de esta urbe, a través del cual negó la solicitud de nulidad procesal alegada por ese extremo de la litis.

II. ANTECEDENTES

1. Mediante proveído del 2 de septiembre de 2021, fue admitida la demanda instaurada por Sadith María Arrázola Tique, Adriana Guzmán Tique y José Carlos Julio Sarmiento Peña en nombre propio y en representación de la menor S.D.S.T.² contra la Clínica Juan N Corpas Ltda. Conjuntamente, se ordenó la notificación a la accionada conforme lo disponen los cánones 6 y 8 del Decreto Legislativo 806 de 2020 y que se le diera traslado del libelo introductorio por el término de 20 días³.

2. Tras la remisión electrónica de las actuaciones tendientes a la intimación, en providencia del 31 de enero del presente año, se advirtió la

¹ Archivo "031AutoResuelveNulidadNotificacion.pdf" del "C-1 PRINCIPAL".

² En aplicación de lo dispuesto en el artículo 47 del Código de la Infancia y Adolescencia, armonizado con el canon 7 de la Ley 1581 de 2012, se omiten los nombres de la menor de edad.

³ Archivo "005AutoAdmiteResponsabilidadExtra.pdf" del "C-1 PRINCIPAL".

integración del contradictorio y la actitud silente de la convocada por no pronunciarse sobre el escrito genitor⁴.

3. El 23 de marzo de 2022, la demandada pidió que se tuviera notificada por conducta concluyente, en atención a que desconocía el fundamento de la acción impetrada, pues creyó que se trataba de una pertenencia por el telegrama que remitió el Estrado de primer grado⁵.

4. Ese pedimento fue negado el día 28 siguiente, en consideración a que había sido enterada a través de la forma prevista en el artículo 6 del Decreto ya memorado, por haberse enviado a la dirección electrónica dispuesta para notificaciones judiciales, la demanda, sus anexos y el auto admisorio, a la par se le reconoció personería jurídica a la abogada que representada al ente accionado⁶.

5. El 4 de abril de 2022, la Clínica accionada cuestionó esa determinación mediante reposición y, en subsidio apelación, para lo cual argumentó que la vinculación siempre debe garantizar el debido proceso del destinatario. Expresó que la demandante combinó el régimen del canon 8 del Decreto Legislativo 806 de 2020 con el de los artículos 291 y 292 del C.G.P., confundiéndola acerca de la normatividad aplicable. Aunado a ello, aseguró que esas comunicaciones adolecían de los requisitos establecidos en cada previsión⁷; en esa misma data promovió incidente de nulidad con fundamento en el numeral 8 del artículo 133 del C.G.P., pues en su concepto no fue debidamente enterada del auto admisorio⁸.

6. El 25 de abril pasado, el *a-quo* mantuvo su decisión, tras considerar que sí fue remitido el libelo y el auto admisorio a la dirección electrónica de la accionada⁹; además, en auto de esa misma fecha negó ese motivo de invalidez, en virtud a que días antes de su radicación, específicamente,

⁴ Archivo "010AutoTieneEnCuenatNotificación.pdf" del "C-1 PRINCIPAL".

⁵ Archivo "022SolicitanNotificarseConcluyente.pdf" del "C-1 PRINCIPAL".

⁶ Archivo "023AutoNiegaSolicitudyFijaFecha.pdf" del "C-1 PRINCIPAL".

⁷ Archivo "026AllegaRecursoDeReposicionCorreo.pdf" del "C-1 PRINCIPAL".

⁸ Archivo "027AllegaIncidenteDeNulidadCorreo.pdf" del "C-1 PRINCIPAL".

⁹ Archivo "030AutoResuelveRecursoNotificación.pdf" del "C-1 PRINCIPAL".

el 18 de agosto de 2021, el libelo y su subsanación fueron entregados al e-mail de la Clínica Juan N Corpas Ltda.¹⁰.

7. La parte demandada apeló esa determinación y reiteró las alegaciones del escrito incidental. Añadió que fue confusa la comunicación, pues no se sabía si sería emplazada o se entendía surtida su intimación y en qué oportunidad, si debía comparecer al juzgado y cuándo comenzaba a contarse el término del traslado de la demanda, por lo que no podía acogerse la forma en que se realizó la notificación¹¹; tampoco saneó la irregularidad, ya que sólo hasta el 31 de marzo de 2022 a las 3:22 p.m., pudo revisar el expediente y verificar los hechos fundantes de la nulidad, la cual podía alegarse antes de proferir sentencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 134 del C.G.P.¹².

8. Durante el término de traslado, los actores se opusieron a la prosperidad de la alzada, en atención a que su contraparte debió estar atenta a revisar el correo, más aún cuando ya sabía de la existencia de un proceso judicial en su contra, carga que no puede trasladarle; aunado a que, las interpretaciones del emplazamiento no son admisibles, ya que su deber es concurrir al proceso.

Por último, explicó que la accionada tuvo conocimiento del juicio antes del 31 de marzo de 2022, si en cuenta se tiene que el día 22 de ese mes y año solicitó la reprogramación de la audiencia y, el 23 pidió el acceso al expediente digital para que se le tuviera enterada por conducta concluyente¹³.

9. En providencia del 6 de mayo postrero, se concedió la alzada en el efecto devolutivo¹⁴, la cual pasa a desatarse previas las siguientes,

¹⁰ Archivo "031AutoResuelveNulidadNotificación.pdf" del "C-1 PRINCIPAL".

¹¹ Archivo "032AlleganRecursoApelación.pdf" del "C-1 PRINCIPAL".

¹² Archivo "032AlleganRecursoApelación.pdf" del "C-1 PRINCIPAL".

¹³ Archivo "033AllegaMemorialDescorreTrasladoRecursoCorreo.pdf" del "C-1 PRINCIPAL".

¹⁴ Archivo "034AutoConcedeImpugnación.pdf" del "C-1 PRINCIPAL".

III. CONSIDERACIONES

La suscrita Magistrada es competente para resolver la apelación de la referencia, a tono con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 31¹⁵ y 35¹⁶ del C.G.P.; aunado a que la decisión controvertida es susceptible de ese recurso conforme lo previene el numeral 6 del canon 321 *ejúsdem*.

Las nulidades procesales tienen su fundamento en el canon 29 de la Carta Política, pues con ellas, se busca garantizar el debido proceso y el derecho de defensa de quienes son partícipes en un litigio, en tanto que el trámite debe plegarse a las ritualidades previstas en las disposiciones legales pertinentes, debiendo sujetarse a ellas, el funcionario judicial, las partes y demás intervinientes.

En sentido complementario, la regla 13 del C.G.P., dispone que las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento.

Ellas obedecen a la necesidad de proteger a la parte o a terceros, cuyo interés puede ser vulnerado o conculcado por causa de un vicio procesal, para hacer efectivo su derecho de defensa.

En ese orden, el numeral 8 del artículo 133 del C.G.P., establece:

“El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: (...) 8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.”.

De entrada, se advierte el naufragio de la alzada en tanto que, con independencia de que la intimación a la demandada haya o no satisfecho las reglas previstas para ese fin, lo cierto es que la posible irregularidad quedó saneada como pasa a explicarse.

¹⁵ “Los tribunales superiores de distrito judicial conocen, en sala civil: 1. De la segunda instancia de los procesos que conocen en primera los jueces civiles de circuito”.

¹⁶ “El magistrado sustanciador dictará los demás autos que no correspondan a la sala de decisión”.

En efecto, el 23 de marzo pasado, la apoderada judicial de la accionada, remitió el poder otorgado por esta última y un memorial manifestando que el día anterior, su mandante se había enterado a través de la Fundación Universitaria Juan N Corpas, sobre la existencia de este juicio, aclarando que no tenía conocimiento acerca de su vinculación, ni de la atención médica que suscitó la demanda, pues inclusive, creyó que se trataba de una pertenencia, conforme se registró en un telegrama mediante el cual informan sobre la programación de una audiencia para el 22 de ese mes a las 9:00 A.M., pero que, al comparecer a esa diligencia, se percató que se trata de un proceso de responsabilidad civil médica, manifestaciones con base en las cuales reclamó se le tuviera notificada por conducta concluyente y se le permitiera el acceso al expediente digitalizado o físico, aclarando que, hasta tanto ello no ocurra, no se puede empezar a contabilizar el término para las actuaciones a que hubiere lugar; igualmente, incoó se le reconozca personería.

En el numeral 1 del proveído del 28 de marzo del año en curso, se accedió a ese último pedimento¹⁷, pero en el siguiente se negó la solicitud encaminada a tenerla notificada por conducta concluyente, entre otras determinaciones.

Luego, el 4 de abril postrero, la vocera judicial de la accionada cuestionó en reposición y en subsidio en apelación lo resuelto en los numerales 2, 4 y 5 de esa providencia, indicando que debía mantenerse incólume lo decidido en el 1 y el 3.

A su vez, el numeral 1 del artículo 136 *ejúsdem* establece que “*La nulidad se considerará saneada en los siguientes casos: 1. Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente o actuó sin proponerla*”, en concordancia con el inciso segundo de la disposición 135 *ib.* al consagrar que “*No podrá alegar la nulidad quien (...) después de ocurrida la causal haya actuado en el proceso sin proponerla*”.

¹⁷ Archivo “023AutoNiegaSolicitudyFijaFecha.pdf” del “C-1 PRINCIPAL”.

Con base en ese precepto, la convocada convalidó la posible irregularidad que aduce se presentó en el acto de notificación, por cuanto sólo la alegó hasta el 4 de abril pasado, es decir, luego de ocurrido el primer acto procesal, acaecido el 23 de marzo de esta anualidad, cuando se allegó el poder conferido a la profesional del derecho que representa a la parte pasiva y presentó un escrito en esa misma data, en el que como ya se reseñó no propuso la estructuración del posible vicio procesal, sino que pidió que a su poderdante se le tuviera notificado por conducta concluyente y el reconocimiento de personería.

La presunta afectada, actuó sin proponer el motivo de invalidez de manera oportuna, a pesar de que su apoderada contaba con un mandato conferido en debida forma, con base en el cual se le reconoció personería, habilitándola para su intervención, pues debió formularla de manera simultánea con la presentación del poder, en tanto que al radicar aquel con posterioridad a este, se configuran dos actos procesales distintos, circunstancia que impedía el estudio de la nulidad, a tono con lo establecido en el numeral 1 del canon 136 del C.G.P., debiendo el juzgador de primera instancia proceder a su rechazo.

La tardanza en su presentación no está justificada, pues bien pudo aducirse la invalidez junto con la presentación del mandato, conferido por el extremo pasivo a su abogada, esto es, el 23 de marzo de 2022 y no esperar hasta el 4 de abril siguiente, omisión que generó la superación de cualquier anomalía en la notificación de su poderdante, sin que sean de recibo sus argumentos acerca de que no conocía el asunto por el cual era citada para una audiencia y que sólo tuvo acceso al expediente hasta el día 31 del mes y año inicialmente indicados, lo cierto es que, con antelación sabía del proceso seguido en su contra.

Así, aún al margen de los posibles yerros de los que estuvieran permeadas las notificaciones, desde el 8 de septiembre de 2021, se les envió al correo juridica@juanncorpas.edu.co¹⁸, un documento denominado “*citación para diligencia de notificación personal*”, en el que se hace mención a las partes

¹⁸ La cual coincide con la que aparece en el certificado de existencia y representación legal de la convocada, ver folio 1 Archivo “003 Pruebas” del “C-1 PRINCIPAL”.

en contienda, el número de radicación y el Juzgado ante el que se adelanta, como se puede ver en la siguiente imagen que milita a folio 3 del Archivo “006 Allega Notificación Artículo 291” del cuaderno de primera instancia.



Entonces, ante ese conocimiento, no existía motivo válido para que en la primera oportunidad se invocara la causal de invalidez. Al respecto, la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, consideró:

“(…) A propósito del «saneamiento» por la referida causa, que es uno de los principios orientadores de la figura abordada, esta Corporación en STC18651-2017 reiteró que «si el petente de la nulidad no la propuso en su primera intervención sino que actuó sin proponerla, con tal conducta la saneó y por ello no puede alegarla posteriormente (…)»

“(…) De modo que es inviable otorgar la protección tuitiva porque no se observa «un error grosero o un yerro superlativo o mayúsculo que, abrupta y paladinamente cercene el ordenamiento positivo (STC8733-2017) (…)»¹⁹.

Sin embargo, como el *a quo* tramitó y negó la nulidad procesal invocada, cuando lo correcto era rechazarla de plano, debido a que fue saneada, se

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, STC926-2020, de 5 de febrero de 2010, exp. 11001-02-03-000-2020-00242-00.

modificará en ese sentido la determinación cuestionada y se condenará en costas a la parte vencida.

IV. DECISIÓN

Por lo expuesto, la suscrita Magistrada de la **SALA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

RESUELVE

Primero. MODIFICAR el auto proferido el 25 de abril de 2022, por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá, en el sentido de **RECHAZAR** la nulidad procesal alegada por el extremo pasivo, con base en la causal contenida en el numeral 8 del artículo 133 del C.G.P..

Segundo. CONDENAR en costas de la instancia al apelante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$850.000. Por la secretaría del *A quo*, liquídense en la forma establecida en el artículo 366 del C.G.P..

Tercero. ORDENAR devolver el expediente digitalizado al juzgado de origen. Por la Secretaría ofíciase y déjense las constancias a que haya lugar.

Cuarto. Comuníquese en forma inmediata esta decisión a esa autoridad judicial, (últimos incisos de los cánones 313 y 326 del C.G.P.), so pena de imponer las sanciones allí establecidas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:
Aida Victoria Lozano Rico
Magistrada
Sala 016 Civil

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

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

Código de verificación: **52131b5861f218d6fa095a87d3df8b11509bd1bea155b8338478a9c25a93c6b9**

Documento generado en 30/08/2022 03:53:12 PM

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

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



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

Magistrada Ponente: **AÍDA VICTORIA LOZANO RICO**

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Discutido y aprobado en la Sala de Decisión virtual celebrada el veinticinco (25) de agosto de 2022.

Ref. Proceso verbal de protección al consumidor de **ASOCIACIÓN DE PROPIETARIOS DE CERROS DE YERBABUENA** y otros en contra de **CERROS DE YERBABUENA S.A.** (Aclaración y/o adición de sentencia). **Rad.** 11001-3199-001-2014-19599-04.

I. ASUNTO A RESOLVER

Se decide acerca de la solicitud de aclaración y/o adición que elevó la parte demandante frente a la sentencia del 28 de abril de 2022 emitida por este Tribunal.

II. ANTECEDENTES

1. En la evocada data, se resolvieron los recursos de apelación formulados por las partes, así como por los litisconsortes necesarios por activa, Pascual Arturo Ruggiero Ospina, Germán Eduardo Páez Ospina y Ligia Melo de Iregui, contra el fallo del 18 de marzo de 2021 emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio –Delegatura Para Asuntos Jurisdiccionales- por el cual, declaró que Cerros de Yerbabuena S.A., vulneró las prerrogativas del consumidor en materia de garantía legal e información y en ese entendido, le ordenó, entre otras cosas, que en un término de seis (6) meses, adelante las gestiones y trámites necesarios para someter al régimen de propiedad horizontal a la “Parcelación Cerros de Yerbabuena”.

Igualmente, se dispuso que, para ese propósito, el extremo demandante

debía prestar toda la colaboración necesaria, así como adelantar las actuaciones que legalmente le correspondan¹.

2. En sede de apelación se modificó el fallo impugnado, en el sentido de:

“(...) ordenar a la sociedad CERROS DE YERBABUENA S.A., que dentro de los seis (6) meses siguientes a ejecutoria de la presente providencia, adelante todas las gestiones y trámites necesarios para someter a la Parcelación Cerros de Yerbabuena, ubicada en el municipio de Sopo – Cundinamarca, al régimen de propiedad horizontal, esto según lo dispuesto en la Ley 675 de 2001 y demás normas aplicables. Los costos de los trámites correspondientes deberán ser asumidos por parte de la sociedad demandada.

PARÁGRAFO: Para el efectivo cumplimiento de la orden, la escritura pública de constitución deberá ser suscrita por todas las personas que integran al extremo activo y los litisconsortes necesarios dueños de los bienes que conforman el proyecto urbanístico Parcelación Cerros de Yerbabuena, ubicada en el municipio de Sopo –Cundinamarca; previa citación por parte de la empresa demandada, mediante comunicación enviada a cada uno de los propietarios donde se les indique la Notaría, fecha y hora de asistencia, para que se cumpla con ese acto protocolario”².

3. El pasado 4 de mayo, la parte demandante solicitó que se aclare y/o adicione la providencia en mención, en lo atinente al párrafo en cita, por estimar que el fallo en comentario incurrió en una imprecisión, dado que la Ley 675 de 2001 en nada impide que la constitución de la propiedad horizontal se produzca con ocasión de una sentencia, sin necesidad de someterla *“al querer o voluntad de los condueños de la parcelación en comparecer o no a la suscripción del instrumento público”*.

Por tal motivo, peticionó se indique que esa determinación es *“el insumo suficiente”* para que la pasiva *“concurra a la notaría pública y protocolice el instrumento público con el cumplimiento de los demás requisitos técnicos y jurídicos”* y que esta *“tenga plenos efectos vinculantes para todos los condueños de la parcelación”* sin que resulte necesario contar con el consentimiento o apreciaciones personales de estos últimos.

Requirió que, en caso de desestimar su pedimento en los términos expuestos, de manera subsidiaria se precise que la parte demandada *“debe convocar a los condueños de la parcelación a la práctica de asamblea”* y que en caso de no comparecer *“queden obligados y*

¹ Archivo “149.VideoAudiencia2 - Sentencia No. 2916” del “01CuadernoPrincipal”.

² Folios digitales 1-28, Archivo “21Sentencia001-2014-19599-04.pdf” del “03CuadernoTribunalApelaciónSentencia”.

vinculados al sometimiento de régimen de propiedad horizontal” o, en su defecto, se disponga que el curador ad litem, por ser quien representó a los copropietarios de la parcelación, “queda facultado para suscribir el instrumento público constitutivo de la propiedad horizontal”³.

III. CONSIDERACIONES

Dispone el inciso primero del artículo 285 del Código General del Proceso que *“[l]a sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella.*

Por su parte, el párrafo 1 de la regla 287 de la misma Codificación prevé que *“[c]uando la sentencia omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad (...)”*. Subrayas para resaltar.

En atención a la manifestación presentada por la parte actora, de entrada, se advierte que sus intenciones de que se aclare o se adicione la sentencia de 28 de abril de 2022, son improcedentes, por cuanto no se cumplen los presupuestos de duda u omisión contemplados para estos efectos por la normativa citada en precedencia.

Se destaca que, según el primer precepto evocado, la aludida providencia es inmodificable e, incluso, no permite ser revocada por el mismo juez colegiado que la profirió.

A su vez, memórese que la posibilidad de entrar a aclarar una decisión judicial se contempló con el fin de subsanar falencias exclusivamente de orden material y se surtirá bien sea de oficio o a petición de parte.

³ Folios 1-5, Archivo “22.SolicitudAclaraciónSentencia.pdf” del “03CuadernoTribunalApelaciónSentencia”.

Al respecto, de vieja data la Sala de Casación Civil del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria ha precisado los siguientes requisitos para que esta última proceda:

«a) Que se haya pronunciado una sentencia susceptible de aclaración...b) Que el motivo de duda de conceptos o frases utilizados por el sentenciador sea verdadero y no simplemente aparente...c) Que dicho motivo de duda sea apreciado como tal por el propio fallador, no por la parte, por cuanto 'es aquel y no ésta quien debe explicar el sentido de lo expuesto por el fallo...' (G.J., XVIII, pág. 5)...d) Que la aclaración tenga incidencia decisoria evidente, pues si lo que se persigue con ella son explicaciones meramente especulativas o provocar controversias semánticas, sin ningún influjo en la decisión, la solicitud no procede, y...e) Que la aclaración no tenga por objeto renovar la discusión sobre la juridicidad de las cuestiones ya resueltas en el fallo, como tampoco buscar explicaciones tardías sobre el modo de cumplir las decisiones en él incorporadas (Cas. Civ., auto de 25 de abril de 1990, citado en auto No. 215 de 16 de agosto de 1995, expediente No. 4355)» (CSJ AC, 6 Abr. 2011, Rad. 1985-00134-01)⁴.

De la lectura al escrito que antecede a este proveído, no se observa queja alguna sobre algún acápite que merezca aclaración y tampoco se evidencia que en la parte resolutive de la sentencia se incluyera un pronunciamiento que genere incertidumbre y requiera de explicación.

Así, aunque la censora exponga que para la constitución de la propiedad horizontal no es necesario someterla a la voluntad de los condueños, porque, en su criterio, la sola orden judicial es vinculante, indíquese que ese argumento no es de recibo para entrar a aclarar el fallo de segundo grado dado que esa intervención se traduce en simple y llanamente una manifestación de inconformidad con lo resuelto en esta instancia.

Y es que, precisamente, en la providencia objeto de esta petición, la Sala destacó de manera clara y enfática que, dado el avance del proyecto de vivienda, en la actualidad *“se requiere de la concertación de todos los propietarios para la aprobación del reglamento de propiedad horizontal”*.

En suma, esta Colegiatura trajo a colación la Ley 675 de 2001 con el ánimo de explicar las formalidades que debían seguirse para lograr los efectos jurídicos perseguidos y dentro de los preceptos normativos aplicados a la materia, se acudió a la disposición 3 consistente en el *“acto de voluntad de los dueños”*, el que a la letra dice: *“Propietario inicial: Titular*

⁴ Reiterado en Auto AC6007-2016 de 9 de septiembre de 2016. MP Ariel Salazar. Exp. 2006-00119.

del derecho de dominio sobre un inmueble determinado, que por medio de manifestación de voluntad contenida en escritura pública, lo somete al régimen de propiedad horizontal”.

En ese orden, para la Sala la solicitud de aclaración –en los tres ítems que puso a consideración–, no guarda relación con los elementos que dan paso a la misma, sino que, como en líneas atrás se evidenció, lo pretendido por la memorialista no es otra cosa que este Tribunal reevalúe el sentido del fallo y, en consecuencia, modifique o revoque la decisión contenida en el párrafo del numeral segundo del fallo apelado, bajo su óptica de interpretación personal, lo cual es improcedente.

Ahora, en cuanto a la petición de “adición”, a su vez, debe indicársele que corre la misma suerte de la anterior, porque de su escrito no se evidencia que eche de menos algún pronunciamiento que por disposición legal, ataba a esta Sala.

Acerca de la herramienta utilizada por la peticionaria, la evocada Alta Corporación ha enseñado que:

*“Se trata de un mecanismo distinto de las impugnaciones, que solo puede activarse –por iniciativa del fallador o de las partes– para lograr que una providencia inacabada se complete, y **no con el propósito de combatir los argumentos en que se finca**”⁵. -Se resalta-.*

En línea con lo expuesto, no se vislumbra olvido alguno por parte del juez plural respecto de algún punto que debía ser objeto de pronunciamiento, dado que como ya se explicó, las intenciones de la petente están orientadas a que este cuerpo colegiado estudie los argumentos con los que pretende derruir la orden judicial al no estar conforme con que la constitución de propiedad horizontal se someta a la suscripción de una escritura pública por parte de las personas que integraron el extremo activo y los litisconsortes necesarios como copropietarios de los bienes que conforman el proyecto urbanístico “Parcelación Cerros de Yerbabuena”.

⁵ Corte Suprema de Justicia. Auto AC1313-2020 de 6 de julio de 2020. MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Exp. 2020-00205.

Aunado, como ya se mencionó en procedencia, ese tópico sí fue objeto de pronunciamiento de esta Sala, al recalcar que la escritura pública de constitución de la propiedad horizontal debía ser firmada por todos los propietarios, al punto que ante el alegato de estar al acecho de un imposible incumplimiento, dado que no era plausible reunir a los interesados, se indicó que *“todos fueron llamados como litisconsortes y los acoge la orden judicial que es de imperativo acatamiento, prestando como se señaló en primera instancia, mérito ejecutivo”*.

En conclusión, dado que no existen motivos de duda que den lugar a la aclaración de la determinación del 28 de abril de 2022, ni omisión en decidir que requiera una complementación, esta Sala negará las peticiones invocadas por la parte actora.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,**

RESUELVE

Primero. NEGAR la solicitud de adición y/o aclaración frente a la sentencia proferida 28 de abril de 2022, por esta Corporación.

Segundo. ORDENAR a la secretaria de la Sala, acatar lo dispuesto en el ordinal cuarto de la parte resolutive del fallo en mención.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Aida Victoria Lozano Rico

Magistrada

Sala 016 Civil

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

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

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

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

Código de verificación: **f2657dc68eac6fb736fb39b1b3881c994feff737f8393d272402ab0e1494140d**

Documento generado en 30/08/2022 05:21:00 PM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Rad. 110013199002202100148 02

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintidós (2022)

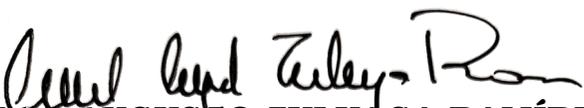
Revisada las actuaciones en el expediente digital aportado, el Despacho **DISPONE:**

PRIMERO: ADMITIR el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, a través de apoderado judicial, contra la sentencia proferida el 11 de julio de 2022, por la Jurisdicción Societaria I de la Superintendencia de Sociedades.

SEGUNDO: IMPRIMIR a este proceso el trámite consagrado en el artículo 12 de la ley 2213 de 2022, con el objetivo de resolver la apelación instaurada contra el fallo de primer grado.

TERCERO: Ejecutoriado el presente auto ingrese las diligencias al Despacho a fin de continuar con el trámite correspondiente.

Notifíquese,


CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ
MAGISTRADO

Firmado Por:
Carlos Augusto Zuluaga Ramirez
Magistrado
Sala 014 Despacho Civil
Tribunal Superior De Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **3db951a72a6231fd161be358f39b94e48ab9595a897669c567f97302aebd1087**

Documento generado en 30/08/2022 04:15:28 PM

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

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



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

Magistrada Ponente: **AÍDA VICTORIA LOZANO RICO**

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Discutido y aprobado en la Sala de Decisión virtual celebrada el 25 de agosto de 2022.

Ref. Proceso verbal de **MARTHA JULIETA GALINDO POLANÍA** y otra en contra de **AVÍCOLA LA DOMINGA S.A.S.** y otro. (Aclaración y/o Adición de sentencia). **Rad.** 11001-3199-002-2021-00185-01.

I. ASUNTO A RESOLVER

Se decide acerca de la solicitud de aclaración y/o adición que elevó la parte demandante frente a la sentencia proferida el 10 de marzo del año en curso, por esta Corporación.

II. ANTECEDENTES

1. En la anotada calenda se resolvió el recurso de apelación que Avícola La Dominga S.A.S., interpuso por conducto de apoderado judicial, contra el fallo del 22 de octubre de 2021, proferido por la Superintendencia de Sociedades –Grupo de Jurisdicción Societaria- mediante el cual, no solo, declaró la ineficacia de las decisiones contenidas en los puntos 7 a 10 que se consignaron en el acta No. 73 de la reunión celebrada el 26 de marzo de 2021, sino que además consideró que Rodrigo Galindo Polanía, en calidad de representante legal de la persona jurídica convocada a juicio, infringió su deber de lealtad, porque se vio inmerso en diversas actuaciones que provocaron un conflicto de intereses, pues no acudió ante la Asamblea General de la sociedad para lograr una autorización¹.

¹ Minuto 2'24"50", Archivo "74VideoAudiencia20211022" del "01CuadernoSupersociedadesl".

2. Esta Sala en sede de apelación confirmó la primera determinación en comento; no obstante, revocó la segunda decisión, al declarar probada la falta de legitimación en la causa por activa de las señoras Martha Julieta y María Cristina Galindo Polanía; acto seguido, se condenó en un 60% en costas de segunda instancia a la sociedad impugnante².

3. El pasado 16 de marzo, la parte demandante solicitó que se aclare y/o adicione la providencia en mención, por estimar que hubo omisión al pronunciarse acerca del “*conflicto de interés*” que tenía Rodrigo Galindo Polanía, en calidad de representante legal de la sociedad demandada, para realizarle préstamos a ésta sin la autorización del órgano social y manifestó que abordar ese estudio “*es determinante para que no se revoque el numeral segundo de la sentencia de primera instancia; máxime si se tiene en cuenta que la revocatoria de dicho numeral se dio, basados en la supuesta falta de legitimación en la causa por activa de las demandantes*”³.

III. CONSIDERACIONES

Dispone el inciso primero del artículo 285 del Código General del Proceso que “*[l]a sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella.*”

Por su parte, el párrafo 1 de la regla 287 de la misma Codificación prevé que “*[c]uando la sentencia omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad (...)*” (Subrayas para resaltar).

² Folios 1-22, Archivo “10Sentencia002-2021-00185-01Actas de Asamblea.pdf” del “02CuadernoTribunalApelaciónSentencia”.

³ Folios 1-8, Archivo “11.SolicitudAclaraciónAdiciónSentencia.pdf” del “02CuadernoTribunalApelaciónSentencia”.

En atención a la manifestación presentada por el extremo activo, de entrada, se advierte que sus intenciones de que se aclare o se adicione la sentencia del 10 de marzo de 2022, son improcedentes, por cuanto no se cumplen los presupuestos de duda u omisión contemplados para estos efectos por la normativa citada en precedencia.

Así, se destaca que, según el primer precepto evocado, aquella determinación es inmodificable e, incluso, no permite ser revocada por el mismo juez colegiado que la profirió, ante lo cual el argumento consistente en que le corresponde a la Sala pronunciarse sobre un presunto *“conflicto de interés”* para que *“no se revoque el numeral segundo de la sentencia de primera instancia”*, no cuenta con asidero jurídico alguno y, por tanto, es completamente inviable.

Ahora, de la lectura al escrito que antecede a este proveído, no se advierte queja respecto de algún acápite que merezca aclaración y tampoco se evidencia que, en la parte resolutive, se incluyera un pronunciamiento que ofrezca incertidumbre y requiera de explicación, aunado a lo cual, ciertamente en el cierre de la intervención de la parte reclamante, se señaló que su petición iba encaminada a que se adicionara la providencia del 10 de marzo de 2022, *“en aquellos puntos que no fueron estimados o decididos y, sobre los cuales se guardó silencio y se pronuncie sobre la situación de conflicto de interés, que tuvo en cuenta el fallador de primera instancia (...)”*⁴.

De otro lado, en cuanto a la petición de adición, a su vez, debe indicarse que la misma resulta improcedente, porque el pronunciamiento que echa de menos la censora no contaba con una obligatoriedad legal por las razones que pasan a explicarse.

Recuérdese que, en el asunto bajo examen, la Sala declaró una falta de legitimación por activa respecto de las señoras Martha Julieta y María Cristina Galindo Polanía, porque no comprobaron un interés válido para actuar, dado que procedieron en causa propia, sin haber acreditado que

⁴ Folio 7, Archivo *“11.SolicitudAclaraciónAdiciónSentencia.pdf”* del *“02CuadernoTribunalApelaciónSentencia”*.

la decisión de promover la acción de responsabilidad social haya sido avalada por la asamblea general junto con el porcentaje mínimo de aprobación.

Frente a ese tópico vale la pena memorar que el anotado instituto es un presupuesto procesal que sólo una vez acreditado, abre paso a que se emita una decisión de fondo.

En otras palabras, la ausencia de ese requisito derriba cualquier posibilidad de que el juez cognoscente se pronuncie no solo frente a los motivos de inconformidad presentados en el recurso de apelación, sino con relación a cualquier otra súplica incoada en el escrito inaugural.

Al respecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia enseña que:

*“No genera discusión alguna la calificación que se ha dado a la **«legitimación en la causa»** como uno de los presupuestos indispensables para la procedencia de la pretensión, es decir, **como condición de la acción judicial**, de ahí que se le haya considerado como cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, pues alude a la materia debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste.*

Tal atributo, en términos generales, se predica de las personas que «se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio», en virtud de lo cual se exige «para que la pretensión procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como partes en tal proceso.

*Aunque la garantía de acceso a la administración de justicia -ha dicho esta Sala- constituye un principio de orden constitucional, solamente «el titular de derechos o quien puede llegar a serlo, está facultado para ponerla en funcionamiento, frente al obligado a respetarlos o mantenerlos indemnes», **de tal modo que si alguna de las partes carece de esa condición «se presentaría una restricción para actuar o comparecer, sin que se trate de un aspecto procesal susceptible de subsanación, sino que, por su trascendencia, tiene una connotación sustancial que impide abordar el fondo de la contienda»** (CSJ SC 4468, 9 Abr. 2014, Rad. 2008-00069-01) y, por lo tanto, se erige en «motivo para decidirla adversamente» (CSJ SC, 14 Ago. 1995, Rad. 4628).*

(...)

El ordenamiento adjetivo autoriza invocar la falta de ese presupuesto sustancial, al tenor del artículo 6º de la Ley 1395 de 2010, como «excepción previa», aunque también es admisible plantearla como mecanismo de defensa en la contestación de la demanda, y en todo caso, es deber del juez asumir su examen de manera oficiosa en la sentencia»⁵.

Con ello se quiere significar que, si la parte actora no contaba con potestad para demandar en esta causa, esa situación descartaba

⁵ Sentencia Corte Suprema de Justicia SC1182-2016, de 8 de febrero de 2016. MP. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

cualquier posibilidad de entrar a estudiar cualquier otro reparo que fuera materia de discusión.

Incluso, esta Sala destacó en el fallo de segundo grado que, ante la ausencia de legitimación para promover la acción en los términos del artículo 25 de la Ley 222 de 1995, *“ni siquiera, [era] procedente entrar al estudio de fondo de los motivos de censura”*⁶.

En ese orden, los argumentos encaminados a que se verifique si en el litigio se comprobó o no un presunto *“conflicto de interés”* por parte de Rodrigo Galindo Polanía, no merecían estudio alguno, comoquiera que las activantes no contaron con la facultad legal para llamar a juicio a quien en su momento actuó como representante legal de Avícola La Dominga S.A.S..

En conclusión, dado que no existen motivos de duda que den lugar a la aclaración de la sentencia del 10 de marzo de 2022, ni omisión en decidir que requiera una complementación, se negarán las reclamaciones de la parte actora.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,**

RESUELVE

Primero. NEGAR la solicitud de adición y/o aclaración frente a la sentencia proferida el diez (10) de marzo del año en curso.

Segundo. ORDENAR a la Secretaría de la Sala, acatar lo dispuesto en el ordinal cuarto de la parte resolutive del aludido fallo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

⁶ Folio digital 20, Archivo *“10Sentencia002-2021-00185-01Actas de Asamblea.pdf”* de la carpeta *“02CuadernoTribunalApelaciónSentencia”*.

Firmado Por:

Aida Victoria Lozano Rico
Magistrada
Sala 016 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

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

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

Código de verificación: **1a238ade2d0e4a5d3db8cebe2a6d3c12a12851333306f32c20ce9ea73beafd14**

Documento generado en 30/08/2022 04:35:16 PM

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

**República de Colombia
Rama Judicial**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL DE DECISIÓN**

11001 31 99 003 2021 03601 01

Bogotá, treinta (30) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Revisadas las presentes diligencias, esta Corporación es del criterio de que su cognición, en segunda instancia, corresponde a los jueces civiles del circuito de esta ciudad, por tratarse de un proceso verbal de menor cuantía.

1. En efecto, de la revisión detenida del expediente, se avizora que las pretensiones elevadas en el escrito genitor corresponden a un proceso de menor cuantía,¹ y, en tal virtud, es claro que el llamado a dirimir la alzada interpuesta es el Juez Civil del Circuito, teniendo en cuenta que la Superintendencia Financiera de Colombia, en ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales, desplazó al Juez Civil Municipal.

2. En ese sentido, obsérvese que, de un lado, el artículo 20, numeral 9, de la Ley 1564 de 2012 radicó, por la naturaleza del asunto, la competencia en los jueces civiles del circuito, en primera instancia, para conocer de los procesos relacionados con el ejercicio de los derechos del consumidor, mientras que el artículo 390, parágrafo, *ibídem*, estableció el factor objetivo-cuantía como elemento determinante para fijar el conocimiento de tales asuntos.

Sin embargo, sobre el particular debe destacarse que los debates surtidos en el Congreso de la Republica del proyecto de ley para aprobar el Código General del Proceso, dejan al descubierto que el

¹ En las pretensiones de la demanda se deprecó la suma de \$35'000.000,00, a título de reconocimiento y pago del valor asegurado por pérdida total del vehículo derivado de hurto; \$2'360.568,00, por concepto de pago de las cuotas del crédito pagadas a la fecha de presentación de la demanda y en el acápite de la cuantía de la acción invocada ésta se determinó en la suma de \$37'360.568,00.

propósito del legislador fue instituir el factor objetivo-cuantía, consagrado en el artículo 390 de la Ley 1564 de 2012, como factor determinante para asentar la competencia en causas relativas a los derechos de los consumidores; intención patentizada en el informe de ponencia para segundo debate (cuarto debate), desarrollado ante la Plenaria del Senado de la República, publicado en la Gaceta del Congreso número 261 de 23 de mayo de 2012, en el que se manifestó que "(...) *los asuntos que versen sobre protección a los derechos de los consumidores deben tramitarse de acuerdo con las mismas reglas que se predicen de los jueces ordinarios, y su trámite debe seguir los procedimientos verbal o verbal sumario, según las reglas generales que toman como base la cuantía de las pretensiones.* (...) Se añade, por último un párrafo 3º, en el que se aclara el criterio de lo expresado respecto de las acciones de protección al consumidor, según se explicó arriba. (...)" (Negrillas extratexto); hermenéutica autorizada por el artículo 32 del Código Civil, que permite interpretar los pasajes normativos contradictorios, del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación.

3. Agréguese a lo anterior que, en relación con la solución de evidentes discordancias entre normas, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia anotó:

"En línea de principio, el sistema jurídico es coherente, consistente o congruente y, por ende, no presenta asimetrías, contradicciones, incoherencias o conflictos normativos. En veces, distintos preceptos disciplinan idéntica o análoga hipótesis fáctica y asignan consecuencias incompatibles, es decir, a la misma fattispecie singular y concreta, atribuyen disímiles efectos.

*La antinomia normativa, es la manifiesta contradicción, incompatibilidad e incoherencia entre normas jurídicas de igual o diferente categoría, una o diversa uniformidad, homogeneidad, heterogeneidad, generalidad o especialidad, bien absoluta o total, ora parcial o relativa, ya en abstracto o en concreto, cuya solución se disipa con la interpretación sistemática, adecuada, ponderada, la técnica del equilibrio, la disociación o, los criterios disciplinados por el ordenamiento jurídico."*²

Asimismo, memórese que, a objeto de dar solución a esas contradicciones, dicha Corporación ha precisado que, entre varios criterios, "[e]l cronológico, está basado en la época de expedición de las normas, y resuelve el conflicto con la más reciente (*lex posterior derogat priorem*; la ley posterior deroga la ley anterior). Esta regla define las situaciones conflictivas

² CSJ. Cas. Civil. Sentencia de 8 septiembre de 2011. Exp. 11001-3103-026-2000-04366-01.

generadas por tránsitos de legislación (artículos 1 a 3 de la Ley 153 de 1887). Empero, por su alto grado de objetividad, el legislador extiende sus alcances incluso a casos en los cuales las normas hacen parte de una misma ley o de un mismo Código, ad exemplum, según el numeral 2º del artículo 5º de la Ley 57 de 1887, dándose contradicción de dos normas del mismo estatuto, se preferirá la del artículo posterior.”³

4. Dentro del contexto normativo y jurisprudencial descrito, al aplicar el criterio cronológico, de entrada se vislumbra que el aludido canon 390, respecto del artículo 20 del compendio procesal ya mencionado, es una disposición posterior, por lo que no cabe duda, entonces, que la norma aplicable, en este caso, es el último de los preceptos aludidos y, en consecuencia, “[l]os procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales, (...) se tramitará por el proceso verbal o por el verbal sumario, según la cuantía, cualquiera que sea la autoridad jurisdiccional que conozca de ellos.”

Si eso es así, la autoridad destinada a asumir el conocimiento del asunto de marras, en segunda instancia, es el Juzgado Civil del Circuito de Bogotá, comoquiera que el funcionario desplazado por la Superintendencia Financiera de Colombia fue el Juez Civil Municipal.

En mérito de lo brevemente expuesto,

RESUELVE

PRIMERO.- REMÍTIR las diligencias a la Oficina de Apoyo Judicial de esta ciudad, para que haga la correspondiente asignación entre los Juzgados Civiles del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO.- Por Secretaría, **COMUNÍQUESE** esta decisión a las partes e intervinientes y a la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, dejando las constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado

³ *Ídem.*

Firmado Por:

Juan Pablo Suarez Orozco

Magistrado

Sala Civil

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

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

Código de verificación: **497eb0f73c842da26e7e76241f3c34c2ed24304782a11e10e74a11308650e486**

Documento generado en 30/08/2022 09:10:37 AM

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

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

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

*Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintidós
(2022).*

*Ref: VERBAL de PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
FINANCIERO de CARLOS ANDRÉS OCAMPO GONZÁLEZ contra el BANCO
BBVA S.A y BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A. Exp. 003-2021-03645-
01.*

*Atendiendo al contenido del inciso 3° del artículo 14 del
Decreto Legislativo No. 806 de 2020 expedido por el Presidente de la República, en
uso de las facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas en el
artículo 215 de la Constitución Política en concordancia con la Ley 137 de 1994 y
el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020, por el cual se declara el Estado de
Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, amén de
lo contemplado en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 y 625 del Código General
del Proceso, en punto a la vigencia y aplicación en el sub examine del primero
mencionado, se dispone:*

*1.- ADMITIR en el efecto **SUSPENSIVO** el recurso de
apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 23 de
mayo de 2022 por la Superintendencia Financiera de Colombia.*

*2.- Conforme lo establecido en el inciso 3° del artículo 14
del Decreto 806 de 2020, a cuyo tenor: “Ejecutoriado el auto que admite el recurso
o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más
tardar dentro de los cinco (5) días siguientes”, vencido aquél, la contraparte deberá
descorrer, si así lo considera, el traslado; términos que comenzaran a contabilizarse
desde la ejecutoria de esta determinación.*

*3.- Por Secretaría **comuníquese a los apoderados de los
intervenientes** las determinaciones que se adopten en el marco de la norma reseñada
vía correo electrónico¹.*

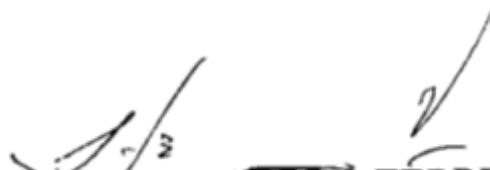
¹ Esta comunicación no reemplaza la notificación por estado electrónico y se hace para dar mayor garantía a las partes.

A su turno, las partes contendientes deberán dirigir sus escritos o memoriales con destino a este asunto al correo electrónico del Secretario Judicial de esta Corporación secscribsubpta2@cendoj.ramajudicial.gov.co con copia del mismo a la escribiente encargada de los procesos del suscrito Magistrado mparradv@cendoj.ramajudicial.gov.co

4.- Concurrente con lo antes señalado, los profesionales del derecho deberán dar estricto cumplimiento al numeral 14 del artículo 78 del Código General del Proceso, so pena de imposición de multa, en los términos allí previstos.

5.- Cumplido lo anterior, ingresen las diligencias al despacho.

NOTIFÍQUESE.



JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Rad. 110013199003202200346 01

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Revisada las actuaciones en el expediente digital aportado, el Despacho **DISPONE:**

PRIMERO: ADMITIR el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, a través de apoderado judicial, contra la sentencia proferida el 12 de abril de 2022, por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia.

SEGUNDO: IMPRIMIR a este proceso el trámite consagrado en el artículo 12 de la ley 2213 de 2022, con el objetivo de resolver la apelación instaurada contra el fallo de primer grado.

TERCERO: Ejecutoriado el presente auto ingrese las diligencias al Despacho a fin de continuar con el trámite correspondiente.

Notifíquese,


CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ
MAGISTRADO

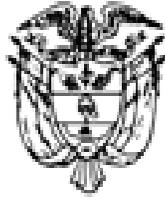
Firmado Por:
Carlos Augusto Zuluaga Ramirez
Magistrado
Sala 014 Despacho Civil
Tribunal Superior De Bogotá D.C.,

Código de verificación: 096877687c2fe59b191da7e272eecd52721db99879102a959a0e3744fabe32f

Documento generado en 30/08/2022 04:15:28 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintidós (2022)

**ASUNTO: PROCESO EJECUTIVO (ACTA DE CONCILIACIÓN)
PROMOVIDO POR LA SEÑORA SANDRA PATRICIA FIGUEROA
CASTIBLANCO CONTRA EL SEÑOR JOSÉ RAMIRO PÉREZ GÓMEZ
Rad. 008 2019 00783 01**

Sentencia escrita conforme al artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, cuyo proyecto se discutió en sesión de Sala de 13 de Julio y 3 de agosto de 2022, se aprobó en ésta última según acta 30 de la misma fecha.

Se decide el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia anticipada que profirió el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá el 17 de noviembre de 2021, dentro del asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. La señora Sandra Patricia Figueroa Castiblanco solicitó librar mandamiento de pago contra el señor José Ramiro Pérez Gómez por la suma de \$140'000.000, por concepto de capital contenido en el acta de conciliación que suscribieron el 10 de octubre de 2019 ante la Fiscalía

236 Unidad de Estafas de Bogotá, junto con los intereses moratorios a partir del 18 de octubre de 2019 y hasta cuando se verifique el pago total de la obligación.

2. Como sustento de lo pretendido relató que en la fecha precitada el demandado se constituyó en su deudor mediante la suscripción y aceptación del acta de conciliación “protocolizada”, ante la Fiscalía 236 Seccional Unidad Estafas de Bogotá, por la suma pretendida, pagadera el 17 de octubre de 2019 a las 2:00 p.m. en la calle 104 No. 14 A – 11 de Bogotá, documento que hace tránsito a cosa juzgada y que se hizo exigible el 18 de octubre de 2019, al contener una obligación expresa, clara y exigible que el convocado no ha cancelado parcial ni totalmente.

3. La Juez *a quo* libró el mandamiento ejecutivo¹ en la forma solicitada y notificado personalmente el ejecutado por conducto de apoderado, bajo el rótulo “**Excepciones de mérito**”, alegó que el negocio jurídico se originó a través de la solemnidad de las partes para dar por terminada una investigación penal instaurada por la demandante y el señor José Manuel Guerrero Galindo ante la Fiscalía 243 Seccional de Bogotá en contra del señor Homero Fonseca Joya, en la que hizo parte en calidad de comprador de los derechos de comunidad que le pertenecían al investigado y donde entregó a satisfacción unos bienes muebles relacionados y aceptados por las partes intervinientes “*la cual quedó como precedente la verificación de su autenticidad de la obra de arte BOTERO 87 EN TAMAÑO DE CUARTO DE PLIEGO 35X43CM*” tal como se desprende del contenido de las actas y del contrato de 19 de junio de 2016 protocolizado ante la Notaría 30 del Círculo de esta ciudad; por ende, considera que el acta de conciliación de la Fiscalía 236 Seccional aportada como base de ejecución no hace tránsito a cosa juzgada, “*por tratarse de hechos anteriores al nacimiento del negocio jurídico*”, no a lo manifestado por la apoderada de la demandante, en tanto se refiere a una obligación de dar.

¹ Folio 16 archivo 001CuadernoPrincipal019-0783.pdf contenido en la carpeta 01CuadernoPrincipal2019-0783 del expediente digital

4. La instancia culminó con sentencia anticipada, en la que la Juez de primer grado declaró fundada la excepción de falta de exigibilidad y constituirse una obligación de dar y no de entrega de sumas de dinero; declaró la terminación del proceso y la consecuente cancelación de los embargos y secuestros decretados; y condenó en costas a la parte demandante.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Luego de fijar el marco teórico y jurisprudencial para resolver, indicó que se allegó como título ejecutivo un acta de conciliación suscrita ante la Fiscalía 236 Seccional Unidad de Estafas de Bogotá de fecha 10 de octubre de 2019, donde las partes acordaron dar por terminada la investigación penal No. 110016000050201918572, de cuya lectura no se desprende que el demandado se haya obligado a pagar una suma determinada de dinero; que, por el contrario, el 17 de octubre de 2019 éste entregaría a la demandante una serie de obras de arte, certificadas y avaluadas por un curador en un equivalente a \$140´000.000, siempre y cuando se demostrara que la obra entregada con anterioridad y atribuida a Fernando Botero, fuese falsa.

Agregó, que si bien la ejecutante en su interrogatorio expresó que en la conciliación se pactó la entrega de una determinada suma de dinero, ello no se ajusta a lo que se incorporó en el acta de conciliación, la que contiene una obligación de dar.

Y aunque dentro de sus facultades podría modificar la orden de apremio, advirtió que el demandado cuestionó la exigibilidad del título por estar sometida a la verificación de autenticidad de la obra de arte “Botero 87” a cargo de la acreedora, quedando sometida a plazo o condición, sin que fuere objeto de reproche tal condicionamiento; y que no se allegó prueba que acreditara que la obra fue sido sometida a una experticia para verificar su originalidad, a lo que se suma que el demandado no aceptó que la obra de arte fuese espuria, ni existe constancia de esa aceptación en el acta de conciliación.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, la ejecutante apeló la sentencia mediante escrito presentado dentro de la oportunidad prevista en el artículo 322 del C.G.P., de cuyo contenido, se extractan los siguientes reparos:

i) No se tuvo en cuenta lo establecido en el Código General del Proceso, Código Civil, Ley 640 de 2001 y la jurisprudencia; los hechos de la demanda “*ni la génesis misma del Acta de Conciliación*”; los hechos relacionados en el acta de conciliación, conforme a los cuales en el mes de julio de 2016 el demandado entregó la obra de arte “Botero 87” que al ser objeto de verificación de autenticidad por su autor, manifestó que era falsa, por ello el 10 de octubre de 2019 se elevó acta de conciliación, que presta mérito ejecutivo, ante la Fiscalía 236 Seccional Unidad de Estafas de Bogotá, documento en el que se consignó en el acápite a pagar la suma de \$140`000.000 el 17 de octubre de 2019, cuyo incumplimiento motivó la presentación de la demanda.

ii) El acta de conciliación contiene una obligación expresa, clara y exigible, en los términos el artículo 422 del C.G.P., fue suscrita de manera libre y consciente por las partes como acuerdo para culminar la investigación penal identificada con el consecutivo 110016000050201918572.

Por auto adiado 26 de mayo de 2022 se ordenó correr el traslado previsto en el inciso 3° del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el que sustentó en oportunidad la apelante, sin que su contraparte lo descorriera en esta instancia.

IV. CONSIDERACIONES

1. Se encuentran presentes la capacidad de las partes para acudir al proceso, la demanda en forma y la competencia del juez para tramitar y decidir la instancia, lo que aunado a la ausencia de vicio con

idoneidad anulatoria, permite proferir la decisión que de esta Sala se reclama.

Para lo anterior, es necesario aclarar que si bien la sentencia se emitió como anticipada, con soporte en el numeral segundo del artículo 278 del Código General del Proceso, al no existir pruebas que practicar, al haberse agotado todas las fases del litigio en esa instancia, se considera que el proveído acá apelado, en rigor, no tiene la connotación de anticipada.

Al efecto véase que, en auto de 25 de marzo de 2021 que obra a folio 68 del cuaderno original, se dejó expresa constancia que: *“visto que en audiencia del 4 de febrero de 2021 se recaudaron los interrogatorios de parte necesarios dentro de este asunto, se decretaron las pruebas para resolver el litigio y a la fecha no existe medio probatorio pendiente de recaudar, el despacho concede a las partes el término común de cinco (5) días, para presentar alegatos de conclusión. Vencido el término anterior se resolverá esta instancia a través de sentencia anticipada y conforme al numeral 2º del artículo 278 del C.G.P.”*, es decir, se agotaron todas las fases del proceso que daban lugar a emitir sentencia.

Lo advertido es de relevancia porque en el evento de revocarse dicha providencia el asunto no se devolverá para que prosiga el trámite, como es lo usual, sino que en esta instancia se decidirá el asunto.

2. Aclarado lo anterior, se recuerda que el artículo 422 del C.G.P., prevé que pueden demandarse por la vía ejecutiva las obligaciones claras, expresas y exigibles que consten en un documento que provenga del deudor o su causante y que constituya plena prueba en su contra, así como las que incorporan las providencias judiciales y las que se reconozcan, mediante confesión, durante el interrogatorio de parte que se tramita como prueba anticipada.

Y que, si bien el canon 430 de la misma codificación limita la discusión por parte del demandado respecto de los requisitos formales del título, a la interposición del recurso de reposición contra el mandamiento de pago, esta Sala es del criterio que juzgador de segundo

grado tiene la facultad-deber de examinar tales requisitos de manera oficiosa, como así lo ha puesto de presente la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, al decir que:

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

“De modo que la revisión del título ejecutivo por parte del juez, para que tal se ajuste al canon 422 del Código General del Proceso, debe ser preliminar al emitirse la orden de apremio y también en la sentencia que, con posterioridad, decida sobre la litis, inclusive de forma oficiosa (...)”².

3. En esa tarea, el Tribunal observa que como soporte de la ejecución se adosó el “formato acta de conciliación”, suscrito por las partes el 10 de octubre de 2019, en la forma pre impresa de la Fiscalía General de la Nación con el Código FGN-MP02-F-11, donde figuran Sandra Patricia Figueroa Castiblanco como querellante/denunciante y José Ramiro Pérez Gómez como querellado/denunciado; y que según el acápite “*relación sucinta de los hechos*” obedeció porque el querellado le hizo entrega de una obra de arte “Botero 87” en tamaño de cuarto de pliego 35x43 cm a la querellante, sin la respectiva certificación de autenticidad que le dé el valor comercial a la obra. (Cfr. fl. 9 *ibidem*).

Dicha conciliación por autoridad judicial encuentra soporte en el artículo 522 de la Ley 906 de 2004, que prevé la conciliación en materia penal para los delitos querellables, la que debe surtirse obligatoriamente y como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, ante el fiscal que corresponda, como aconteció en este caso. Asimismo

² CSJ STC14164-2017, 11 sep., rad. 2017-00358-01

consagra la norma que la conciliación debe ceñirse a lo previsto en la Ley 640 de 2001.

Sobre la conciliación en general, la Corte Constitucional en sentencia C- 598 de 2011, consideró que:

La conciliación como mecanismo de resolución extrajudicial de resolución de conflictos se ha definido como “un procedimiento por el cual un número determinado de individuos, trabados entre sí por causa de una controversia jurídica, se reúnen para componerla con la intervención de un tercero neutral -conciliador- quién, además de proponer fórmulas de acuerdo, da fe de la decisión de arreglo y imparte su aprobación. El convenio al que se llega como resultado del acuerdo es obligatorio y definitivo para las partes que concilian.”

La nota característica de este mecanismo de resolución de conflictos **es la voluntariedad** de las partes para llegar a la solución de su controversia, pues son ellas, ayudadas por el conciliador que no tiene una facultad decisoria, quienes presentan las fórmulas de acuerdo con las que se espera poner fin a sus divergencias. Es, entonces, un mecanismo de autocomposición porque son las partes en conflicto y no un tercero, llámese juez o árbitro, quienes acuerdan o componen sus diferencias. Sobre la autocomposición y la conciliación como una forma de mediación, la sentencia **C-1195 de 2001** señaló:

“En la autocomposición las partes pueden abordar la solución del conflicto, ya sea comunicándose e intercambiando propuestas directamente -y en este caso estamos ante una negociación-, o bien con la intervención de un tercero neutral e imparcial que facilita y promueve el diálogo y la negociación entre ellas -y en ese evento nos encontramos ante la mediación, en cualquiera de sus modalidades-. Si bien el término conciliación se emplea en varias legislaciones como sinónimo de mediación, en sentido estricto la conciliación es una forma particular de mediación en la que el tercero neutral e imparcial, además de facilitar la comunicación y la negociación entre las partes, puede proponer fórmulas de solución que las partes pueden o no aceptar según sea su voluntad”

El acuerdo al que pueden llegar las partes debe ser vertido en un documento que por imperio de la ley hace tránsito a cosa juzgada y, por ende, obligatorio para éstas. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el término conciliación tiene o admite dos acepciones: **una jurídico procesal**, que lo identifica o clasifica como un mecanismo extrajudicial o trámite procedimental judicial que persigue un fin específico; **y otra jurídico sustancial** que hace relación al acuerdo en sí mismo considerado.

Bajo estas dos acepciones son las partes las que en ejercicio de su libertad dispositiva **deciden voluntariamente** si llegan o no a un acuerdo, conservando siempre la posibilidad de acudir a la jurisdicción, es decir, a los órganos del Estado que constitucional y permanentemente tienen la función de administrar justicia para que en dicha sede se resuelva el conflicto planteado.
(...)

La importancia de los mecanismos alternos de resolución de conflictos entre ellos la conciliación, se puede resumir en los términos de la jurisprudencia constitucional, así: **i)** buscan hacer efectivo uno de los fines constitucionales como el de la convivencia pacífica, **ii)** permiten la participación directa de los interesados en la resolución de sus conflictos, como una manifestación del principio de participación democrática que es axial a nuestra organización estatal, **iii)** son otra forma de hacer efectivo el derecho de acceso a la administración de

justicia y iv) son un buen mecanismo para lograr la descongestión judicial, pero no se debe tener como su fin único o esencial.

Por su parte la Ley 640 de 2001, en su artículo primero prevé que el acta de conciliación deberá contener:

- “1. Lugar, fecha y hora de audiencia de conciliación.
2. Identificación del Conciliador.
3. Identificación de las personas citadas con señalamiento expreso de las que asisten a la audiencia.
4. Relación sucinta de las pretensiones motivo de la conciliación.
5. El acuerdo logrado por las partes con indicación de la cuantía, modo, tiempo y lugar de cumplimiento de las obligaciones pactadas.”

3.1 Revisado el documento en donde se plasmó la conciliación la Sala observa una primera hoja en donde se satisface el primer y tercer requisito. Al efecto tenemos:

PROCESO INVESTIGACIÓN Y JUDICIALIZACIÓN										
 FORMATO ACTA DE CONCILIACIÓN								Código		
Fecha emisión								FGN-MP02-F-11		
2015		11		26		Versión: 01		Página: 1 de 4		
/Departamento	CUNDINAMARCA	Municipio	BOGOTA	Fecha	2019/10/10	Hora:				
Código único de la investigación y delito(s):										
11	00	16	000050	2019	18572					
Dpto.	Municipio	Entidad	Unidad Receptora	Año	Consecutivo					
1. DATOS DEL QUERELLANTE/DENUNCIANTE:										
Identificación										
Tipo de documento:	C.C.	X	Pas.		C.E.		Otro		No.	51.996.201
Expedido en	País: COLOMBIA		Departamento:			CUNDINAMARCA	Municipio: BOGOTA			
Primer Nombre	SANDRA				Segundo Nombre		PATRICIA			
Primer Apellido	FIGUEROA				Segundo Apellido		CASTIBLANCO			
Fecha de Nacimiento	Día	28	Mes	07	Año	1969	Edad	Sexo	FEMENINO	
Lugar de Nacimiento										
País	Colombia		Departamento			Cundinamarca	Municipio	Bogota		
Alias o apodo					Profesión u ocupación		CONTADORA			
Estado civil					Nivel Educativo		PROFESIONAL			
Lugar de residencia										
Dirección	CALLE 93 N° 14- 20 OFC 609			Barrio		CHICO NORTE				
Municipio	BOGOTA		Departamento			CUNDINAMARCA	Teléfono	3144763791		
Correo Electrónico										

2. DATOS DEL APODERADO

Identificación										
Tiene asignado defensor?	NO	SI	Público:		Privado	X	LT			TP No. 157630
Tipo de documento:	C.C.	X	Pas.		C.E.		Otro		No.	79.434.687
Expedido en	Departamento:	CUNDINAMARCA				Municipio:	BOGOTA			
Nombres:	HERNANDO				Apellidos:	BALLESTEROS TRASLAVIÑA				
Lugar de notificación										
Dirección:	CARRERA 13 A N° 28 38 OFC 233				Barrio:	PARQUE CENTRAL BAVARIA				

3. DATOS DEL QUERELLADO/DENUNCIADO:

Identificación											
Tipo de documento:	C.C.	X	Pas.		C.E.		Otro		No.	19.237.001	
Expedido en	Pais:	COLOMBIA		Departamento:	CUNDINAMARCA			Municipio:	BOGOTA		
Primer Nombre	JOSE				Segundo Nombre	RAMIRO					
Primer Apellido	PEREZ				Segundo Apellido	GOMEZ					
Fecha de Nacimiento	Día	01	Mes	12	Año	1952	Edad	Sexo	MASCULINO		

Este documento es copia del original que reposa en la Intranet. Su impresión o descarga se considera una Copia No Controlada.
Para ver el documento controlado ingrese al BIT en la intranet. <http://web.fiscalia.col/fiscalnet/>

De donde se extracta que la audiencia se celebró el 10 de octubre de 2019, en Bogotá, en la instalaciones de la Fiscalía, los datos de la querellante son los que corresponden a la hoy demandante o ejecutante; y los del querellado, hoy demandado o ejecutado.

La segunda hoja de la conciliación, contiene el cuarto requisito, referido a la relación sucinta de las pretensiones motivo de la conciliación, que es la intervención de cada una de las partes, donde muestran al conciliador sus pretensiones, es un dialogo explorativo entre las mismas, que si bien sirve para llegar al acuerdo definitivo no siempre es el acuerdo en sí, en razón a que para ello es necesario que lo que una parte propone la otra lo acepte sin condicionamiento alguno. Esas pretensiones quedaron plasmadas dentro del acápite 7, denominado ESPACIO PARA DESCRIBIR: PRETENSIONES DEL QUERELLANTE, PROPUESTAS Y ACUERDO (CLARO Y EXPRESO), así:

EL DIA DE HOY SE HACEN PRESENTES LA SEÑORA SANDRA PATRICIA FIGUEROA CASTIBLANCO, IDENTIFICADA CON LA C.C. No. 51.996.201 EN CALIDAD DE DENUNCIANTE, EL DR. HERNANDO BALLESTEROS TRASLAVIÑA IDENTIFICADO CON LA CC: N° 79.434.684 TP. N° 157630 EN CALIDAD DE APODERADO DE LA MISMA Y EL SEÑOR JOSE RAMIRO PEREZ GOMEZ IDENTIFICADO CON LA CC. N° 19.237.001 EN CALIDAD DE INDCIADO, CON EL FIN DE LLEGAR A UN ACUERDO-CONCILIACION EN RELACION A LOS HECHOS MOTIVO DE INVESTIGACION DENTRO DEL RADICADO DE LA REFERENCIA. SEGUIDAMENTE SE LE DA LA PALABRA AL PRIMERO DE LOS MENCIONADOS SANDRA PATRICIA FIGUEROA CASTIBLANCO: QUIEN MANIFIESTA: YO RECIBIE LA OBRA DE ARTE POR PARTE DE PAGO DEL 40% POR CIENTO DE LA FINCA GOLCONDA Y ESTA OBRA DE ARTE DEL PINTOR FERNADO BOTERO ES FALSA Y POR ESO INICIE LA DEMANDA PENAL PARA RECUPERAR EL VALOR POR EL CUAL LE FE ENTREGADO VALOR DE \$ 130.000.000 MILLONES Y EL CUAL LLEGAMOS A UN ACUERDO: QUE EL DIA 17 DE OCTUBRE DE 2019 A LAS 2.00 PM ME SERA REMPLAZADO POR OBRA DE ARTE CERTIFICADA Y AVALADA POR UN CURADOR Y ACEPTO QUE SE HAGA POR EL VALOR DE \$ 140.000.000 MILLONES. QUIERO ACALARAR QUE LA OBRA LA RECIBIMOS DEL SEÑOR HOMERO FONSECA QUIEN ENTREGO EL 40% DE LA FINCA GOLCONDA AL SEÑOR RAMIRO PEREZ SIENDO ESTA DE MI PROPIEDAD, Y ESTE CUADRO SE RECIBIO POR PARTE DE PAGO DEL 40% DE LA FINCA GOLDONDA, SEGUIDAMENTE SE LE DA LA PALABRA AL SEÑOR JOSE RAMIRO PEREZ GOMEZ QUIEN MANIFIESTA: SI ES CORRECTO QUE LE CUBRO POR ESE VALOR EN OBRAS DE ARTE PERO QUIERO ACLARAR QUE TENDO LAS OBRA ORIGINALES LAS QUE TENGO EN MI CASA NO PUEDO GARANTIZAR QUE TENGA ALGUNOS CERTIFICADOS QUIEN AVALUA ESTAS OBRAS SON UNOS EXPERTOS EN ARTE, SIEMPRE Y CUANDO DEJO CLARO QUE ME DEMUSTREN QUE LA OBRA DEL MAESTRO FERNANDO BOTERO ES FALSA. QUIERO ACLARAR QUE LA OBRA DE ARTE SE LA ENTREGUE AL SEÑOR HOMERO FONSECA Y EL SEÑOR HOMERO FONSECA LE ENTREGO A LA SEÑORA SANDRA LA OBRA DE ARTE.

Nótese que ahí, en uso de la palabra si bien la denunciante afirma que llegaron a un acuerdo, sus condiciones son: el reemplazo de la obra de arte certificada y avalada por un curador y acepta que se haga por valor de \$ 140.000.000,00; empero, al dársele traslado al denunciado, asiente cubrir el valor de \$ 140.000.000 con de obras de arte, pero que no puede garantizar que tenga los certificados que avalen su autenticidad y, además, pidió que le demostraran que la obra de arte de Fernando Botero era falsa.

En esas condiciones, en verdad, no se puede afirmar que ese acápite contiene la conciliación de las partes, porque lo que pretendía la denunciante eran obras de arte certificadas, lo que el querellado no le garantizó y adicionó un requisito que la denunciante debía cumplir, que le demostrara que la obra de Botero era falsa, cuando eso precisamente fue lo que motivó a la querellante a acudir a la justicia penal y lo que dio origen a dicha conciliación. En lo único que coincidieron fue en el monto de las obras \$ 140.000.000. Tampoco hay expresa constancia que una parte hubiese aceptado lo propuesto por la otra en esa fase inicial de la exploración de las pretensiones.

Por tanto, no hay un argumento valedero para sostener, como lo hizo la funcionaria de primera instancia, que dentro de la conciliación lo que las partes convinieron fue una obligación de dar sujeta a condición, puesto que, se reitera, no aparece manifestación expresa de aceptación los intervinientes en ese sentido.

Por el contrario, el acuerdo logrado por las partes con indicación de la cuantía, modo, tiempo y lugar de cumplimiento de las obligaciones pactadas, quinto requisito del acta de conciliación sí aparece de manera expresa bajo el rótulo de “FORMA Y PAGO DE LA CONCILIACIÓN” de la siguiente manera:

FORMA DE PAGO DE LA CONCILIACIÓN <i>(Si la obligación se pacta en cuotas, se diligenciará un cuadro para cada cuota)</i>	
Fecha del pago	17 OCTUBRE DE 2019
Hora del pago	2:00 PM
Cantidad a Pagar	CIENTO CUARENTA MILLONES (\$ 140.000.000)
Lugar en que se realizará el pago	Dirección: CALLE 104 N° 14 A 11 Ciudad: Bogotá D.C.
Interés Moratorio	Se pacta como interés moratorio el máximo establecido en la legislación comercial.
Datos del Acreedor	SANDRA PATRICIA FIGUEROA CASTIBLANCO C.C. No. 51 996 201
Datos del deudor o codeudores	JOSE RAMIRO PEREZ GOMEZ C.C. No. 19.237.001
Notificación Judicial del deudor o codeudores ante la jurisdicción civil	Dirección: CALLE 104 N° 14 A 11 Teléfono: 2570358 Correo electrónico: noviasmils@hotmail.com Nota: El deudor o los codeudores manifiestan bajo la gravedad de juramento que los datos enunciados corresponden a su notificación judicial para efectos de ser notificados de una demanda ejecutiva en caso de incumplir con la obligación.
Exigibilidad	Se deja constancia que se expide al acreedor primera copia autentica que presta mérito ejecutivo, donde el deudor manifiesta que renuncia a la constitución en mora de que trata el artículo 1608 del Código Civil, pudiendo ejecutar la obligación el acreedor una vez se vencido el plazo establecido para el pago de la obligación.

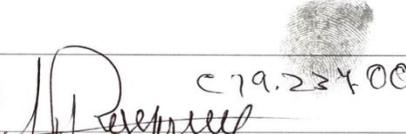
De lo allí plasmado nació la obligación para el hoy demandado de pagar a favor de la demandante la suma de \$ 140.000.000,00 el día 17 de octubre de 2019, junto con el interés moratorio al máximo establecido en la legislación comercial, puesto que así lo aceptó al suscribir sin ninguna observación la conciliación, pese a la prerrogativa que le otorgaba el artículo 2° de la ley 640 de 2001 cuando las partes no concilian, o cuando lo plasmado no se aviene a la expresión de la voluntad.

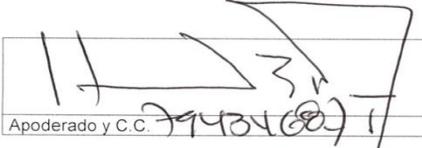
Además, esa conciliación fue el fundamento para que la Fiscal dejara expresa constancia de que fue libre y voluntario, lo que daba lugar a ordenar el archivo de las diligencias penales; de no haber sido así no habría podido darle finiquito a esa actuación que por estafa se estaba cursando en contra del querellado, hoy demandado dentro de este asunto, como así se ve en la redacción final del documento que contiene la conciliación.

Como quiera que las partes han llegado a un acuerdo en forma libre y voluntaria y observando que se ajusta a las normas legales, procede la Fiscalía a Ordenar el archivo de las presentes diligencias penales por CONCILIACION de conformidad con el Artículo _____ (Art. 522 o 37 de la ley 906 de 2004).

Se les informa que la presente acta PRESTA MERITO EJECUTIVO Y HACE TRANSITO A COSA JUZGADA de acuerdo a la Ley 640 de 2.001 de conformidad con la constancia anexa a esta acta entregada al acreedor.

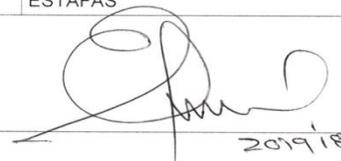
8. FIRMAS:

	
Querellante. No. documento identificación: 57996201	Querrelado. No. documento identificación: C 79.23400

	Apoderado y C.C.
Apoderado y C.C. 79434007	

9. DATOS DEL FISCAL:

Nombres y apellidos		ESMERALDA GONZALEZ	
Dirección:		Oficina:	236
Departamento:	CUNDINAMARCA	Municipio:	BOGOTA
Teléfono:		Correo electrónico:	
Unidad	ESTAFAS	No. de Fiscalía	236 SECCIONAL

Firma, 
2019/08/22

De esa parte final, también aflora el segundo requisito del acta de conciliación, como lo es la identificación del conciliador, en este caso, la Fiscal 236 Seccional; conciliación que obviamente hace tránsito a cosa juzgada, por mandato de la ley, contrario a lo que sostuvo el demandado en su defensa. En palabras de la Corte Constitucional, arriba citada, *“el acuerdo al que pueden llegar las partes debe ser vertido en un documento que por imperio de la ley hace tránsito a cosa juzgada y, por ende, obligatorio para éstas.”*

4. En esas condiciones, para la Sala no hay duda que la obligación contenida en el acta de conciliación que se ejecuta es clara, es expresa, es exigible y proviene del deudor, hoy demandado, satisfaciéndose de esta manera el artículo 422 del Código General del Proceso; además, contrario a lo que sostuvo la defensa del demandado, la misma contiene tanto los requisitos formales como los de fondo o sustanciales si se tiene en cuenta que:

Los **requisitos formales** exigen que el documento o conjunto de documentos que dan cuenta de la existencia de la obligación **“(i) sean**

auténticos y **(ii)** emanen del deudor o de su causante, de una sentencia de condena proferida por el juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, o de las providencias que en procesos contencioso administrativos o de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, o de un acto administrativo en firme...”³.

Acá, la autenticidad del acta no fue cuestionada, como tampoco que la obligación que ella contiene emanó de un acto voluntario del deudor demandado contenida en una conciliación judicial, plasmada en un acta que satisface los requisitos del artículo 1º de la Ley 640 de 2001.

Los **requisitos de fondo o sustanciales** “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. Es **clara** la obligación que no da lugar a equívocos, en otras palabras, en la que están identificados el deudor, el acreedor, la naturaleza de la obligación y los factores que la determinan. Es **expresa** cuando de la redacción misma del documento, aparece nítida y manifiesta la obligación. Es **exigible** si su cumplimiento no está sujeto a un plazo o a una condición, dicho de otro modo, si se trata de una obligación pura y simple ya declarada”⁴.

En síntesis, los requisitos formales se concretan a que el documento donde consta la obligación provenga del deudor y constituya plena prueba en su contra; por su parte, las condiciones de fondo o sustanciales hacen relación a la obligación contenida en el documento, la cual, como según lo prevé el artículo 422 citado debe ser clara, expresa y exigible.

³ Cort. Cont. Sentencia T-283 de 2013

⁴ *Ibidem*

De manera que, conforme al artículo 430 del C.G.P., el deudor demandado, lo que puede cuestionar mediante reposición contra el mandamiento de pago es, o que la obligación no proviene de él, o que el título o documento presentado como base de la acción no constituye plena prueba en su contra; por tanto, los demás requisitos deben ser impugnados mediante la proposición de excepciones de mérito.

No obstante, esa facultad de proponer excepciones de fondo está limitada por el numeral 2º del artículo 442 del C.G.P., tratándose de obligaciones que emanan de conciliación, a pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, en las condiciones allí previstas, y acá el convocado no las ventiló; por el contrario, la propuesta y reconocida estuvo fundada en la falta de exigibilidad y constituirse una obligación de dar y no de entrega de sumas de dinero, con lo que se desconoció de manera abierta el citado precepto.

4. En consideración a que los reparos formulados contra la sentencia de primera instancia tienen la virtualidad de progresar, se revocará la misma, se declararan no configuradas la excepciones propuestas, se dispondrá seguir adelante con la ejecución, en la forma y términos del mandamiento de pago, y se condenará en costas de ambas instancias al demandado, para ello la Magistrada Sustanciadora fija, para esta sede, la suma de \$1'000.000, equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, de conformidad con lo establecido en el numeral 4º, artículo 5º del Acuerdo 10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

REVOCAR la sentencia que profirió el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá el 17 de noviembre de 2021, dentro de este asunto, por las razones decantadas en este proveído. En consecuencia, DISPONE.

PRIMERO: DECLARAR no configuradas las excepciones propuestas por el demandado, conforme a los fundamentos expuestos en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: SEGUIR adelante con la ejecución, en la forma y términos del mandamiento de pago. Avalúense los bienes cautelados, si los hubiere, para proceder a su remate, asimismo liquídese el crédito en la forma dispuesta en el C.G.P.

TERCERO: CONDENAR en costas de ambas instancias al demandado. La Magistrada Sustanciadora fija, para esta sede, la suma de \$1'000.000, equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, de conformidad con lo establecido en el numeral 4°, artículo 5° del Acuerdo 10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

CUARTO: En firme este proveído, **DEVÚELVASE** la actuación digital al juzgado de origen. Por secretaría déjense las constancias pertinentes.

NOTIFÍQUESE,

Los Magistrados,

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **6e59d3c8e569b7814d50ed6c39d41294236aa055268d5b93757fef423f7c483c**

Documento generado en 30/08/2022 11:26:50 AM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Rad. 110013103016202000272 01

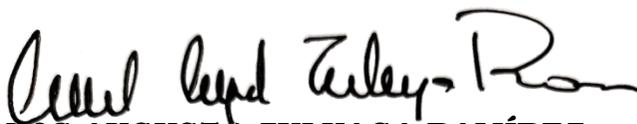
Bogotá D.C., treinta (30) de agosto del año dos mil veintidós (2022)

**REF. PROCESO EJECUTIVO DE BANCOLOMBIA S.A. CONTRA
OILFIELD TOOLS SUPPLY S.A.S**

Atendiendo, la solicitud arrimada por la parte ejecutante-apelante en el memorial arrimado el 26 de agosto de 2021, a través de apoderado judicial, de conformidad con lo normado en el artículo 314 del Código General del Proceso, **SE ACEPTA EL DESISTIMIENTO** de la alzada presentada.

Por secretaría retórnese el expediente al juzgado de origen, dejando las constancias de rigor.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ
Magistrado

Firmado Por:
Carlos Augusto Zuluaga Ramirez
Magistrado
Sala 014 Despacho Civil
Tribunal Superior De Bogotá D.C.,

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

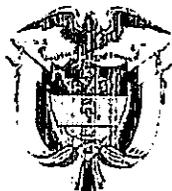
Código de verificación: **78a93b20a617b1d83217ade70cfbf892286ff50f651642840d7671637e7f4cab**

Documento generado en 30/08/2022 04:15:27 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE

BOGOTÁ

SALA CIVIL

MAGISTRADO PONENTE: JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintidós (2022).

RAD. 110013103 020 2013 00667 01

ASUNTO A TRATAR

En providencia de 15 de julio de 2022 se declaró desierta la apelación presentada por María Rosa Patiño Caro, por no haber sido sustentada en el plazo previsto en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 en concordancia con el numeral 3 del precepto 322 del Código General del Proceso, y se corrió traslado de algunos reparos presentados en primera instancia por el apoderado del demandado Allianz Seguros S.A.

El apoderado de María Rosa Patiño recurrió en súplica esa decisión aseverando que en el escrito de interposición del recurso expuso someramente los argumentos de la inconformidad de la decisión.

El procurador judicial de Allianz Seguros también formuló idéntica impugnación señalando que no se corrió traslado para sustentar la apelación en segunda instancia; que el auto admisorio corrió traslado a la parte contraria, de la sustentación que se hizo ante el juez de primera instancia, y la secretaría tampoco ha fijado el respectivo traslado.

CONSIDERACIONES:

En materia de recursos verticales, en el sistema procesal nuestro se adoptó el postulado de la taxatividad; es decir que sólo son apelables las providencias expresamente señaladas en el artículo 321 del Código General del Proceso y en las demás normas especiales. Y en el 331 se consagró que son susceptibles del recurso de súplica los autos dictados por el magistrado sustanciador en segunda o única instancia, y que por su naturaleza serían apelables.

El auto que declara desierta la alzada o corre traslado de la sustentación de algunos reparos presentados en primera instancia, no está incluido en la lista taxativa que dispuso el legislador; luego, no se da el supuesto de hecho consagrado en la norma para el trámite de la súplica.

3. Conclusión. El recurso a través del que se atacó la providencia es improcedente.

LA DECISIÓN

J.E.M.V. RAD 110013103 020 2013 00667 01

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Dual Civil,

RESUELVE:

PRIMERO: Se rechaza por improcedente el recurso interpuesto por la parte demandada – María Rosa Patiño y Allianz Seguros S. A. – conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Se ordena remitir el expediente al Magistrado Sustanciador para que le dé el trámite respectivo a los recursos interpuestos.

NOTIFÍQUESE



JESÚS EMILIO MUNERA VILLEGAS
Magistrado



RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE
MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintidós (2022)

**ASUNTO: PROCESO VERBAL (RESPONSABILIDAD CIVIL
EXTRACONTRACTUAL) PROMOVIDO POR LA SEÑORA MILAIDA
BRIÑEZ DUCUARA en representación del menor ANDRÉS FELIPE
TIQUE BRIÑEZ CONTRA EL SEÑOR JAIRO ALBERTO ESPEJO
ESCALANTE Y OTROS. Rad. 021 2019 00171 01**

Sentencia escrita conforme al artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, cuyo proyecto se aprobó y discutió en sesión de Sala de 13 de Julio de 2022, según acta 26 de la misma fecha

Se resuelve el recurso de apelación que promovió la parte demandante contra la sentencia que profirió el Juzgado 21 Civil del Circuito el 2 de diciembre de 2021, dentro de este asunto.

I. ANTECEDENTES

1. La señora Milaida Briñez Ducuara, en representación del menor Andrés Felipe Tique Briñez, formuló demanda de responsabilidad civil extracontractual contra los señores Jairo Alberto Espejo Escalante y Jairo Alberto Espejo Molano, la sociedad Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., para que se declare que son responsables por los

perjuicios derivados del accidente de tránsito en el que perdió la vida el señor José Eudoro Tique Poloche, el 1° de septiembre de 2016.

En consecuencia, pidió que se condene a los demandados a pagar la suma de \$158'132.196 por concepto de lucro cesante, así como el equivalente a 700 salarios mínimos legales mensuales vigentes por reconocimiento o indemnización de los daños extrapatrimoniales causados al menor Andrés Felipe Tique Briñez; y por las costas del proceso.

2. Como sustento de lo pretendido adujo que el 1° de septiembre de 2016, en la autopista norte con calle 128 C, a las 20:50 horas aproximadamente, el vehículo Ford de placas DGP 473, conducido por el señor Jairo Alberto Espejo Escalante y que contaba con póliza de responsabilidad civil extracontractual con la compañía demandada, atropelló fuertemente al señor José Eudoro Tique Poloche, quien resultó gravemente herido, por lo que fue trasladado a la Clínica Shaio donde fue atendido por urgencias y diagnosticado con trauma cráneo encefálico severo por aplastamiento con compromiso neurológico e inminente muerte.

Agregó, que tras un año de tratamientos y de encontrarse en estado de coma, el señor Tique Poloche falleció el 20 de octubre de 2017; que este último tenía un hijo menor de edad a cargo, Andrés Felipe Tique Briñez, respecto del cual los demandados están obligados solidariamente a indemnizar los perjuicios causados, por las secuelas que le quedarán para toda su vida, en razón a que tendrá que vivir con la ausencia de su figura paterna por cuanto el señor José Eudoro se destacaba por ser un padre responsable, quien laboraba como plomero.

3. Admitida la demanda¹ y notificados personalmente y por aviso del auto admisorio los demandados Jairo Alberto Espejo Escalante y Jairo Alberto Espejo Molano, respectivamente, se opusieron a las pretensiones de la demanda por vía de las defensas de mérito que denominaron:

¹ Folio 216 archivo 0001 ExpedienteProcesoJudicial2019-171.pdf

3.1. **“Inexistencia de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual”**, al encontrarse demostrado que el conductor del vehículo de placas DPG-473 no infringió la normatividad de tránsito, toda vez que en el informe de tránsito no le atribuyó ninguna falta; por el contrario, fue al peatón a quien se le codificó la causal 411 consistente en no hacer uso de los pasos peatonales existentes, aspecto que rompe el nexo causal, al no existir una relación de causalidad entre la actividad peligrosa desplegada por el conductor y el daño.

3.2. **“Inexistencia de responsabilidad del conductor del vehículo asegurado de placas DGP473 por hecho exclusivo de la víctima”**, el señor José Eudoro Tique Poloche (q.e.p.d.) quien fue el causante del hecho generador del fatal accidente, al violar el deber objetivo de cuidado, puesto que el accidente se produjo cuando el peatón intentaba entrar sin pagar a una estación de Transmilenio atravesando de manera intempestiva la autopista norte a la altura de la calle 128 C, lo que constituye la causa adecuada del accidente, máxime cuando existía un paso peatonal a menos de 20 metros. Además, la investigación de la Fiscalía fue archivada sin que existiera imputación al señor Jairo Alberto Espejo Escalante, al no determinarse exceso de velocidad y huella de frenado, por lo inesperado del accidente, que no le dio tiempo al conductor del vehículo de reaccionar.

3.3. **“Excesiva tasación de los perjuicios inmateriales solicitados por el actor”** los que deben ser fijados por el *arbitrium iudicis*, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso en concreto para imponer el monto de la indemnización, la que debe ser fijada en pesos y no en salarios mínimos.

3.4. **“A los perjuicios materiales – Lucro cesante”** a cuya estimación efectuada por la parte demandante se opone por no estar debidamente demostrados.

3.5. **“Excepción genérica”** en el evento de encontrar acreditados hechos que den lugar a la declaratoria de una excepción.

4. Por su parte, Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda principal y del llamamiento en garantía por vía de las excepciones de mérito que rotuló:

4.1. “**Hecho exclusivo de la víctima**” señor Tique Poloche, quien fue el único responsable del fatal accidente, de acuerdo con la causal 411 registrada en el informe policial de accidentes de tránsito, la que se enmarca en el incumplimiento de los deberes consagrados en los artículos 55 y 58 (numerales 2, 4 y 5) del Código Nacional de Tránsito y configura un eximente de responsabilidad; y el error en que incurrió la parte actora en cuanto a la estimación de la indemnización.

4.2. “**Frente a los perjuicios inmateriales daño moral**” la estimación realizada por la parte demandante sobrepasa los límites jurisprudenciales.

4.3. “**Límite en la obligación de indemnizar por parte de Mapfre Seguros Generales de Colombia**” a la que acude en caso de que se declare que incurre en ella, para ello se debe tener en cuenta el monto de cobertura, deducibles, límites y sublímites, señalados en la póliza de automóviles súper trébol.

4.4. “**Excepción genérica**” de acuerdo con el artículo 282 del Código General del Proceso, en caso de encontrarse probada.

4.5. “**Indebida cuantificación de los perjuicios materiales e inmateriales solicitados por la parte actora**”, por la imprecisión en que incurrió al realizar la estimación del lucro cesante.

5. Agotado el trámite de la instancia, la Juez le puso fin con la sentencia en la que declaró probadas las excepciones de “*Inexistencia de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual*” y “*Hecho exclusivo de la víctima*”, propuestas por el extremo demandado Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.; negó las pretensiones de la demanda; declaró terminado el proceso; y se abstuvo de condenar en costas a la demandante.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Memoró que el asunto se rige por los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, donde existe una presunción legal de culpa del conductor, quien puede desvirtuarla, si acredita un eximente de responsabilidad, como el que se invocó referido al hecho de la víctima como el causante del accidente.

Agregó, que el conductor del vehículo y la señora Laura Fonseca fueron los únicos presentes al momento del accidente; que el informe policial de accidente de tránsito endilgó al señor Tique Poloche la causa que corresponde a la hipótesis 411, al igual que el informe FPJ de 1° de septiembre de 2016; que las circunstancias descritas en los interrogatorios de parte coinciden con lo que declaró la citada testigo de los hechos, respecto de quien se propuso tacha, lo que tornaba la valoración de la prueba con mayor rigor, empero, sus versiones son coherentes con lo que ilustra la prueba documental, luego no había lugar a endilgar responsabilidad del accidente al conductor del automotor, pese a que desarrollaba una actividad peligrosa.

Concluyó que fue el actuar imprudente del peatón, quien no hizo uso del paso peatonal existente, el causante del accidente, con lo que se prueba la defensa referida al hecho exclusivo de la víctima, puesto que no existe medio de convicción que indique que el conductor transitara con exceso de velocidad o que estuviera ebrio; que todo ello conlleva a descartar el análisis de las demás exigencias de la acción y de las excepciones propuestas; y que por tratarse de un menor de edad, quien se ubica en el extremo demandante, no hay lugar a condenar en costas.

III. RECURSO DE APELACIÓN

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

i) No fueron valoradas las pruebas testimoniales, los documentos e interrogatorio de parte, con los cuales se puede establecer que no se rompió el nexo causal “*que llevaba la responsabilidad civil extracontractual*”.

Por auto adiado 12 de mayo de 2022 se ordenó correr el traslado previsto en el inciso 3° del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el cual sustentó en oportunidad la parte apelante, sin que su contraparte lo recorriera en esta instancia.

IV. CONSIDERACIONES

1. No hay duda de la configuración de los denominados presupuestos procesales en este asunto y no se observa vicio con entidad anulatoria, lo que permite proferir la decisión que en esta instancia se reclama.

2. Atendiendo el contenido del fallo de primer grado y lo expuesto por el recurrente en la impugnación, corresponde a la Sala establecer si se configuró o no el eximente de responsabilidad, hecho exclusivo de la víctima, que halló probado la juzgadora de primera instancia.

3. Para resolver, se debe tener como primera consideración que tratándose de responsabilidad civil extracontractual originada por una actividad calificada de peligrosa, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, soportada en el artículo 2356 del Código Civil:

“...ha adoctrinado un régimen conceptual y probatorio especial o propio, en el cual la culpa se presume en cabeza del demandado bastándole a la víctima demostrar el hecho intencional o culposo

atribuible a éste, el perjuicio padecido y la relación de causalidad entre éste y aquél. La presunción, bajo ese criterio, no puede ceder sino ante la demostración de una conducta resultante de un caso fortuito, fuerza mayor, o de la ocurrencia de un hecho extraño como la culpa exclusiva de la víctima o culpa de un tercero, con el propósito de favorecer a las víctimas de accidentes en donde el hombre utilizando en sus labores fuerzas de las que no siempre puede ejercer control absoluto, son capaces de romper el equilibrio existente, y como secuela colocan a las personas o a los coasociados bajo el riesgo inminente de recibir lesión”².

Por tanto, la presunción de culpa que recae sobre quien ejecuta actividades consideradas peligrosas por el ordenamiento será suficiente para estructurar la responsabilidad del propietario y/o el conductor o quien funja en últimas como guardián del automotor, si no se acreditan alguno de los eventos de la denominada “*causa extraña*”, esto es, fuerza mayor o caso fortuito, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima; ésta última propuesta como excepción por la conducta imprudente o negligente del sujeto damnificado.

Al respecto, ha precisado la misma Corporación que:

...en la ejecución de esa tarea evaluativa no se puede inadvertir ‘que para que se configure la culpa de la víctima, como hecho exonerativo de responsabilidad civil, debe aparecer de manera clara su influencia en la ocurrencia del daño, tanto como para que, no obstante la naturaleza y entidad de la actividad peligrosa, ésta deba considerarse irrelevante o apenas concurrente dentro del conjunto de sucesos que constituyen la cadena causal antecedente del resultado dañoso’. Lo anterior es así por cuanto, en tratándose ‘de la concurrencia de causas que se produce cuando en el origen del perjuicio confluyen el hecho ilícito del ofensor y el obrar reprochable de la víctima, deviene fundamental establecer con exactitud la injerencia de este segundo factor en la producción del daño, habida cuenta que una investigación de esta índole viene impuesta por dos principios elementales de lógica jurídica que dominan esta materia, a saber: que cada quien debe soportar el daño en la medida en que ha contribuido a provocarlo, y que nadie debe cargar con la responsabilidad y el perjuicio ocasionado por otro (G. J. Tomos LXI, pág. 60, LXXVII, pág. 699, y CLXXXVIII, pág. 186, Primer Semestre, (...) Reiterado en CSJ CS Jul. 25 de 2014, radiación n. 2006-00315)

² C.S.J. Civil, SC 5885 del 6 de mayo de 2016 Exp. 04-2004-00032-01.

Para el caso, el fundamento de esa causa extraña que encontró acreditada la funcionaria e instancia, se soportó en el hecho de que fue el señor José Eudoro Tique Poloche (q.e.p.d.) el causante del hecho generador del daño que padeció, en razón a que el accidente se produjo cuando en su condición de peatón atravesó de manera intempestiva la autopista norte a la altura de la calle 128 C, cuando a pocos metros se encuentra ubicado un puente peatonal, actuar que quedó reflejado en el informe de tránsito bajo la causal 411 como hipótesis del accidente.

En palabras de la Corte:

“cuando la actividad de la víctima puede considerarse como causa exclusiva del daño, habrá exoneración total para el demandado; poco importa que el hecho de la víctima sea culposo o no; en este caso, ese hecho constituye una fuerza mayor que exonera totalmente al demandado. Este punto adquiere señalada importancia, ya que tradicionalmente se ha pensado que el hecho de la víctima debe ser culposo para que pueda hablarse de exoneración del responsable”³; ello determina, entonces, sin lugar a ambages, que “el hecho exclusivo de la víctima, culposo o no, constituye una causa extraña con poder liberatorio total”⁴.

4. En el presente asunto, es evidente que el extremo demandante y apelante enfila su ataque contra la tesis que halló probada la Juez *a quo* como causa del accidente de tránsito ocurrido el día 1º de septiembre de 2016 *-hecho exclusivo de la víctima-*, puesto que, en su criterio y según el reparo que formuló contra la determinación de primer grado, las pruebas recaudadas convergen en demostrar la responsabilidad del conductor del automotor de placas DGP-473, no en la culpa exclusiva de José Eudoro Tique Poloche.

No obstante, de acuerdo con lo que se desprende de las pruebas adosadas a la actuación, se advierte que, en efecto, la conducta de la víctima del suceso fue la determinante en el desenlace de los hechos.

³ Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo II. Ed. Legis. 2a Edición. 2007. Págs. 60 y 61.*

⁴ *Ob. Cit. Pág. 60. Como lo manifiesta Roger Dalq “Si el perjuicio tiene por única causa un hecho no culposo de la víctima, ya no será cuestión de falta causal de un tercero, y ninguna acción en responsabilidad podría ser fundada”.*

Véase, por ejemplo, que el Informe Policial para Accidentes de Tránsito No. A17655 (obrante a folios 51 a 53 del archivo 00001 ExpedienteProcesoJudicial2019-171.pdf contenido en la carpeta 0001 CuadernoPrincipalDemanda del expediente digital), en relación con las posibles causas, el espacio para el peatón se diligenció la casilla de la hipótesis del accidente con el código 411 y la siguiente descripción “**No hacer uso de los pasos peatonales existentes**” (Capítulo V HIPÓTESIS, TESTIGOS, OBSERVACIONES Y ANEXOS, CAMPO 11: HIPÓTESIS DEL ACCIDENTE DE TRÁNSITO, Resolución No. 0011268 del 6 de diciembre de 2012).

Ese documento que fue aportado con el libelo introductorio y con el escrito de llamamiento en garantía, no fue objeto de controversia en las oportunidades que se arrió a la tramitación; por ende, no es posible restarle valor probatorio o desatender la causa probable del accidente, atribuida al señor Tique Poloche.

Respecto de esta clase de documentos, la Corte Constitucional en la sentencia C-429 de 2003, aun cuando en vigencia del artículo 251 del C.P.C. hoy 423 del C.G.P., dejó sentado que: “*un informe de policía al haber sido elaborado con la intervención de un funcionario público formalmente es un documento público y como tal se presume auténtico, es decir, cierto en cuanto a la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad, y hace fe de su otorgamiento y de su fecha; **y en cuanto a su contenido es susceptible de ser desvirtuado en el proceso judicial respectivo...***”.

En el mismo sentido, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, señaló que:

“...basta advertir que el precepto invocado –refiriéndose al art. 2º de la Ley 769 de 2002- no contempla una restricción al valor probatorio que pueda surgir del “croquis” o del “informe de tránsito”, y menos fija una tarifa legal que imponga que para la acreditación de los hechos que envuelven un accidente de tránsito se requiera, amén de ese instrumento, otro adicional.

El canon en cuestión ofrece sí la definición de distintos términos, pero con el propósito explicitado por el propio legislador de servir “Para la aplicación e interpretación” del Código Nacional de Tránsito Terrestre, y no de limitar la eficacia demostrativa de documentos, como el croquis, el cual lo considera como “Plano descriptivo de los pormenores de un accidente de tránsito donde resulten daños a las personas, vehículos, inmuebles, muebles o animales, levantado en el sitio de los hechos por el agente, la policía de tránsito o por la autoridad competente”⁵.

Además, nótese que en el interrogatorio de parte absuelto por las partes, especialmente por el demandado Jairo Alberto Espejo Escalante, demandado que conducía el vehículo implicado en el accidente de tránsito, no se observa manifestación contraria a sus intereses y constitutiva de confesión, en los términos consagrados en el canon 191 del C.G.P.⁶; por el contrario, se advierte que enfatizó en que habían vehículos a mano derecha e izquierda cuando transitaba por el carril del centro de la Autopista con Calle 128 C donde ocurrió el accidente; y que la ocurrencia de éste se produjo por el cruce intempestivo del señor Tique Poloche de esa avenida en dirección a la estación de transmilenio que queda ubicada en la parte central de ese corredor vial. (Cfr. Hora 1:08:18 en adelante archivo 0003 AudienciaArticulo372CGpAbril22-2021.mp4 contenido en la carpeta 0001 CuadernoPrincipalDemanda del expediente digital).

Tales circunstancias, derivadas de las pruebas adosadas a la actuación, convergen en tener por acreditada la exceptiva propuesta por los convocados y la llamada en garantía referente a la culpa exclusiva de la víctima, atendida la violación e incumplimiento a las normas de tránsito el día y hora de la ocurrencia del insuceso.

En efecto, el artículo 55 del Ley 769 de 2002 prevé que: “[t]oda persona que tome parte en el tránsito como conductor, pasajero o peatón, debe comportarse en forma que no obstaculice, perjudique o ponga en riesgo a las demás y debe conocer y cumplir las normas y señales de tránsito que le sean aplicables, así como obedecer las indicaciones que les den las autoridades de tránsito”.

⁵ CSJ Cas. Civil sentencia SC7978 del 23 de junio de 2015 M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

⁶ Cfr. Archivo 0001.MTS CD 1 fl. 346 Continuación Cuaderno Principal

En las condiciones descritas en el informe policial para accidentes de tránsito, refulge con claridad que la víctima infringió su deber de transitar por una vía autorizada, en vista que el artículo 57 del Código Nacional de Tránsito también establece que *“el tránsito de peatones por las vías públicas se hará por fuera de las zonas destinadas al tránsito de vehículos. **Cuando un peatón requiera cruzar una vía vehicular, lo hará respetando las señales de tránsito y cerciorándose de que no existe peligro para hacerlo**”*(negritas intencionales).

A lo anterior se une que dentro de las prohibiciones que tiene todo peatón, conforme el numeral 5° del artículo 58 de la comentada ley, está la de *“Cruzar la vía atravesando el tráfico vehicular en lugares en donde existen pasos peatonales.”*; norma ésta elevada a deber por el artículo 90-1 del Código de Policía de Bogotá, Acuerdo 079 de 2003, al contemplar que, para su seguridad, es deber de quienes circulan a pie por las vías públicas *“cruzar las calzadas por los puentes y túneles peatonales o por las cebras, cuando estas estén demarcadas, o por la esquina a falta de estas, solo cuando el semáforo peatonal está en verde y no hacerlo entre los vehículos.*

Disposiciones todas estas que fueron incumplidas y desconocidas por el señor José Eudoro Tique Poloche aquella fatídica noche del 1° de septiembre de 2016, donde de manera consciente asumió las consecuencias de su conducta al cruzar una vía de alto flujo vehicular, autopista, la que no está autorizada para el cruce peatonal, en tanto era su deber atravesar por el puente peatonal, ubicado a escasos metros; comportamiento que, como ya se advirtió, configura plenamente la causal de exoneración de responsabilidad civil extracontractual, por su participación directa en el hecho generador del daño, puesto que no hay duda que fue su actuar imprudente el que produjo el accidente que a la postre condujo a su deceso; circunstancia que impedía acoger las aspiraciones de la demanda, como en ello insiste ahora el apoderado de la parte apelante.

Es que, para refutar la conclusión a la que arribó la funcionaria de primer grado, no bastaba con alegar la indebida valoración probatoria,

como aconteció en sede de alzada, sino que era indispensable desvirtuar, desde el inicio de la acción, el contenido del informe policial de tránsito, a través de otros medios probatorios, como por ejemplo un dictamen pericial, testimonios, etc., que denotaran que la conducta desplegada por la víctima se encontraba justificada en alguna manera; sin embargo, ello no sucedió y, por ende, queda descartada la posibilidad de llegar a una conclusión diferente a la descrita por la falladora de primer grado en torno a tener por demostrada la exceptiva concerniente a la ausencia de responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima, la que fue producto de la apreciación de las pruebas como lo ordena el cano 176 del estatuto procesal adjetivo vigente.

Por consiguiente, no se abre paso la razón de desconcierto que atañe a la errónea valoración de las pruebas, en razón a que todas las circunstancias que rodearon la ocurrencia del accidente demuestran la culpa exclusiva de la víctima.

5. Por las razones expuestas, se confirmará el fallo de primera instancia sin que haya lugar a imponer condena en costas de esta instancia a la parte demandante, ante el fracaso de la alzada, en atención a que no aparecen causadas (art. 365 num. 8º del C.G. del P.).

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá el 2 de diciembre de 2021, conforme lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia a la parte apelante, por no aparecer causadas.

NOTIFÍQUESE,

Los Magistrados,

MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **c9d7f9d914bb9cebac91ef4e39fe69ead412774a301584506c93fe5751d553c8**

Documento generado en 30/08/2022 11:27:04 AM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Rad. 110013103022201400321 02

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto del año dos mil veintidós (2022)

**REF. PROCESO EJECUTIVO DE BANCOLOMBIA S.A. CONTRA
OILFIELD TOOLS SUPPLY S.A.S**

Ingresadas las diligencias al despacho, para resolver la apelación de auto correspondiente, avizora este despacho después de una revisión exhaustiva al dossier, que no existe apelación de auto que resolver como fue indicado por el juzgado *aquo*, en el oficio remitario, sino que el objeto de la apelación es la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2021.

Por tal motivo, por secretaría radíquese nuevamente y abónese el presente expediente con el consecutivo que continúa para dar el trámite de apelación de la sentencia antes mencionada.

finalmente, secretaría deberá verificar que la información indicada en los oficios remitarios por los juzgados civiles del circuito es la indicada.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ

Magistrado

Firmado Por:

Carlos Augusto Zuluaga Ramirez

Magistrado

Sala 014 Despacho Civil

Tribunal Superior De Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **b559212ef2e2f649f6a47f295c54544b322e2b3ee47e062d46e9c57f021feb60**

Documento generado en 30/08/2022 04:15:27 PM

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

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Bogotá, D.C., treinta de agosto de dos mil veintidós.

Ponencia presentada y aprobada en Sala Civil de Decisión según acta de 27 de julio de 2022.

Proceso: Verbal
Demandante: El Retiro Centro Comercial Conjunto Propiedad Horizontal.
Demandado: BBVA Asset Management S.A. Sociedad Fiduciaria en nombre propio y como vocera del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Mar de Indias.
Radicación: 110013103025201900671 01
Procedencia: Juzgado 25 Civil del Circuito de Bogotá
Asunto: Apelación sentencia
SC-026/22

1

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación provocado por la demandante contra la sentencia proferida el 23 de agosto de 2021 en el asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

1. El Retiro Centro Comercial Conjunto Propiedad Horizontal presentó demanda en la que convocó a BBVA Asset Management S.A. Sociedad Fiduciaria en nombre propio y como vocera del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Mar de Indias, y planteó como pretensiones:

1.1. Declarar que BBVA Asset Management S.A. en su condición de fiduciaria, incumplió sus obligaciones legales y contractuales al no ejercer sus deberes de vigilancia, transparencia, confianza y de cumplimiento.

1.2. Declarar que esa sociedad, en su condición de fiduciaria, es civil y contractualmente responsable de dar cumplimiento a la instrucción irrevocable dada por el Fideicomitente en el sentido de transferir un apartamento o en su defecto, entregar a la señora Beatriz Helena de Gómez la suma de \$345'400.000,00.

1.3. Teniendo en cuenta que los apartamentos no se construyeron y que la actora tuvo que cumplir con la ganadora del premio del sorteo referido, señora Beatriz Helena de Gómez, se ordene a BBVA Asset Management S.A. en su condición de fiduciaria, devolver a la demandante la suma de \$345'000.000,00.

De forma subsidiaria, concatenó las anteriores aspiraciones procesales, pero dirigidas únicamente a BBVA Asset Management S.A. en su calidad de vocera del Fideicomiso Mar de Indias.

2. Como sustento fáctico de la acción reseñó:

2.1. El 22 de julio de 2009 se suscribió por parte de BBVA Asset Management S.A. sociedad fiduciaria¹ y Urban Group Colombia S.A.S.² un contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración que concluyó con la creación del patrimonio autónomo Fideicomiso Mar de Indias.

2.2. En el año 2011 Urban Group Colombia S.A.S. y la copropiedad acordaron la entrega de un apartamento con operación hotelera³, como contraprestación al espacio comercial cedido para publicitar el proyecto urbanístico Mar de Indias, el cual a su vez sería sorteado entre los clientes del Centro Comercial El Retiro.

2.3. El 21 de noviembre de 2011 radicó ante la Lotería de Bogotá la solicitud de permiso para realizar el sorteo aludido, cuya autorización se comunicó mediante registro No 6825 de la misma data.

2.4. El 15 y 27 de diciembre de 2011, se radicó solicitud de corrección en el procedimiento del sorteo, así como las condiciones y restricciones de este.

2.5. Urban Group Colombia S.A.S. certificó a la Lotería de Bogotá que con ocasión al sorteo que se realizaría en el Centro Comercial El Retiro, transferiría a su ganador el apartamento ya tantas veces relatado, razón que provocó la constitución de una garantía bancaria a fin de que le fueran autorizadas en su totalidad las condiciones del sorteo.

2.6. El día 2 de febrero de 2012 se realizó el juego de azar, en la que resultó como beneficiaria la señora Beatriz Helena Echeverri de Gómez, hecho que conllevó a que la sociedad fiduciaria certificara sus funciones y la orden irrevocable a esta por parte del fideicomitente de dar cumplimiento a las directrices del sorteo.

¹ Fiduciaria

² Fideicomitente

³ Área de 48 m² más 12² de terraza, construido en el proyecto Mar de Indias.

2.7. Mediante comunicado del 3 de abril de 2017, el señor Alí López, representante legal de Urban Group Colombia S.A.S. informó a la copropiedad que el apartamento le sería entregado a la ganadora Beatriz Helena Echeverri de Gómez, entre los días 28 de abril y 2 de mayo de esa anualidad.

2.8. No obstante, al 27 de marzo de 2018 la entrega del premio no se había efectuado, razón por la cual El Retiro Centro Comercial decidió transar la obligación y acordó con la señora Beatriz Helena de Gómez pagarle la suma de \$190'000.000,00 a fin de evitar controversias. En contraprestación, la ganadora cedió sus derechos *“litigiosos o de crédito y las acciones que le corresponden como beneficiaria del sorteo del apartamento que le prometió transferir y entregar la sociedad URBAN GRUOP COLOMBIA S.A. y/o BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. sociedad fiduciaria, actuando como Vocera y Administradora del Fideicomiso Mar de Indias”*.⁴

2.9. Así mismo, la hoy convocante consignó en favor de la DIAN \$38'000.000,00 por concepto de ganancia ocasional derivado de la entrega del premio.

2.10. Destacó como hechos constitutivos de incumplimiento de la sociedad fiduciaria, en nombre propio y como vocera del Fideicomiso Mar de Indias, la ausencia de transferencia del inmueble en los términos establecidos en el numeral 5º de la certificación emitida el 10 de febrero de 2012, o en su defecto, el desembolso del monto de \$345'000.000.00, hecho que contraviene los principios que rigen el contrato de fiducia y la confianza depositada en esa entidad para el cumplimiento de las obligaciones.

3. En auto de 18 de octubre de 2019⁵ se admitió la demanda y se ordenó notificar a los convocados a juicio, quienes lo hicieron en los términos de los artículos 291 y 292 de la Ley 1564 de 2012⁶.

4. La entidad demandada, en su doble condición, contestó la demanda, se pronunció expresamente sobre cada hecho aceptó la celebración del contrato de fiducia y la emisión de la certificación de 10 de febrero de 2012, pero los demás no, dada la inexistencia de relación contractual con la demandante. Además de oponerse a las pretensiones de la demanda, invocó como medios exceptivos la falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva, así como cualquiera de tipo genérica.

5. Adelantadas las etapas propias del juicio, se dictó sentencia el día 23 de agosto de 2021.

⁴ Folio 87 Archivo “05C1Folios1a1162”.

⁵ Folio 99 Archivo “05C1Folios1a1162”.

⁶ Folio 174. Archivo “05C1Folios1a1162”.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Tras realizar un bosquejo del tema a tratar, esto es el incumplimiento contractual derivado del contrato de fiducia mercantil, destacó la ausencia de éste, sin que de las certificaciones emitidas por la convocada a juicio resulten suficientes para evidenciar los términos y las condiciones del convenio.

Recalcó que el contrato de fiducia mercantil del cual se pretenden derivar las pretensiones declarativas y de condena, se suscribió entre Urban Group Colombia S.A.S. y BBVA Asset Management S.A. Sociedad Fiduciaria, sin que de los elementos probatorios arrimados se pueda inferir la participación de El Retiro Centro Comercial Conjunto P.H., situación por la que no se legitima en la acción a esta última; reseñó igualmente que tampoco posee la connotación de beneficiario del fideicomiso, hecho que impide la facultad de perseguir las aspiraciones procesales incoadas.

Enseñó que si bien dentro del contrato de transacción celebrado con la señora Beatriz Helena Echeverri de Gómez se le otorgó las potestades para cobrar el premio, lo cierto es que el responsable de ello era Urban Group Colombia S.A., razón por la cual debía iniciarse la acción en contra de esa entidad, sin que Beatriz Helena Echeverri de Gómez pudiese transferir derechos a los cuales no tenía acceso.

4

Estableció que los principios supuestamente trasgredidos por la fiduciaria no fueron definidos por la convocante, por lo que no procedió a su análisis.

En virtud de lo expuesto, reconoció la prosperidad de la excepción encaminada a demostrar la falta de legitimación en la causa por activa y pasiva, negando la prosperidad de la acción y condenando en costas a la demandante.

LA APELACIÓN

El apoderado de la demandante apeló soportando su disenso en: (i) la existencia del contrato de fiducia fue confesada y (ii) la expedición del certificado de fecha 10 de febrero de 2012 por parte de BBVA Asset Management S.A. Sociedad Fiduciaria constituye en beneficiario al ganador del concurso, en este caso a Beatriz Helena de Gómez.

CONSIDERACIONES

1. Con la presencia de los llamados presupuestos procesales de la acción y sin que se advierta la incursión en causal que pueda viciar

de nulidad lo actuado, están dadas las condiciones para que esta Corporación decida de fondo la instancia.

2. Preliminarmente se advierte que la Sala de Decisión se pronunciará única y exclusivamente acerca de los reparos señalados por el único 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. Sabido es que a la acción civil de carácter privado, en estado de pretensión concreta hecha valer en determinado proceso, la individualizan diferentes elementos que a su vez y obedeciendo a finalidades de notable importancia, son los que permiten identificar la litis objeto de dicho proceso, habida cuenta que según como se presenten tales elementos en la realidad práctica, cada proceso tendrá su propia singularidad, la controversia tendrá que ser ventilada entre determinadas partes con referencia a cierta “cosa” - bien de la vida o conducta ajena - y de acuerdo a un fundamento específico, lineamientos estos que desde luego, en guarda de principios rectores de indiscutible arraigo constitucional como son los llamados “dispositivo y de controversia”.

4. De cara con lo expuesto en el relato fáctico y las pretensiones de la demanda, serán dos los escenarios que habrán de analizarse a fin de resolver el caso. El primero de ellos, los efectos para la demandante del contrato de fiducia y lo segundo, las consecuencias del sorteo que integra al contrato de fiducia.

5. En primer lugar, debe decirse que el contrato de fiducia mercantil se define como un negocio jurídico en virtud del cual *“una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”*⁷. La jurisprudencia ha calificado este tipo de negocios como de confianza, pues *“[l]a expresión fiducia (fidutia, confianza), tener fe (fides), ser fiel (fidus, fiel), estar a la palabra (fit quod dicitur), en un significado genérico describe el acto concluido por la confianza depositada intuitu personae en grado mayor al cotidiano y, en otro sentido más técnico, designa a la atribución de un derecho con un fin fiduciario específico en interés de otro”*⁸.

Dentro de las múltiples clases que pueden existir en este particular convenio, existe la denominada fiducia mercantil de administración y pagos, a la cual hace especial referencia la Circular externa 046 de 2008 que subrogó el Capítulo Primero del Título V de la Circular Básica Jurídica contentivo de las disposiciones aplicables a los negocios fiduciarios, en su numeral 8.2 definiéndola como el “negocio

⁷ Artículo 1226 del Estatuto Mercantil.

⁸ CSJ SC 30-07-2008. Exp. 1999-01458-01.

fiduciario que, en términos generales, tiene como finalidad la administración de recursos y bienes afectos a un proyecto inmobiliario o a la administración de los recursos asociados al desarrollo y ejecución de dicho proyecto, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato», e indica que se puede presentar en tres modalidades: de administración y pagos⁹; de tesorería y de preventas”.

6. Ahora, de conformidad con las documentales aportadas al proceso, se evidencia que la demandante pretende servirse del contrato de fiducia mercantil de administración suscrito entre Urban Group Colombia S.A.S. y la sociedad fiduciaria BBVA para exigir el cumplimiento de la transferencia del bien inmueble o su subrogado pecuniario, atendiendo la transacción que realizó con Beatriz Helena Echeverri de Gómez.

Si bien no se aportó copia del contrato de fiducia mercantil que desencadenó la creación del Fideicomiso Mar de Indias, lo cierto es que la jurisdicción no puede desconocer la confesión que de ello hizo la parte demandada, al manifestar en el hecho 1º de la réplica a la demanda que era cierto todo aquello lo referente a la creación de ese patrimonio autónomo.

Al respecto, la representante legal de BBVA Asset Management S.A. Sociedad Fiduciaria, al cuestionársele sobre la existencia de este asintió positivamente¹⁰, corroborando la anotación registrada en el numeral 1º del acápite de “*hechos generales*” del libelo inicial a través de la cual se narró la creación del Fideicomiso Mar de Indias.

6

De otro lado, las distintas certificaciones expedidas por BBVA Asset Management S.A. Sociedad Fiduciaria y arrojadas al plenario dan cuenta de ese escenario en el que se plasmó de forma genérica el historial de las actuaciones surtidas respecto del patrimonio autónomo. Téngase en cuenta que en el documento de fecha 10 de febrero de 2012 se expresó que:

“1. BBVA ASSET MANAGEMENT SOCIEDAD FIDUCIARIA, Y URBAN GROUP COLOMBIA S.A en calidad de Fideicomitente, celebraron el Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración, Fuente de Pago y Pagos de fecha veintidós (22) de Julio de dos mil nueve (2.009), mediante el cual se constituyó el Patrimonio Autónomo denominado FIDEICOMISO MAR DE INDIAS, el cual se encuentra vigente a la fecha.

2. Que mediante documento privado de fecha dieciocho (18) de febrero de 2011, se incluyó a la sociedad S & F MANAGERS CIA. LTDA. como Fideicomitente en el FIDEICOMISO MAR DE INDIAS.

⁹ Es el negocio fiduciario en virtud del cual se transfiere un bien inmueble a la sociedad fiduciaria, sin perjuicio de la transferencia o no de otros bienes o recursos, para que administre el proyecto inmobiliario, efectúe los pagos asociados a su desarrollo de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo y transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato. En desarrollo de este negocio la sociedad fiduciaria puede asumir la obligación de efectuar la escrituración de las unidades resultantes del proyecto inmobiliario.

¹⁰ Record 01:05:07 Archivo “01AudArt372CGP20210511_141358”

3. Que dicho Contrato de Fiducia tiene por objeto la administración de todos los bienes afectos al desarrollo del Proyecto Inmobiliario Mar de Indias y la enajenación a título oneroso de las unidades Inmobiliarias resultantes de su ejecución, a favor de los compradores, todo ello con cargo exclusivamente al Patrimonio Autónomo que se constituyó por medio del Contrato.”¹¹

Documentos que no fueron tachados ni reargüidos de falsos, o cuyo contenido se haya desconocido, y por el contrario fue el fundamento que utilizó la señora Alessandra Santoro Díaz Granados¹² para informar que ese instrumento, en los términos emitidos, sirvió para que el consejo de administración de la copropiedad autorizara el sorteo y la modalidad en que sería entregado el premio.

Bajo ese parangón, no puede predicarse la ausencia del contrato de fiducia mercantil de administración y fuente de pagos, como quiera que las partes aquí coincidieron en que el mismo si existe.

No obstante, una cosa es concluir que en el mundo jurídico nació ese negocio, y otro bien distinto es que la parte demandante tenga legitimación para reclamar la satisfacción de las obligaciones contractualmente aducidas por la fiduciaria o por el patrimonio autónomo de la que es vocera.

7. En efecto, de la narrativa de la demanda, su contestación y los documentos allegados, se evidencia que los contratantes en el contrato de fiducia que dio origen al Fideicomiso Mar de Indias fueron BBVA Asset Management Sociedad Fiduciaria, en calidad de fiduciaria, y Urban Group Colombia S.A.S. en calidad de fideicomitente, extremo contractual que se extendió el 18 de febrero de 2011 con la inclusión de S & F Managers Cía. Ltda. en esa misma dignidad. Así mismo, harían parte de ese proyecto aquellos compradores que de una u otra forma se vincularan al fideicomiso, o los que de forma expresa fueran autorizados por los fideicomitentes para percibir los derechos de esa expectativa inmobiliaria.

Bajo esa narrativa, ningún incumplimiento se le puede atribuir a la sociedad fiduciaria como quiera que de forma directa ningún convenio surgió entre ella, ni en nombre propio ni como vocera del Fideicomiso Mar de Indias, con El Retiro Centro Comercial Conjunto P.H., en tanto que esta última no fue sujeto del contrato que dio origen al patrimonio autónomo, ni fue compradora, ni en alguna otra forma se vinculó al fideicomiso, como tampoco fue autorizada por los fideicomitentes para que le fueran adjudicados algunos derechos en el proyecto Mar de Indias.

¹¹ Folios 54 y 55. Archivo "05C1Folios1al162".

¹² Representante legal de la demandante para la fecha de los hechos y el sorteo, hoy testigo.

7.1. En lo que concierne a la responsabilidad civil en general, conocida es su clasificación en contractual o extracontractual. Aquélla, exige una relación jurídica preexistente entre las partes, o, lo que es más general y frecuente, la existencia y validez de un contrato, su incumplimiento, el daño y la relación de causalidad. En cambio, en la última, el quebranto se produce al margen de cualquier vínculo jurídico previo entre aquellos que se relacionan con ocasión del daño.

La responsabilidad contractual es la que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado su cumplimiento, como lo señalan los artículos 1613 y 1614 del Código Civil.

De dichas reglas legales se extracta que la prosperidad de pretensión contractual semejante supone la presencia y comprobación plena de los elementos que doctrinaria y jurisprudencialmente¹³, se han tenido para tal efecto, como son: (i) que exista un vínculo jurídico válido y concreto de la naturaleza indicada entre quien como demandante reclama por la inapropiada conducta frente a la ejecución de un convenio y aquél que, señalado como demandado, es la persona a quien dicha conducta se le imputa (existencia de un contrato válido); (ii) que esta última consista en la inejecución o en la ejecución retardada o defectuosa de una prestación emergente de la obligación contraída la que por mandato de la ley o por disposición convencional es parte integrante del ameritado vínculo (incumplimiento culpable) y, en fin, (iii) que el daño cuya reparación económica se exige consista, básicamente, en la injusta privación de una ventaja a la cual el demandante habría tenido derecho (daño), justamente por mediar la relación comercial de marras mencionada (relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño).

8

Del primer presupuesto surge la legitimación para reclamar la responsabilidad, es decir, ser el sujeto que por designación legal puede disputar el derecho debatido ante la jurisdicción, ya sea por su calidad de parte en la relación sustancial debatida en el proceso, o porque pese a no haber intervenido en ella, tiene un interés jurídico que le permite rogar la acción respectiva.

8. Ahora, pretende la demandante se le confiera la potestad de cobro que inicialmente tuvo la ganadora del sorteo del apartamento en desarrollo de la campaña "Christmas town", la señora Beatriz Helena Echeverri de Gómez, como quiera que asumió el costo de \$190'000.000,00, junto con lo atinente al impuesto por ganancia ocasional, a fin de honrar la palabra de la copropiedad y salvaguardar

¹³ Corte Suprema de Justicia, sent. cas. civil y agraria, de fecha 27 de marzo de 2003, MP. José Fernando Ramírez Gómez: " Cuando se pretende judicialmente el pago de perjuicios, al actor le corresponde demostrar, salvo los casos de presunción de daño, como ocurre con la cláusula penal y el caso del numeral 2º del artículo 1617 del código civil, la lesión o menoscabo en su patrimonio, bien por una pérdida real y efectiva, ora de una ventaja o ganancia, ocasionado por la inejecución o ejecución defectuosa o tardía de las obligaciones del deudor. Significa esto que el daño susceptible de reparación debe ser "directo y cierto" y no meramente "eventual o hipotético", esto es, que se presenta como consecuencia de la culpa y que aparezca "real y efectivamente causado".

su reputación. De tal elucubración concluye “la responsabilidad de la Fiduciaria al no cumplir las instrucciones del Fideicomitente. En el presente asunto no se discute las características del sorteo y menos de la transacción”¹⁴.

Desde la perspectiva de ese planteamiento, prontamente emerge el fracaso de la reclamada *responsabilidad contractual*, se itera, por la inexistencia de negocio jurídico entre demandante y demandada, y menos de la naturaleza que se aduce. Ciertamente, quien podría reclamar sería el fideicomitente calidad que, como ya se dijo, no ostenta El Retiro Centro Comercial PH.

9. Ningún derecho tampoco surgió para la parte aquí demandante y frente a las demandadas del contrato de transacción que ajustó con la ganadora del sorteo. En ese escenario, resulta útil memorar varios aspectos importantes:

9.1. El sorteo y la persona encargada de asumir las responsabilidades derivadas del concurso.

El Centro Comercial El Retiro Conjunto P.H fue la persona encargada del desarrollo y la solicitud de autorización ante la Lotería de Bogotá para promover el juego promocional en el cual se rifaría “UN (1) PAQUETE TURÍSTICO 5 NOCHES 6 DÍAS PARA 2 ADULTOS Y 2 NIÑOS EN LOEWS ATLANTA HOTEL, Y TIQUETES IDA Y REGRESO, CON DESAYUNO; UNA (1) MOTO THUNDERBIRD 350; **UN (1) APARTAMENTO CON OPERACIÓN HOTELERA EN EL, PROYECTO MAR DE INDIAS EN CARTAGENA**; CUATRO (4) CALVIN KLEIN; TRES (3) BONOS PAUL & SHARK; CINCO (5) BONOS SISMICA; CUATRO (4) BONOS F. NEBULONI; DIEZ (10) BONOS TOUS; VEINTE (20) BONOS MOZT; CUATRO (4) BONOS BABY GANGA; CINCUENTA (50) BONOS PEVEECKA; TRES (3) BONOS AMBIENTE GOURMET; CINCO (5) BONOSCUSTO BARCELONA; VEINTE (20) BONOS DIESEL; NUEVE (9) BONOS GUECRIG; UN (1) BONO DUPLICITY; DOS (2) BONOSDAZARI; SEIS (6) BONOS SALVARTE; DOS (2) BONOS ONDA DE MAR; QUINCE (15) BONOS GUIDO; Y OCHO (8) BONOS SAHA”¹⁵ (Negrilla a propósito), según se puede vislumbrar de las distintas solicitudes radicadas ante la autoridad competente, en la que incluso se reformaron las fechas de celebración del evento participativo. A dicha conclusión no se arriba de forma apresurada, pues así lo confesó la demandante en los numerales 2.4., 2.5., 2.6., 2.8. y 2.11., del libelo inicial.

En esas condiciones, la hoy demandante era la responsable del pago del premio al ganador, sin que la delegación de esa obligación en cabeza de un tercero, la eximiera de su comportamiento ante el usuario, en este caso, la señora Beatriz Echeverri de Gómez.

¹⁴ Folio 172 Archivo “05C1Folios1a1162”, en el escrito en que el apoderado actor se pronunció sobre las excepciones.

¹⁵ Folio 17. Archivo “05C1Folios1a1162”.

Y es que nótese que el premio consistente en el apartamento, al parecer, fue fruto de una negociación independiente entre El Retiro Centro Comercial PH con la sociedad Urban Group Colombia S.A.S., la cual se dice lo ofreció en contraprestación por la concesión de un espacio comercial que requería usar para publicitar el proyecto Mar de Indias, tal como se relató en el numeral 2.2. del acápite fáctico de la demanda y lo informado por la testigo Alessandra Santoro Díaz Granados al rendir su declaración¹⁶.

Así mismo en el acta de entrega suscrita el 14 de julio de 2017, entre Urban Group y El Retiro¹⁷, como antecedente se indicó que “1. En el año 2012 las partes acordamos suscribir un contrato denominado, “CONTRATO DE CONCESIÓN DE ESPACIOS FÍSICOS EN ÁREAS COMUNES Y FIJACIÓN DE ELEMENTOS PUBLICITARIOS SUSCRITO ENTRE EL RETIRO CENTRO COMERCIAL Y URBAN GROUP COLOMBIA SA el cual a la fecha no se ha firmado. 2. No obstante lo anterior, el bien inmueble con el que URBAN GROUP pagaría la contra - prestación de lo ofrecido por EL RETIRO fue debidamente sometido a un sorteo que se realizó bajo las políticas y condiciones de EL RETIRO”; si bien se anotó allí en el numeral cuarto que con la suscripción de esa acta también se firmaría el mencionado contrato de concesión de espacios en donde se especificarían las obligaciones pendientes de cada una de las partes, tal documento no aparece aportado al plenario. Dicho sea de paso, en la misma acta se indicó que Urban Group realizaba la entrega material y la posesión del apartamento 301 de la torre 1 del conjunto residencial Kutay Wellness and Village PH a la ganadora del sorteo señora Beatriz Echeverri quedando pendiente la transferencia del dominio, la cual se haría por el propietario: Fideicomiso Wellness Center MDI, cuyo fideicomitente constructor es Wellness Center MDI Marino SAS.

10

De ello sólo puede inferirse el vínculo entre el centro comercial El Retiro y Urban Group, a través del que llamaron contrato de concesión de espacios físicos en áreas comunes y fijación de elementos publicitarios, cuyas particulares estipulaciones se desconocen, pero del cual claramente no fue contratante la aquí demandada.

9.2. Cabe preguntarse ¿Ante la responsabilidad de El Retiro Centro Comercial Conjunto P.H., en el pago del sorteo resulta admisible perseguir de un tercero el reembolso de ese costo?

Bajo ese cuestionamiento, nótese que, en las distintas comunicaciones enviadas por el centro comercial El Retiro (organizadora y responsable del sorteo) a la Lotería de Bogotá, insistió en que “El ganador tendrá un (1) mes de plazo, después del sorteo, para acercarse a El Retiro Centro Comercial y acreditar con su cédula de Ciudadanía, Cédula de Extranjería o Pasaporte que es el beneficiario del

¹⁶ Record 00:12:40 archivo “02AudArt373CGP20210727_142116”.

¹⁷ Folios 160-162 Archivo “05C1Folios1al162

premio. En ese momento se le entregará la comunicación correspondiente dirigida a Urban Group para que en adelante se entienda con esa **empresa quien, en virtud de contrato suscrito con El Retiro, se obliga a pagar el premio**. En caso de no presentarse el beneficiario en el plazo antes señalado, se declarará la caducidad y el premio será nuevamente sorteado por el Centro Comercial¹⁸, lo que además de confirmar la conclusión precedente, pone de presente que ante la entidad reguladora del sorteo, los potenciales participantes y el ganador, quien debía asumir la responsabilidad del premio era la copropiedad aquí demandante.

En ese orden, si el creador y responsable de la campaña Christmas Town fue El Retiro Centro Comercial PH, cualquier reclamación de los usuarios debía realizarse de forma directa a ella, en tanto que independiente de los acuerdos privados a los que haya arribado con sus proveedores, era la copropiedad quien en últimas debía asumir la responsabilidad en la entrega del premio con el participante ganador.

9.3. ¿La copropiedad se legitima para ejercer la acción de responsabilidad contractual en contra de BBVA Asset Management?

Ciertamente no, pues como ya se anotó *ut supra*, no existe negocio jurídico que vincule al centro comercial demandante con la fiduciaria demandada, ni con el patrimonio autónomo del que es vocera ésta.

9.3.1. Tal ligamen no surge del contrato de transacción suscrito por la actora con la ganadora del premio, como quiera que, de un lado en ese acuerdo simplemente la promotora y responsable del sorteo sólo cumplió con la carga que le correspondía: pagar el premio (según el convenio que hizo con la ganadora).

Por otra parte, la favorecida en el sorteo no podía transferir derecho distinto del que ostentaba, nótese que según las reglas del concurso (diseñadas por la organizadora y presentado por la entonces representante de El Retiro Centro Comercial, Alessandra Santoro Díaz Granados, el 7 de diciembre de 2011 ante la Lotería de Bogotá), específicamente sobre las “II. CONDICIONES Y RESTRICCIONES DEL PREMIO” se dijo “5. A fin de que el favorecido en el sorteo pueda en su momento ser titular del dominio del inmueble, *deberá celebrar un encargo fiduciario con BBVA FIDUCIARIA S.A., persona jurídica que le transferirá el dominio, según las instrucciones del fideicomitente*”, además que se estipuló, “7. El premio, antes de hacerse efectivo con su entrega no podrá ser cedido grabado o comprometido por el beneficiario por acto entre vivos”¹⁹. Sin que exista probanza en el expediente, de que la señora Echeverri de Gómez, afortunada ganadora, hubiese suscrito el encargo fiduciario, ni mucho menos le fue entregado el apartamento que constituía el premio, como para que hubiese podido ceder o subrogar sus derechos, lo que prohibió expresamente el responsable del evento.

¹⁸ Folios 23, 28 y 35. Archivo “05C1Folios1al162”.

¹⁹ Folios 20-24

9.3.2. Tampoco se desprende una relación contractual entre las partes aquí contendientes de la certificación expedida por BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA, como vocera y administradora del Fideicomiso Mar de Indias, con destino a la Lotería de Bogotá el 10 de febrero de 2012 (después del sorteo) Pues allí claramente se señaló “5. Que de acuerdo con el Contrato de Fiducia, es obligación de LA FIDUCIARIA comparecer al otorgamiento de las Escrituras Públicas, por medio de la cual se transfiera la propiedad de las unidades inmobiliaria resultantes del Proyecto Inmobiliario Mar de Indias a favor de los Compradores o de quienes se vinculen al Proyecto, de acuerdo con las instrucciones de los Fideicomitentes” y “6. Que los Fideicomitentes instruyeron de manera irrevocable a LA FIDUCIARIA, para transferir a favor de la persona que resulte ganadora del Sorteo realizado por URBAN GROUP COLOMBIA S.A. y S&F MANAGERS CÍA. LTDA., junto con la Lotería de Bogotá y el Centro Comercial El Retiro el día 31 de enero de 2012, un apartamento del Condo Hotel Gansevoort o un apartamento ubicado en el Proyecto Inmobiliario Mar de Indias de las mismas calidades”, indicándose que la fiduciaria una vez se encuentre construido el Condo Hotel Gansevoort “separará un apartamento del mismo, el cual no podrá ser [sic] ofrecido, ofertado, entregado ni transferido a ningún título a una persona diferente de la ganadora del Sorteo”²⁰, y de no poder entregarse un apartamento, “se le entregue a ésta persona la suma de \$335.400.000”.

Dicha certificación se expidió en el marco del contrato de fiducia, del que se insiste no es parte, ni beneficiario El Retiro Centro Comercial PH, como tampoco lo fue la señora Echeverri de Gómez, calidad que sólo tendría si hubiese suscrito el encargo fiduciario, de lo que no existe probanza. Tampoco el aquí demandante acreditó haber procedido, como cesionario, a suscribir el encargo fiduciario, ni el fideicomitente extendió autorización a nombre suyo para que se le transfiriera el dominio de alguna unidad inmobiliaria por la fiduciaria.

En ese sentido, debían ser satisfechas varias exigencias al **ganador del premio** para materializar su pago:

- (i) Indudablemente ganar el sorteo.
- (ii) Acercarse a cobrar el premio al Centro Comercial El Retiro²¹.
- (iii) Suscribir el acta de entrega del premio.
- (iv) Realizar un encargo fiduciario con BBVA Fiduciaria S.A.²²
- (v) Recibir el premio, en especie o en su defecto en dinero.

Bajo esas consideraciones, se tiene que las 2 primeras exigencias se encuentran acreditadas en el *dossier*, según se evidencia de (i) los legajos obrantes de folios 40 a 41 del archivo “05C1Folios1a1162”, así como la aceptación de ese hecho por las partes en el proceso;

²⁰ Folios 54 y 55. Archivo “05C1Folios1a1162”. Numeral 5º.

²¹ Folio 9. Archivo “05C1Folios1a1162”. Numeral 9º.

²² Folio 23. Archivo “05C1Folios1a1162”.

igualmente se arrimó (ii) constancia del ganador²³; en cuanto al (iii), si bien es cierto se firmó por la señora Beatriz Helena de Gómez el acta de entrega del premio sorteado el día 2 de febrero de 2012 consistente en el apartamento con operación hotelera en el proyecto Mar de Indias en Cartagena, tal entrega debe entenderse simbólica, o quizás de la credencial como ganadora, pues lo cierto es que no hay constancia de entrega física, real y material y menos jurídica; de hecho la controversia tiene venero precisamente en la no entrega.

Frente a la suscripción del encargo fiduciario que vincularía de forma directa a la ganadora con la sociedad fiduciaria, como ya se resaltó, ningún elemento suasorio se arrimó y sobre el mismo no hay manifestación alguna por las partes. Carga que tenía la ganadora, según se dejó constancia en el acta de entrega *“SEGUNDO. Por lo tanto, en adelante y hasta el momento de entrega del premio, la señora BEATRIZ HELENA DE GÓMEZ se entenderá en lo pertinente con la Sociedad Urban Group Colombia S.A. y con el fideicomiso antes mencionado, debiendo cumplir los requisitos formales para la apertura del encargo fiduciario y respectivo y las demás exigencias de LA FIDUCIARIA.”*²⁴

Ahora, si bien obra instrucción por parte de Urban Group Colombia S.A.S. a la fiduciaria para la entrega del premio, lo cierto es que ella fue una instrucción genérica, en los términos de lo ofrecido, que no especifica²⁵. Nótese que dentro de las condiciones y restricciones para el sorteo promocional se precisó que *“En el evento que por razones económicas o por falta de licencias o permisos, la torre donde se proyecta construir el apartamento no se edifique, el 15 de enero de 2015, el beneficiario podrá optar por escoger un inmueble disponible similar, dentro de un proyecto de Urban Group, siempre que su valor no supere el señalado”*²⁶, hecho que en efecto aconteció y por ello se dispuso la entrega del apartamento 301 de la Torre Kutay²⁷.

La sociedad fiduciaria aquí convocada, remitió el 12 de abril de 2017 comunicación al señor Ali López, representante legal de Urban Group S.A.S. en la que refirió que el citado predio correspondía a uno del Fideicomiso Wellness Center MDI, cuyo fideicomitente informó que *“esta prometido en venta a un tercero”*, requiriendo nuevas instrucciones del fideicomitente²⁸, sin que aparezca que le hayan sido impartidas.

9.4. Examinado en el haz probatorio el supuesto fáctico, no emerge contrato alguno, que legitime a la parte demandante El Retiro Centro Comercial PH, para ejercer la acción de responsabilidad contractual respecto de las demandadas BBVA Asset Management S.A. Sociedad Fiduciaria en nombre propio y como vocera del Patrimonio

²³ Folio 60. Archivo “05C1Folios1a1162”.

²⁴ Folios 61-64. Archivo “05C1Folios1a1162”.

²⁵ Folio 55. Archivo “05C1Folios1a1162”.

²⁶ Numeral 6º del documento obrante a folio 35 del Archivo “05C1Folios1a1162”.

²⁷ Folio 65 Archivo “05C1Folios1a1162”.

²⁸ Folio 67 Archivo “05C1Folios1a1162”.

Autónomo Fideicomiso Mar de Indias; ergo, las pretensiones planteadas estaban signadas al fracaso.

10. Así las cosas, luce desacertado el planteamiento expuesto en la alzada para revocar la decisión de primera instancia, razón por la cual se confirmará la sentencia y se condenará en costas a la parte apelante.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida el 23 de agosto de 2021 por el Juzgado 25 Civil del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Condenar a la recurrente al pago de las costas de esta instancia.

Notifíquese y cúmplase,

14

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Magistrada

110013103025201900671 01

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Magistrada

110013103025201900671 01

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

Magistrado

110013103025201900671 01

Firmado Por:

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

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

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

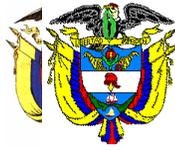
Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **d5fdc8bd439b221237b46399bbb47701930522bfe7a7b49d332256b441542ced**

Documento generado en 30/08/2022 02:37:15 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá, D.C., treinta de agosto de dos mil veintidós

Ponencia presentada y aprobada en Sala Civil de Decisión según acta de 27 de julio de 2022.

Proceso: Verbal
Demandante: El Retiro Centro Comercial Conjunto Propiedad Horizontal.
Demandado: BBVA Asset Management S.A. Sociedad Fiduciaria en nombre propio y como vocera del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Mar de Indias.
Radicación: 110013103025201900671 01
Procedencia: Juzgado 25 Civil del Circuito de Bogotá
Asunto: Apelación sentencia

Se fijan como agencias en derecho de esta segunda instancia la suma de \$1'500.000,00.

Notifíquese,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

-2-

Firmado Por:
Ruth Elena Galvis Vergara
Magistrada
Sala Civil

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

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

Código de verificación: **b514992b91975aa29e2c420deb13bbefe94902ddb268d83a408dfa6ba1e04e6f**

Documento generado en 30/08/2022 03:36:32 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Bogotá, D.C., treinta de agosto de dos mil veintidós.

Ponencia presentada y aprobada en Sala Civil de Decisión según acta de 3 de agosto de 2022

Proceso: Verbal
Demandante: José Leoncio Triana, y otros
Demandado: Cosmitet Ltda. Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them y Cía L.
Radicación: 110013103031201900139 01.
Procedencia: Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá
Asunto: Apelación de sentencia
SC-025/22

Decide la Sala, el recurso de apelación instaurado por el demandado contra la sentencia emitida por el Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá el 16 de febrero de 2022.

ANTECEDENTES

1. José Leoncio Triana, Ernesto, Carmen Alicia, Edgar, Miguel Enrique, José Leoncio, Esperanza Cristina, Hilda Mariana, Zenaida, Blanca Cecilia y Mariela Triana Rodríguez, promovieron demanda contra Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them y Cía Ltda. -Cosmitet Ltda.-, en la que plantearon como pretensiones principales:

1.1. Declarar que la demandada es responsable civil y extracontractualmente por la negligencia, imprudencia e impericia en la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, que generaron el fallecimiento temprano y doloroso de Cristina Rodríguez de Triana el 26 de junio de 2018.

1.2. Condenar a la demandada al pago en favor de cada uno de los demandantes a título de perjuicio moral la suma de cien salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Como pretensiones subsidiarias peticionó:

1.3. Declarar que la demandada es responsable civil y contractualmente por la negligencia, imprudencia e impericia a la prestación de servicios médicos y hospitalarios, que generaron el fallecimiento temprano y doloroso de Cristina Rodríguez de Triana.

2. Como supuestos de hecho, la parte actora refirió los que se compendian así:

2.1. Cristina Rodríguez de Triana, nació el 29 de septiembre de 1933 y falleció el 26 de junio de 2018, a los 84 años.

2.2. El 12 de octubre de 2017 la familia de aquella solicitó cita prioritaria para valoración médica y, fue remitida por urgencias a la Clínica Pinares Medical ubicada en Pereira donde se le practicaron exámenes de “Doppler de venas, vena varice, Doppler de arterias”.

2.3. El 8 de noviembre de 2017, el Dr. Eduardo Valero – Ortopedista general- realizó valoración de los resultados de los exámenes enunciados y evidenció “TUMOR “MALIGNO O VENIGNO (sic)”, por lo que fue remitida al ortopedista oncólogo.

2.4. Fue remitida a Cali, porque en Pereira no tenía convenio con algún médico ortopedista oncólogo.

2.5. El 30 de noviembre de 2017 tuvo cita con el Dr. Germán Salcedo, quien le manifestó que la patología de la paciente era una metástasis, que debía tomar una biopsia ya que el tumor estaba creciendo. Ordenó gammagrafía ósea, así como la práctica de exámenes de laboratorio, cita con ginecología prioritaria, y autorización para cirugía por lesión tumoral de tibia de la pierna izquierda.

2.6. Se realizaron los trámites pertinentes ante Cosmitet Ltda. para la práctica de los exámenes. La cita con el ginecólogo no se logró por lo que tomaron la decisión de tomarla de forma particular, toda vez que ella padecía un sangrado vaginal y, se le ordenó mamografía, marcadores tumorales, ecografía transvaginal y cita con gastroenterología.

2.7. Estos últimos exámenes fueron practicados el 13, 14 y 15 de diciembre de 2017 y, el gastroenterológico el 9 de enero de 2018.

La ecografía pélvica arrojó como resultado “engrosamiento endometrial severo, sugiriendo “legrado para descartar cáncer de endometrio””, procedimiento que se practicó el 18 de febrero de 2018 en la Liga contra el cáncer.

2.8. En enero de 2018 la volvió a auscultar el Dr. Germán Salcedo y programó cirugía para el día 18 de ese mismo mes con hospitalización en la Clínica Rey David de Cali. El 23 de enero de

2018 se obtuvo el resultado de la biopsia de la pierna izquierda, y al 29 siguiente se ordenaron radioterapias para evitar el crecimiento de nuevo tumor y cita con oncología y “radiólogo oncólogo”.

2.9. El 30 de enero de 2018 la familia de la paciente llevó las remisiones a la demandada; no obstante, no lo autorizó hasta tanto se obtuviera el resultado de “inmunohistoquímica” los cuales fueron entregados el 2 de marzo de 2018.

2.10. Solo hasta el 2 de abril de 2018 se obtuvo cita con el ginecólogo general en la Clínica Pinares, el cual ordenó manejo paliativo para el dolor.

2.11. El 6 de abril de 2018, el Dr. Juan Carlos Restrepo, radiólogo oncólogo vuelve a ordenar sesiones de radioterapias paliativas de la pierna izquierda.

2.12. El 10 de abril de 2018 se realizó la primer consulta en la clínica del dolor Mega centro Pinares, y se insistió en la autorización para las radioterapias, sin obtener respuesta de la demandada.

2.13. *“La falta en la autorización para la sesión de RADIOTERAPIAS por parte de COSMITET, desde enero 29 de 2018, ocasionó que el tumor creciera y que los dolores sufridos por la paciente se incrementaran en forma exponencial”.*

2.14. El 10 de marzo de 2018 presentaron petición a fin de obtener las radioterapias y, al día siguiente queja ante la Superintendencia de Salud. La respuesta a la petición se dio el 28 de mayo, más en ella se dijo “estar en trámite y gestión”.

2.15. Ante la negativa de autorizar las radioterapias, el 29 de mayo de 2018 interpusieron una acción de tutela que le correspondió al Juzgado 5º “Municipal de Pereira” la cual fue concedida con fallo del 13 de junio de 2018.

2.16. El 3 de junio de 2018 la paciente fue hospitalizada por descompensación.

2.17. El 8 de junio de 2018 se presentó incidente de desacato por la renuencia de autorizar las radioterapias concedidas en la medida provisional.

2.18. Ya el día anterior se había recibido llamada de Oncólogos del Occidente S.A.S. para citar a valoración médica de radioterapia siendo realizada tal valoración el 08/06/2018.

2.19. El 12 de junio de 2018, se entregó a la demandada la cotización de radioterapias por valor de \$17.195.850.

2.20. El 25 de junio de 2018 el Juzgado 5º Civil Municipal de Pereira dio apertura el incidente de desacato, contra el gerente general de Cosmitet Ltda.

2.21. La demandada jamás dio cumplimiento al fallo de tutela y, Cristina Rodríguez de Triana murió el 26 de junio de 2018 con graves padecimiento de dolores y expulsión de coágulos de sangre por la vagina.

2.22. Finalmente, recibieron llamada de autorización para las radioterapias el 27 de junio de 2018.

2.23. Así, fallaron los protocolos administrativos para autorizar y ordenar las sesiones de radioterapias por parte de Cosmitet Ltda. y, como resultado *“se presentó el fallecimiento temprano y gravemente doloroso de la señora Cristina Rodríguez de Triana”*; esperando las radioterapias, *“cuyo tratamiento serviría además como mecanismos de extender su vida en condiciones dignas”*.

2.21. José Leoncio Triana fue el esposo de la causante, unión que duró más de 60 años de convivencia y, tuvieron diez hijos Ernesto, Carmen Alicia, Edgar, Miguel Enrique, José Leoncio, Esperanza Cristina, Hilda Mariana, Zenaida, Blanca Cecilia y Mariela Triana Rodríguez.

2.22 José Leoncito Triana entró en depresión y tristeza por la muerte de Cristina Rodríguez de Triana y, él y sus hijos *“reciben tratamiento terapéutico – psicológico desde la ocurrencia del fallecimiento”*.

2.23. La demandada es civilmente responsable de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados a los demandantes, *“con ocasión de la muerte de un ser querido, por lo está llamado a repararlos.”*

3. Subsana la demanda, fue admitida por auto¹ de 22 de marzo de 2019.

4. Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them & Cía. Ltda. -Cosmitet Ltda.- contestó la demanda, se opuso a las pretensiones y presentó excepciones; no obstante, fueron consideradas como extemporáneas.

5. Trabada la relación jurídico-procesal, se dio paso a las audiencias de que tratan los artículos 372 y 373 de la ley 1564 de 2012, profiriéndose sentencia² que resolvió:

«Primero: Se declara a Cosmitet Ltda. Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them y Cía. Ltda. civil y

¹ Folio 219 manuscrito o folio 256 del archivo PDF denominado *“02ExpedienteDigitalizado1-386.PDF”*

² Archivo documental: 015SentenciaInstancia.pdf, en Cuaderno Juzgado. 01CuadernoPrincipal

extracontractualmente responsables por los perjuicios extrapatrimoniales causados a los demandantes.

Segundo: En consecuencia, se condena a Cosmitet Ltda. Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them y Cía. Ltda. a pagar dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, a título de indemnización por concepto moral una suma equivalente de treinta (30) salarios mínimos mensuales vigentes al momento del pago a cada uno de los demandantes.

Tercero: Se condena en costas a la parte demandada en favor de la parte demandante. Señalándose como agencias en derecho la suma de veinte millones de pesos (\$20.000.000).».

EL FALLO APELADO

Memoró el juzgador que los actores pretenden la declaratoria de responsabilidad civil extracontractual, debido a los perjuicios causados por las supuestas deficiencias en la prestación de servicios médicos a su pariente, Cristina Rodríguez de Triana.

Entre la causante y Cosmitet existió vínculo contractual, sociedad que hacía las veces de entidad promotora de salud teniendo en cuenta que la fallecida ciudadana pertenecía a un régimen de salud especial, como lo es el del Fondo Pasivo de Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

Respecto al daño, el a quo dijo que conforme a las declaraciones dadas por los actores sufrieron dolor, angustia, estrés y preocupación por ver a su madre y esposa, padecer de fuertes dolores que no debió sufrir si la demandada hubiera actuado con celeridad y diligencia.

Sumado a lo anterior, hizo referencia a la historia clínica de la paciente, en la que Carmen Triana Rodríguez manifestó que había demoras en las autorizaciones las cuales afectaron el tratamiento.

Resaltó que los demandantes eran conscientes de que su madre se encontraba en fase terminal y que la muerte era algo inminente, por lo que la indemnización no era por el deceso, sino por el exceso de sufrimiento al verla afrontar un mayor dolor en comparación si se le hubieran realizado las radioterapias con la premura que ameritaba.

En lo que atañe a la culpa, argumentó que analizaría si las radioterapias tenían el potencial para mermar el dolor de la señora Rodríguez de Triana.

Para tal efecto, citó al perito médico Rubén Darío Ángulo González quien informó que la radioterapia era una energía que podía utilizarse de 2 formas, para curar dolencias o eliminar células cancerígenas y paliativa. Respecto al caso de Cristina Rodríguez de Triana dijo que las radioterapias paliativas hubiesen mejorado la

calidad de vida, evitado varios ingresos al hospital, pues mejora el dolor en la metástasis ósea que genera dolores insoportables.

Luego de memorar varias respuestas dadas por el perito, anotó que existía una relación directa en la radioterapia y la disminución del dolor, pues si aquella se hace a tiempo es útil para prolongar los efectos de la cirugía de resección del tumor, toda vez que evita que aquel crezca y a menor tamaño del tumor, será menor el dolor que este genere. Agregó que, además de eliminar células malignas también ayuda al manejo del dolor, lo que debe hacerse junto con los medicamentos, pues ninguno reemplaza al otro.

Concluyó que, de haberse efectuado las radioterapias a Cristina Rodríguez de Triana podría haberse evitado el crecimiento del tumor tras la cirugía y hubieran ayudado a mitigar los fuertes dolores.

El *a quo* hizo referencia al proceso de atención que recibió la causante, conforme a lo registrado en la historia clínica y, dijo que, desde el 29 de enero de 2018 el oncólogo Germán Salcedo ordenó la remisión del paciente al radiólogo oncólogo dada la afectación ósea, a fin de que dicho especialista la valorara y definiera si el procedimiento era viable, la intensidad y la forma en la que se llevaría a cabo. Fue auscultada hasta el 8 de junio de 2018, 5 meses después de la remisión lo que es reprochable para el *a quo*, porque un trámite administrativo para una valoración de ese raigambre tarde tanto tiempo, máxime con una enfermedad tan grave en estado terminal, de la tercera edad, procedimiento potencial para mejorar su calidad de vida.

Si bien la demandada alegó que la cita con el radiólogo debía tener los resultados de la biopsia y del examen de inmunohistoquímica, postura respaldada por el perito Germán Salcedo y, los resultados de la biopsia del 23 de enero de 2018 se tuvo la certeza de que Cristina tenía cáncer y que estaba en procesos de metástasis, razón por la cual el Dr. Germán Salcedo la remite a valoración por radioterapia e incluso incluyó *“valoración prioritaria por lesión metastásica tibia izq.”*

El 9 de marzo de 2018 había certeza de que además del cáncer óseo, la paciente tenía “C541 tumor maligno de endometrio”, por lo que oncólogo el Dr. Juan Carlos Restrepo también ordenó consulta con el especialista en radioterapia y, ordenó dicho procedimiento como tratamiento paliativo para la pelvis.

Además, que la demandada tenía conocimiento de las prescripciones médicas que resaltaban la urgencia y prioridad con que debía atenderse. Incluso, la familia de la causante radicó queja ante la Superintendencia Nacional de Salud una queja el 10 de mayo de 2018; el 29 de mayo de 2018 el Juzgado Quinto Civil Municipal de Pereira le ordenó al representante legal de la demandada a realizar las radioterapias y; el 7 de junio de 2018, Edgar Triana radicó

directamente ante la demandada el oficio de cumplimiento de la orden judicial y, el 13 de junio de 2018 la sentencia de tutela, así como posteriormente el incidente de desacato.

El tiempo utilizado por la demandada para agendar una cita de valoración con radiología (5 meses) y luego, para pagar el servicio (17 días), son inexcusables. Los trámites administrativos no pueden estar por encima de los derechos fundamentales.

Agregó que, se le otorgó cita para la realización de las radioterapias el mismo día del fallecimiento, 26 de junio de 2018, para ser practicadas el 27 de junio de 2018.

Concluyó que encontró acreditados los elementos de la responsabilidad civil extracontractual: el daño (dolor moral de los parientes de Cristina Rodríguez); la culpa (negligencia de Cosmitet) y, el nexo causal, habida cuenta que si la demandada hubiera acatado las ordenes médicas y propiciado los cuidados paliativos que requería la paciente, sus parientes no hubieran entrado en estado de preocupación, angustia e impotencia que nacieron del hecho de ver su mamá y esposa padecer dolores insoportables por falta de autorización y práctica de unas radioterapias.

EL RECURSO Y SUS FUNDAMENTOS

La parte demandada propició recurso de apelación erigiendo su disenso en los siguientes argumentos:

i) No se estructuran los elementos de la responsabilidad médica. Manifestó que la Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them & Cía. Ltda., cumplió cabalmente con sus obligaciones contractuales con Cristina Rodríguez de Triana, al punto que autorizó los servicios médicos de urgencia, hospitalización, medicamentos, diagnósticos y procedimientos quirúrgicos ordenados.

Agregó que en la responsabilidad médica el demandante debe acreditar todos los elementos de la responsabilidad; así, conforme a los artículos 159 y 178 de la ley 100 de 1993, la parte actora no logró erigir los supuestos necesarios para predicar la existencia de la responsabilidad como tampoco el vínculo de los perjuicios alegados.

Seguidamente, hizo referencia al historial clínico de la paciente para concluir que, recibió, en todo caso, valoración, apoyos de diagnóstico de tumor benigno de los huesos largos del miembro inferior y se dio autorización por traumatólogo ortopedista de tumores.

Agregó que, conforme al historial médico Cristina Rodríguez recibió valoración por parte del ortopedista de tumores, Dr. Germán Salcedo, y allí se refiere incremento del dolor en la pierna izquierda desde octubre de 2017 que tuvo sangrado vaginal, dolor diario y,

conforme a hallazgos clínicos se evidenció tumor maligno secundario de huesos y de la médula ósea articular. Se considera biopsia para definir si es posible iniciar radioterapia para manejo paliativo del dolor en la pierna.

Luego de citar distintos eventos que consideró importantes de la historia clínica de la paciente, argumentó que de acuerdo con los apoyos médicos y el resultado de la biopsia, los médicos determinaron que se trataba de un cáncer en estado terminal siendo el primario de útero con metástasis a hueso y pulmón, y quedó claro que solo hasta marzo de 2018 se logró aclarar al diagnóstico y, de esta manera considerar la conducta médica a seguir, que no fue otra que el tratamiento paliativo con radioterapia.

Conforme a ello, es donde se rompe el nexo causal porque no se distingue la relación, en este caso, entre la acción y el resultado; conforme a la historia clínica la paciente recibió atención oportuna, idónea conforme a los protocolos y fueron enfáticos en concluir que el acto médico reprochado obedeció al desenlace propio de la patología.

Por lo que concluye, además, que no se logran concluir los supuestos necesarios para predicar la existencia de la responsabilidad civil imputada; no se evidencia el vínculo con las características necesarias, que ate el actuar en el ente convocante con los supuestos perjuicios alegados por la parte actora.

ii) Cabal cumplimiento de las obligaciones de la Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them & Cía. Ltda. -Cosmitet Ltda., en razón a las normas que regulan el sector salud.

Cristina Rodríguez de Triana se encontraba afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, por medio de la Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them & Cía. Ltda., por lo que se rige por la ley 100 de 1993. Bajo ese parámetro y la ley 1122 de 2007 contrató con una red prestadora de servicios de salud para la atención oportuna como lo prevé el literal e, del artículo 156 de la ley 100 de 1993, prueba de ello es la prestación efectiva del servicio de salud que está consignado en la historia clínica de la paciente. Adicionalmente, la entidad cumplió con las funciones que se encuentran enmarcadas en el canon 178 de la citada ley, en concordancia de la ley 1122 de 2007, artículo 14.

3. Desconocimiento del principio de la carga de la prueba, pues la obtención de una indemnización no basta con alegar el supuesto detrimento, debe estar acreditado debidamente, porque no es posible presumirlo. Citó al Consejo de Estado, para concluir que, *“tratándose de obligaciones de medio, es al demandante a quien le incumple acreditar la negligencia o impericia del médico (...)”*; agregó el artículo 153 de la ley 100 de 19893 que establece que el servicio de salud debe ser prestado *“dentro de su red en cualquier tiempo”*.

4. El principio de congruencia de la sentencia se desconoció pues se resolvió sobre parámetros diferentes a los plasmados por el demandante en el escrito de demanda, hechos y pretensiones.

CONSIDERACIONES

1. Concurren en la actuación procesal los presupuestos procesales y no se observa vicio en la actuación, por tanto, no existe impedimento procesal para fallar de fondo.

2. Se precisa preliminarmente que la Sala de Decisión se pronunciará única y exclusivamente sobre los reparos planteados por la parte apelante en la primera instancia y sustentados ante esta sede, de conformidad con lo regulado en los artículos 320, 327 y 328 de la Ley 1564 de 2012 y el Decreto 806 de 2020.

3. Para emprender el estudio del asunto debe apuntarse en primer lugar que la responsabilidad originada por la desatención de los deberes médicos, se erige para el paciente perjudicado, en la responsabilidad contractual por el incumplimiento del respectivo convenio de servicios de salud, mientras que frente a los terceros ajenos a dicho vínculo contractual, en la responsabilidad aquiliana o extracontractual, sobre ese tópico ha explicado la Corte:

“En lo atañadero a la responsabilidad civil en general, y a la médica, en particular, conocida es su clasificación en contractual o extracontractual (cas. civ. sentencias de marzo 5 de 1940, 26 de noviembre de 1986, 30 de enero de 2001, exp. 5507, septiembre 11 de 2002, exp. 6430). Aquélla, exige una relación jurídica preexistente entre las partes, o, lo que es más general y frecuente, la existencia y validez de un contrato, su incumplimiento, el daño y la relación de causalidad (cas. civ. sentencia de 12 de julio de 1994, exp. 3656). En cambio, en la última, el quebranto se produce al margen de cualquier vínculo jurídico previo entre aquellos que se relacionan con ocasión del daño.”

(...)

“La responsabilidad de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), es contractual o extracontractual. Con relación al afiliado o usuario, la afiliación, para estos efectos, materializa un contrato, y por tanto, en línea de principio, la responsabilidad es contractual, naturaleza expresamente prevista en los artículos 183 de la Ley 100 de 1983 que prohíbe a las EPS “en forma unilateral, terminar la relación contractual con sus afiliados”, y los artículos 16 y 17 del Decreto 1485 de 1994, relativos a los “contratos de afiliación para la prestación del Plan Obligatorio de Salud que suscriban las Entidades Promotoras de Salud con sus afiliados” y los planes complementarios. Contrario sensu, la responsabilidad en que pueden incurrir las Entidades Promotoras de Salud (EPS) respecto de terceros perjudicados por los daños al afiliado o usuario con ocasión de la prestación de los

*servicios médicos del plan obligatorio de salud, es extracontractual.*³
(Negrilla por la Sala).

Siguiendo tales derroteros, cuando de un procedimiento médico se generan daños, para el paciente lesionado la reparación a pedirse no será por responsabilidad civil extracontractual, sino la contractual, en razón a que origen de la prestación del servicio de salud surgió de un contrato y quién ejerce la acción es directamente el afectado y no sus causahabientes ni terceros; y en la hipótesis en que con la desatención contractual se vean perjudicados terceros el resarcimiento de los daños que pudiesen haber soportado puede reclamarse pero en el escenario de la responsabilidad extracontractual, itérese, por no ser parte del vínculo contractual.

4. Ahora, es imperioso memorar que la responsabilidad civil derivada de la actividad médica, al igual que otros eventos, presupone, de un lado, para el demandante la carga de acreditación de los elementos que la estructuran, relacionados con la existencia del hecho, el daño -y su cuantificación-, el nexo causal entre uno y otro, y la culpa del agente del daño, teniendo en cuenta que este tipo de responsabilidad, es de carácter subjetivo; y, por el otro, para el demandado, la de desvirtuarlos.

Desde luego que en este campo debe operar el principio de la carga de la prueba, visto con un sentido dinámico, socializante y moralizador, esto es, distribuyéndola entre las partes para demandar de cada una la prueba de los hechos que están en posibilidad de demostrar y constituyen fundamento de sus alegaciones. Además, ha de atenderse que a pesar de que la responsabilidad del médico, de las EPS y de las IPS, hacen parte de un tipo de responsabilidad profesional, que no es extraña al régimen general de la responsabilidad, en la medida que debe concurrir un comportamiento activo o pasivo, el daño patrimonial o extrapatrimonial y la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y el comportamiento, no es menos cierto que todos ellos responden a un título de imputación diferente.

Así, mientras los médicos por violación del deber de asistencia y cuidado, propios de la profesión imputable subjetivamente a título de dolo o culpa y las instituciones prestadoras de servicios médicos (IPS), directamente por los daños causados con dolo o culpa, por los médicos y demás personal que en ellas prestan el servicio⁴; las entidades promotoras de salud (EPS), responden por la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuno, lesivo de la calidad exigible, no obstante que son *“todas solidariamente*

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia sustitutiva de 17 de noviembre de 2011. M.P. William Namén Vargas. Radicación 110013103018199900533 01

⁴ Ver sobre el particular, sentencias del 8 de septiembre de 1998, expediente No 5143, Magistrado Ponente Dr. Pedro Lafont Pianetta, y del 26 de noviembre de 2010, expediente No 1999-08667-01, Magistrado Ponente Dr. Pedro Octavio Munar Cadena (providencia esta última en la que trae a colación los fallos del 12 de septiembre de 1985, y del 22 de julio de 2010)

*responsables por los daños causados, especialmente, en caso de muerte o lesiones a la salud de las personas.”*⁵

De conformidad con el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral conformado con los regímenes de pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios definidos por la ley para la efectiva realización de los principios de solidaridad, universalidad y eficiencia enunciados en el artículo 48 de la Constitución Política, la función básica de las Entidades Promotoras de Salud es “organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados”, y la de “establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud” (artículo 177, numeral 6º, ibídem), que les impone el deber legal de garantizar la calidad y eficiencia de los servicios de salud, por cuya inobservancia comprometen su responsabilidad, sea que lo presten directamente o mediante contratos con las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) y profesionales respectivos (artículo 179, ejusdem).

Igualmente, la prestación de los servicios de salud garantizados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), no excluye la responsabilidad legal que les corresponde cuando los prestan a través de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) o de profesionales mediante contratos reguladores sólo de su relación jurídica con aquéllas y éstos. Por lo tanto, a no dudarlo, la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuno, lesivo de la calidad exigible, abusivo con la dignidad del paciente y de la lex artis, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud y prestándolos mediante contratación con Instituciones Prestadoras de Salud u otros profesionales, son todas solidariamente responsables por los daños causados a las personas.

Además, como lo ha decantado la jurisprudencia, la responsabilidad por culpa extracontractual puede ser imputable a las personas jurídicas, cuando es originada en actos dañosos cometidos por agentes que obran en su interés, responsabilidad que, en cuanto entre en el campo de acción propio del ente, será directa y no indirecta, siempre que un agente suyo por su conducta y culpa personal la comprometa.

Igualmente, no puede pasarse inadvertido que acerca del servicio de salud la jurisprudencia ha recalcado:

“En correlación, la prestación del servicio de salud se halla atada al principio de benevolencia o no maledicencia, según el cual, en general, los distintos agentes involucrados deben contribuir al bienestar y mejoría de los pacientes o de los usuarios del sistema.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia sustitutiva del 17 de noviembre de 2011, MP. Dr. William Namén Vargas.

Por lo mismo, los profesionales del ramo, se encuentran ligados a una obligación ética y jurídica de abstenerse de causar daño, como desarrollo del juramento hipocrático, el cual impone actuar con la diligencia debida y luchar por la mejoría y el bienestar de los pacientes y de la humanidad entera, para evitar así el dolor y el sufrimiento.”⁶.

5. Con las anteriores nociones y para el *sub lite*, los familiares (hijos y esposo) de Cristina Rodríguez de Triana demandaron extracontractualmente a la Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them y Cía. Ltda. -Cosmitet Ltda.- a fin de obtener indemnización por los daños extrapatrimoniales, causados por “*el fallecimiento temprano y doloroso de Cristina Rodríguez de Triana*” que atribuyen a la negligencia, imprudencia e impericia de la demandada en autorizarle las “radioterapias” propicias para la patología que sufría.

Lo anterior se extrae de los hechos de la demanda, en los que se manifiesta que pese a formular quejas, peticiones, acción de tutela, presentar incumplimiento de la medida provisional para dar apertura al incidente de desacato, radicar solicitudes, no se le suministro la radioterapia ordenada por el galeno tratante, lo que conllevó a que tuviera “*graves padecimientos de dolores y expulsión de coágulos de sangre por la vagina*”⁷

En ese sentido fue resuelta la sentencia de primer grado, bajo la óptica de analizar la tardanza en autorizar el tratamiento de radioterapia dispuesto para la paciente. Y es que, en todo caso, es deber del juez interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto, tal como lo prevé el numeral 5 del artículo 42 de la ley 1564 de 2012.

Bajo esa percepción, equivocada es la apreciación del recurrente al calificar de incongruente el fallo cuestionado, porque la sentencia de primer grado no fue más allá de lo pedido, ni fuera de lo peticionado, ni se basó en hechos inexistentes, se erigió en los temas sometidos a estudio.

Al respecto, de vieja data la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

“La incongruencia no sólo se presenta cuando confrontadas las resoluciones de la sentencia con las peticiones y defensas de las partes se observa que el fallo es extra, ultra o mínima petita, porque puede acaecer que a pesar de existir armonía cabal entre aquellas y éstas, se presente el fenómeno de la incongruencia, como cuando demandándose la nulidad del proceso con fundamento en la incompetencia del fallador, se declara el vicio, pero con apoyo con otra causal alegado, como la de haberse omitido el término para pedir pruebas... La sentencia para ser congruente debe decidir solo sobre

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de enero de 2018, MP. Luis armando Tolosa Villabona (SC10003-2018, Rad.11001-31-03-032-2012-00445-01)

⁷ Folio 202 manuscrito o folio 238 del archivo PDF denominado “02expedientedigital1-386”

los temas sometidos a composición del juez y con apoyo en los mismos hechos alegados como causa petendi, pues si se fundan en supuestos fácticos que no fueron oportunamente invocados por las partes lesionaría gravemente el derecho de defensa del adversario (...) Tal el fundamento para afirmar que igual da condenar a lo no pedido, que acoger una pretensión deducida, pero con causa distinta a la invocada, es decir, con fundamentos de hechos no alegados”⁸ (resultado fuera del texto original.).

Dicho lo anterior se concluye que, el reparo de incongruencia no tiene vocación de prosperidad.

6. Ahora, se ocupa la Sala de examinar la responsabilidad endilgada a la demandada en su condición de entidad prestadora de servicios de salud.

Preliminarmente ha de recalcarse que la obligación de las EPS no se limita a cumplir con los trámites relacionados con la administración de servicios entre usuarios y los prestadores de servicios, sino que deben garantizar la calidad de la atención que se brinda. Así lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, pronunciándose en un caso de similares connotaciones fácticas, en el cual la entidad prestadora de servicios de salud se opuso a la declaratoria de responsabilidad en su contra, en esa oportunidad, consideró:

“En contra del anterior razonamiento, cabe aclarar que no es cierto que la responsabilidad de las EPS se circunscribe a sus funciones estrictamente administrativas en relación con el acceso de los usuarios a la red de salud, pues según el artículo 177 de la ley 100 de 1993, las empresas promotoras de salud tienen como función básica «organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados (...)». Luego, las EPS son responsables directas por la prestación del servicio de salud que reciben los usuarios.

En el mismo sentido, los artículos 178, 179 y 180 de la ley 100 de 1993, señalan que las entidades promotoras de salud tienen el control sobre la calidad de la prestación del servicio, como bien se explicó líneas arriba.

Vale la pena reiterar, que el artículo 14 de la ley 1122 de 2007 impuso a las EPS la responsabilidad de cumplir las funciones indelegables del aseguramiento en salud, que incluye la garantía de calidad en la prestación de los servicios de salud, en los siguientes términos:

«Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 28 de noviembre de 1977, reiterado en la sentencia de 6 de julio de 1981 y, en la decisión SC775-2021 del 15 de marzo de 2021.

las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud. Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento». [Se resalta]

Por consiguiente, fue la misma ley la que asignó a las Entidades Promotoras de Salud de ambos regímenes la obligación de representar a los afiliados ante las instituciones prestadoras, garantizar la calidad de los servicios de salud y asumir el riesgo transferido por el usuario mediante el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el POS.

Finalmente, el artículo 3º de la ley 1438 de 2011 estableció: «Los servicios de salud deberán atender las condiciones del paciente de acuerdo con la evidencia científica, provistos de forma integral, segura y oportuna, mediante una atención humanizada». Esta obligación de brindar una atención en salud oportuna, integral y de calidad implica un enfoque sistémico que involucra la responsabilidad de todos los miembros de la organización encargada de la prestación del servicio de salud.

El paradigma de sistemas es imprescindible para comprender el funcionamiento del Sistema de Seguridad Social en Salud y del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención en Salud, contenidos en el marco normativo que se ha reseñado con precedencia; así como para la atribución de responsabilidad civil a sus agentes.

*Según la Teoría General de Sistemas, utilizada por esta Corte como marco conceptual para explicar el fundamento de la responsabilidad civil de las personas jurídicas estructuradas en forma de sistemas no psíquicos u organizativos (SC 13925 del 24 de agosto de 2016), los elementos o miembros de la organización deben ser capaces de interactuar entre sí de manera coordinada (sinergia) mediante el empleo de herramientas o estándares de acción claros y precisos encaminados al logro de resultados exitosos o de alta calidad, cuyo incumplimiento entraña un juicio de reproche culpabilístico cuando se traduce en daños previsibles ocasionados a las personas”.*⁹

Se impone reseñar, como lo hizo la Corte Suprema de Justicia, que la Ley 1438 de 2011 estableció parámetros para fortalecer el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) «a través de un modelo de prestación del servicio público en salud que en el marco de la estrategia Atención Primaria en Salud permita la acción coordinada del Estado, las instituciones y la sociedad para el mejoramiento de la salud y la creación de un ambiente sano y saludable, que brinde servicios de mayor calidad, incluyente y equitativo, donde el centro y objetivo de todos los esfuerzos sean los residentes en el país» (artículo 1º), sobre lo cual destacó la Corte que:

*“Por expreso mandato legal, las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir las funciones indelegables del aseguramiento, la representación de los afiliados ante las instituciones prestadoras, **la garantía de la calidad en la***

⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC 9193-2017. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

prestación de los servicios de salud y la asunción del riesgo transferido por el usuario.

(...) Entre los criterios técnicos mínimos para el cumplimiento de resultados en la atención de salud de calidad, la mencionada ley incluyó la prevalencia e incidencia de la morbilidad y mortalidad materna perinatal e infantil; la incidencia de enfermedades de interés en salud pública; la incidencia de enfermedades crónicas no transmisibles y de las precursoras de eventos de alto costo; la incidencia de enfermedades prevalente transmisibles e inmunoprevenibles; y el acceso efectivo a los servicios de salud. (Art. 2º)”

Advirtiendo que la ley 1438 modificó el artículo 153 de la ley 100 de 1993, señalando los principios que orientan el SGSSS, entre los cuales se encuentran el de igualdad, prevalencia de derechos; enfoque diferencial; calidad y prevención (artículo 3º); explicó la Corte:

“El marco legal que se ha resumido en líneas precedentes consagró un sistema obligatorio de garantía del servicio de salud que comporta un verdadero cambio de paradigma, pues ya no es posible seguir concibiendo la atención en salud como una labor de beneficencia, como ocurrió hasta finales de la década de los 80 del siglo pasado; dado que a partir de la constitucionalización de la salud y la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social en salud y del sistema obligatorio de garantía de la calidad de la atención en salud, ésta es un derecho superior de los habitantes del territorio, que se patentiza en los resultados constatables y medibles en el servicio eficaz que reciben los usuarios o destinatarios finales del sistema.

Es cierto que la atención de calidad es una obligación que las entidades y agentes del sistema general de seguridad social en salud tienen que cumplir de manera progresiva. No obstante, la gradualidad no es una mera ‘idea regulativa’ o un ‘principio general no susceptible de aplicación inmediata’, ni mucho menos un pretexto para justificar una atención en salud retardada, deficiente, mediocre o rezagada con relación a los avances científicos y tecnológicos, sino que es una característica concreta del SGSSS que se patentiza en el mantenimiento de los criterios de calidad actuales y en el mejoramiento permanente de los estándares existentes de tecnología, administración, operación y trato humano que permiten materializar el mandato constitucional y legal de un servicio de salud de alta calidad que redunde en mejorar las condiciones de vida de la población.

Los estándares de calidad son el conjunto de políticas, reglas, instrucciones y procedimientos establecidos por las entidades que conforman el SGSSS y el SOGC para todas las operaciones principales, tanto administrativas como asistenciales, los cuales sirven de guía o parámetro de acción a los miembros de la organización para desempeñar sus labores con eficacia. La clave del éxito de la calidad del servicio de salud es el mejoramiento constante y en marcha que involucra a todos los componentes del sistema (alta administración, gerentes, coordinadores, médicos, paramédicos y

operarios) para desarrollar procesos estandarizados orientados a resultados.

Los parámetros explícitos y concretos de pertinencia clínica se encuentran en las guías de atención del Ministerio de Salud y las distintas entidades territoriales; siendo su acatamiento una obligación legal y no una simple facultad de los agentes prestadores del servicio de salud, quienes tienen que ceñirse a ellas con el fin de brindar un servicio de verdadera calidad conforme a las condiciones personales del usuario, la cultura de seguridad del paciente, la práctica de la medicina basada en la evidencia científica y la atención integral, segura, oportuna y humanizada, tal como lo ordena el artículo 3º de la ley 1438 de 2011.

La cultura de calidad total del servicio de salud y seguridad del paciente tiene repercusiones directas en el derecho de la responsabilidad civil, pues en el entorno del sistema obligatorio de calidad de la atención en salud las demoras en la prestación del servicio; el uso de tecnología obsoleta; la ausencia de tratamientos y medicamentos de utilidad comprobada por la medicina evidencial; la despreocupación por la satisfacción del cliente y la falta de atención de sus necesidades asistenciales; la falta de disciplina en el acatamiento de reglamentos tales como guías, normas técnicas y reglas de diligenciamiento de la historia clínica; la insuficiencia de continuidad e integralidad del servicio; la complacencia frente a malas prácticas y su ocultamiento; y en fin, la carencia de un pensamiento orientado al proceso y desarrollo de estrategias que aseguren un mejoramiento continuo e interminable del servicio de salud que involucre a todas las personas de los distintos niveles de la jerarquía, son circunstancias constitutivas de responsabilidad organizacional por deficiente prestación del servicio cuando lesionan con culpa la integridad personal del paciente; lo que afecta la sostenibilidad económica del sistema por mayores costos de tratamientos de eventos adversos y pagos de indemnizaciones por daños ocasionados a los usuarios.

(...)

En el marco del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del SGSSS, la *lex artis ad hoc* es un concepto concreto, medible, transparente y constatable a la luz de los dictados de la medicina evidencial, que no sólo es bien intencionada sino que además está bien orientada, documentada y experimentada. De manera que ese es el parámetro objetivo que han de seguir los jueces para valorar las pruebas que dan cuenta de la conducta (activa u omisiva) de los agentes prestadores del servicio de salud, a fin de poder determinar la presencia de los elementos que permiten atribuir responsabilidad civil, o descartarlos si no hay prueba de ellos en el proceso”.

6.1. Aplicadas las precedentes directrices al caso en estudio, permiten concluir que la demandada no puede exonerarse su responsabilidad, simplemente aduciendo la gestión administrativa, ya que es garante de la prestación oportuna, efectiva y de calidad a los usuarios del sistema.

7. Para el *sub lite* el supuesto de hecho que establece el artículo 2.341 del Código Civil y que obliga al demandado a la indemnización por causa de la responsabilidad civil corresponde a la configuración de sus elementos básicos: la culpa, el daño y el nexo causal, por la conducta omisiva que le es atribuida, concretamente por el no suministro de “radioterapia” ordenada por los especialistas tratantes a fin de atender la patología diagnosticada a la señora Cristina Rodríguez de Triana.

7.1. Haciendo remembranza, conforme al historial médico de la señora Cristina, para el 28 de diciembre de 2017 se encuentra que tenía un diagnóstico de “hipotensión no especificada; osteoporosis postmenopausica, sin fractura patológica”¹⁰,

7.2. Seguidamente, el 2 de enero de 2018 la paciente ingresa a la Clínica Rey David con síntomas como “dolor muy persistente e intenso en miembro inferior izdo relacionado con masa al aprezer (sic) metastásica, además con folor abdominal, sangrado vaginal y endometrico engrosado. Pendiente BX de endometrio, urocultivo posterior a TTO de infección de vías urinarias, ahora con cifras de tensión bajas sin mareo, en regular condición general y con muy mal patrón de sueño debido a dolor ss valoración prioritaria con clínica del dolor y apoyo en manejo. Gracias”¹¹. Allí mismo, en la casilla de diagnósticos de ingreso asignados se dijo “hiperplasia adenomatosa del endometrio; tumefacción, masa o prominencia localizada en el miembro inferior”.

7.3. El 11 de enero de 2018 ingresó nuevamente al establecimiento médico referido y reza “Paciente que es remitida para evaluación por presencia de hipotensión al parecer inducida por mediante. Tiene pendiente biopsia de tumefacción de pierna izda y es enviada para valoración prequirúrgica. Hoy aporta rx de tórax el cual es normal para la edad de la paciente (...)”¹² y, con diagnósticos de egreso “Infección de vías urinarias, sitio no especificado; tumefacción, masa a prominencia localizada en miembro inferior”

7.4. Nuevamente ingresa el 16 de enero de 2018 para “cirugía. Paciente con tumor en tibia derecha”¹³, estando allí se anotó “paciente con reporte de urocultivo tomado en periferia positivo para E coli MR, se comenta con cirujano tratante se indica mantener manejo de antibiótico con meropenem, programa cirugía para mañana 11 am o 1 pm (...)”¹⁴. El médico tratante fue el Dr .German Salcedo, ortopedista oncólogo y, en la observación se expresó “Pop tumor maligno tibia”¹⁵ y, posteriormente, el 18 de enero de ese mismo año se inscribió: “Pacientecongran (sic) lesión cortical tibia comaptible (sic) con enfermedad metastica”¹⁶; asimismo, en esa misma fecha, se expuso “Abordaje anterior disección marginal de tumor resección completa incluyendo lesión

¹⁰ Folio 290 manuscrito o folio 382 del archivo PDF 02expediente 1-368

¹¹ Folio 286 vuelto manuscrito o folio 376 del archivo PDF ibidem.

¹² Folio 284 vuelto folio 372 archivo PDF ibidem.

¹³ Folio 269 o folio 345 del archivo PDF.

¹⁴ Folio 269 vuelto o folio 346 del archivo PDF ibidem.

¹⁵ Folio 271 o folio 349 del archivo PDF ibidem.

¹⁶ Folio 274 vuelto o folio 354 del archivo PDF ibidem.

de tibia, se envía todoa patología (sic), se toma cultivo s reconstrucción defecto con cementocon (sic) antibióticos y placa DC 4.5 anta de 8 orificios 3 proximales 3 distales control fluroscopia RX Ingraoperatorios (sic) hemostasia cierre por planos piel con grapas.”

7.5. Así, el 21 de enero de 2018 la paciente egresa de la clínica “en silla de ruedas, en compañía de la auxiliar y familiares (...)”¹⁷, medicamentos “tramadol clorhidrato, meropenem, cefazolina, levotiroxina, pregabilina, acetaminofen, cloruro de sodio y dipirona”¹⁸ y “control 1 sem Dr. Salcedo” y, hasta ese momento únicamente había un diagnóstico de “tumor maligno de huesos largos del miembro inferior.”

7.6. Por su parte, el 23 de enero de 2018 la Dra. Liliana Montenegro García, Patóloga Clínica, suscribió el resultado de patología y diagnosticó “carcinoma metastático. Nota. Se sugiere realizar inmunohistoquímica para confirmar carcinoma y descartar un carcinoma adenoescamoso”¹⁹.

7.7. El 31 de enero de 2018 tuvo como motivo de consulta “control del programa de RCV” y se consignó en la historia clínica como diagnósticos de ingreso “hipotiroidismo subclínico por deficiencia de yodo; endometriosis no especificada; tumefacción, masa o prominencia localizada en el miembro interior”²⁰ y, en las observaciones se plasmó “(...) sangrado vaginal por endometrio engrosado extremidades móviles, MID con herida QX buena evolución, edema alrededor de la herida, no eriteam (sic) no dolor a la palpación, realiza caminata con apoyo neurológico. Bien, resto examen físico realizado se encuentra dentro de límites normales aparentes”²¹; asimismo, se consignó “tiene pendiente iniciar radioterapia (...) refiere sentirse bien el dolor cedió completamente se encuentra bajo el efecto de acetaminofén + codeína disminuyó la dosis a 1tab C 8H, hoy con dolor abdominal tipo cólico sangrado vaginal escaso y con lesiones en la piel rascadole (...) realizaron BX de endometrio pendiente (...)”²².

7.8. El 1º de marzo de 2018, es decir, 10 días después de haber sido dada de alta después de la cirugía de resección del tumor maligno de la pierna izquierda, el oncólogo Miguel Adolfo Parco ordenó “radioterapia oncológica”²³; así como “tomografía computada de tórax extendido al abdomen superior con suprarrenales” y, control con oncólogo en un mes. El diagnóstico de ingreso fue “tumor maligno secundario de los huesos y de la médula ósea”.

7.9. El 9 de marzo de 2018 el profesional Juan Carlos Restrepo ordenó consulta de control o seguimiento por especialista por radioterapia²⁴ y, el diagnóstico de egreso fue “tumor maligno del

¹⁷ Folio 280 o folio 365 del archivo PDF ibidem.

¹⁸ Folio 267 vuelto o folio 341 del archivo PDF ibidem.

¹⁹ Folio 247 manuscrito o folio 302 del archivo PDF ibidem.

²⁰ Folio 265 manuscrito o Folio 337 del archivo PDF ibidem.

²¹ Ibidem.

²² Folio 263 manuscrito o folio 333 del archivo PDF ibidem.

²³ Folio 262 manuscrito o folio 331 archivo PDF ibidem.

²⁴ Folio 260 manuscrito o 327 del archivo PDF ibidem.

endometrio”²⁵. Se hizo referencia al plan terapéutico “1. Pendiente resultados de TAC Tórax con extensión de abdomen superior; 2. Resonancia de pelvis con gadolinio; 3. Depuración de creatinina; 4. Domeboro papeletas; 5. Sulfaplata; 6. Control en 15 días con resultado”. Allí mismo se expresó “se remite para radioterapia y se espera biopsia de endometrio y de inmunohistoquímica (...)”²⁶.

7.10. El 2 de abril de 2018 el médico Miguel Adolfo Pardo diligenció en diagnóstico de ingreso “tumor maligno del endometrio”²⁷, y en el motivo de la consulta “IHQ IN18-167 Legrado uterino tumor maligno pobremente diferenciado compatible con carcinosarcoma (25Marzo2018) e informe de IHQ IN18-102 de la LM18-0357 a la RTE de biopsia compatible con “adenocarcinoma escamosa” CRE 0.73 TAC de Tórax con extensión de abdomen ((marzo30del2018) Nódulos de densidad de partes blandas del pulmón derecho PB metástasis hematógenas de 1 CM lóbulo superior derecho basa (...) se habla con Mariela Triana Rodríguez hija de la paciente, que está de acuerdo con no manejo de quimioterapia, por condiciones actuales, para control del dolor el manejo con radioterapia metástasis ósea y se deja a criterio de radioterapia (sic) y ginecología oncológica el manejo a nivel de endometrio, cáncer de endometrio con metástasis con los pulmones sin control del primario, por ahora, manejo de acetaminofén 325 más codeína 30 mg cada 6 horas con horario con rescate de tramadol 8 gotas en los intermedio. Conducta Primero control de dolor óseo, manejo cuidado paliativo”²⁸.

7.10.1. Debe destacarse que, se hace alusión al tratamiento con radioterapia para manejo del dolor del cáncer metastásico en los huesos; no obstante y contrario a lo afirmado por los actores, la paciente sí recibió tratamiento paliativo para el dolor con acetaminofén más codeína cada 6 horas con horario de rescate de tramadol en los intermedio; de otro lado, la radioterapia estaba prevista como cuidado paliativo dejando a criterio del especialista radioterapeuta.

Es más, en la citada nota médica claramente se denota que al dejar a criterio del radioterapia y ginecología oncológicas, ello ratifica que era necesario el criterio de los médicos especialistas en dichas áreas para un tratamiento asertivo, esta conclusión se reafirma con lo dicho por el testigo técnico, Germán Salcedo, médico, especialista en ortopedia y subespecialista en oncología que por demás, estuvo al tanto de la cirugía en la pierna izquierda practicada a la señora Cristina Rodríguez de Triana, quien dijo ante la pregunta sí había alguna contraindicación a la radioterapia manifestó:

“No señor, que pena con el perito que es no es cierto. La radioterapia tiene contraindicaciones, debe ser analizada por un médico radioterapeuta (...) dice cuál es la dosis, cuál es la vía, y las contraindicaciones (...) la radioterapia sí tiene contraindicaciones, quien decide o no hacer radioterapia la tiene que tomar un experto

²⁵ Ibidem.

²⁶ Folio 259 manuscrito o folio 325 del archivo PDF ibidem.

²⁷ Folio 255 vuelto manuscrito o folio 318 del archivo PDF ibidem.

²⁸ Ibidem.

en radioterapia. No la puedo tomar yo, no la puede tomar el oncólogo clínico (...) yo no puedo, por más que llevo 30 años haciendo ortopedia oncológica, yo no puedo disponerla, no es correcto, lo correcto es que yo le dé la orden al paciente que vaya donde el médico especialista en radioterapia, el medico la evalúa, mira dónde es el sitio, mira la dosis, cuántas dosis hay que hacer, qué tipo de aparato hay que utilizar y sí el paciente lo va tolerar o no, n es lo mismo irradiar una pierna que una cadera, la radioterapia en la cadera tiene muchos más problemas, las extremidades se hinchan mucho (...) la radioterapia no es que se ordene y a la semana se esté haciendo, la radioterapia debe tener una patología de entrada, digamos en esta paciente, aunque todo indicaba que era un tumor maligno, esa biopsia pudo haber dicho que eso no era una metástasis sino eso era otro tipo de tumor, o una infección o una tuberculosis. Hay muchas formas, sin una patología no puede ningún médico especialista en radioterapia ordenarla, sin un resultado de una patología, empezando porque hay tumores que no son sensibles, hay cánceres que no son sensibles a radioterapia y uno los manda a radioterapia para que los ayude porque el paciente está enfermo, le esta avanzando su enfermedad, ese hueso está cada vez mas grave, uno sabe que va terminar fracturado, y el médico le devuelve la historia diciendo qué tipo con usted, pero ese tipo de tumor en esa localización no es apto para radioterapia, entonces, uno tiene que buscar otra opción. La radioterapia necesita la intervención de un médico especialista en el área”²⁹

8. Y es que, en todo caso, la radioterapia hacía parte del tratamiento paliativo, no siendo esa la única opción para el manejo del dolor. El referido testigo explicó al respecto:

“La radioterapia nos ayuda en algunas cosas, primero hacer parte del manejo multidisciplinario puede ayudar a mejorar el dolor, a veces empeora desafortunadamente, cuando la radioterapia quema los nervios se produce una cosa que se llama neuropatía y los dolores neuropáticos son también muy complejos de manejar, pero puede ayudar a manejar el dolor que es lo que pretendemos. Desde el punto de vista de ortopedia oncológica lo que más me importa es que las células malignas no avancen y no progresen para que la construcción o reconstrucción que yo hice no falle. Normalmente estas cirugías están hechas para que el paciente tenga calidad de vida, se le quite el dolor, pero sí el tumor sigue avanzando eso puede fallar, en 6 meses o en un año. Algunas reconstrucciones fallan al año y medio, el material que usamos, que casi siempre es titanio o acero se fractura, la reconstrucción puede fallar sí el tumor sigue avanzando. Lo que pretendemos con la radioterapia primero es ayudar a que ese tumor deje de avanzar totalmente, segundo tratar de ayudarle, digo, tratar, porque el manejo del dolor debe ser en la clínica del dolor, la radioterapia no cura el dolor así de repente, la radioterapia ayuda, pero tiene que recibir un manejo por un experto en dolor, debe recibir medicamentos cada vez más fuertes, muchos se manejan con medicamentos suaves, pero al final usan morfina, o medicamentos como el fentanilo pero eso es una escala de medicamentos que se va incrementando conforme al nivel de complejidad, pero lo mismo,

²⁹ Archivo 11 video audiencia 443.mp4, récord 01:41:10

como todo en medicina, entre más complejo el medicamento más riesgos tiene. (...) ”³⁰.

Sumado a lo dicho por el profesional de la salud, experto ortopedista oncólogo, como ya se refirió, se encontró en la historia clínica que la paciente recibía otros medicamentos para el dolor como “acetaminofén 325 más codeína 30 mg cada 6 horas con horario con rescate de tramadol 8 gotas en los intermedios” Así, es importante recalcar como ya se evidenció, la señora Cristina Rodríguez de Triana recibía tratamientos para el dolor colaborativos para una vida digna de aquella.

Es más, continuando con las notas expuestas en la historia clínica, la Sala encuentra que el 25 de mayo de 2018 “(...) se remite a radioterapia (sic) y se espera biopsia de endometrio y de inmunohistoquímica. Hoy no asiste la pte transcribo la fórmula”³¹, ello traduce que para aquel momento no había resultado del examen especializado de inmunohistoquímica, sin ello, no era posible proceder para un tratamiento radioterapéutico como lo informó el testigo técnico, German Salcedo, al preguntársele si era necesario esperar los resultados de patología y de inmunohistoquímica:

“Por lo que le explico, la idea es que haya un resultado de patología primero para saber que es un cáncer, y que es un tumor maligno, y segundo, la inmunohistoquímica es la que nos dice cuál es el tumor primario, hay tumores primarios que no son sensibles a la radioterapia (...) se necesita un resultado de patología, y de inmunohistoquímica. Como le digo, yo no puedo ordenar la radioterapia, yo puedo ordenar la interconsulta con el medico radioterapeuta y como pasa en medicina, hay mucha diferencia de criterios. (...) y tiene mucho que ver”³²

Posteriormente, el citado profesional afirmó “(...) la radioterapia es un paso más o es una ayuda para el manejo paliativo, en este caso, de la extremidad que yo operé. Que sí había una indicación, que sí había una radioterapia en la matriz, lo desconozco, o en algún otro órgano (...)”

Además, al cuestionársele sobre la necesidad de aquellos ante el estado de gravedad de la señora Cristina Rodríguez de Triana, quien padecía de cáncer estadio IIII, manifestó

“yo creo que ahí tiene que ver el criterio médico, si es un paciente que ya tiene de se cáncer pulmón (...) y aparte tiene una fractura, muy probablemente no tenemos que esperar que la inmunohistoquímica o la patología para poder tomar la decisión de hacer radioterapia, pero si un paciente no tiene diagnostico por muy enfermo que se vea, por muy claro y obvio que se vea desde el punto de vista clínico sí se necesita un estudio de patología para tomar una decisión de radioterapia. La radioterapia no es inocua, tiene efectos secundarios, por ejemplo, en mi caso, un paciente que yo opero y se

³⁰ Ibidem, récord 1:50:45

³¹ Folio 249 manuscrito o folio 305 del archivo PDF

³² Ibidem, récord 01:44:29

le hace radioterapia antes de que la piel cicatrice que esté completamente sana se abre la herida, se infecta la herida y es una tragedia muy compleja de manejar. Yo necesito y el radioterapeuta una piel sana para poder hacer radioterapia (...) el riesgo de hacer radioterapia existe, por eso el médico experto en radioterapia es quien debe tomar la decisión de hacer o no hacer radioterapia en cada caso específico.”³³.

9. Para la Sala es claro que la parte actora aportó con la demanda un dictamen médico, el suscrito por el galeno Rubén Darío Angulo González, cuya contradicción se verificó en audiencia³⁴; y según el cual las radioterapias no dependían de otros exámenes.

Cotejados ambos conceptos, la Sala le restará credibilidad a la versión del Dr. Angulo, en atención de un lado a que es médico cirujano con estudio es escena del delito, que laboró en la Fiscalía General de la Nación, y también ostenta el titulado de Licenciado en química y biología. Mientras, el testigo técnico, Dr. Salcedo es un médico ortopedista oncólogo, un galeno especialista en el tema sometido a discusión, que es el manejo de un tratamiento de una patología como lo es el cáncer con metástasis en los huesos y pulmón.

Pero es que adicionalmente, el concepto del doctor Angulo no llega a conclusión distinta de la que emerge para un lego de la historia clínica, esto es que las radioterapias ordenadas, como tratamiento paliativo, no le fueron suministradas a la señora Cristina Rodríguez; a pesar de ser extenso el trabajo, no es más que transcripción de apartes del historial clínico y de bibliografía científica según la cual *“Aproximadamente 40-50% de los pacientes con cáncer tiene indicación de radioterapia paliativa durante el curso de su enfermedad, lo que mejora considerablemente la calidad de vida de los pacientes oncológicos”*, y que *“Los cuidados paliativos constituyen un esfuerzo interdisciplinarios para maximizar la comodidad y la calidad de vida de los enfermos sus familiares y sus seres queridos en el contexto de una enfermedad progresiva y potencialmente mortal”*, acotó que *“Las actitudes de curación /paliación no son para nada excluyentes, por lo que un tratamiento curativo eficaz llevará asociado una mejoría de los síntomas de la enfermedad. Pero aún en las situaciones en las que la enfermedad se encuentra en estadios muy avanzados y las posibilidades de curación son remotas, el empleo de Radioterapia puede dar un alivio sintomático efectivo, disminuyendo síntomas como el dolor, y mejorando la calidad de vida de los pacientes”*.

Acerca de las radioterapias, al responder el cuestionario que le fue planteado el mencionado profesional dijo que *“tiene como indicación mejorar la calidad de vida del paciente, disminuir el dolor, los síntomas y signos que presenta la persona. Se aplica cuando la enfermedad está muy avanzada y, el objetivo es como le dije, mejorar la sintomatología del dolor básicamente y los problemas que puedan derivarse de ahí, como los problemas psicológicos que van a afectar tanto al paciente como a su*

³³ Archivo 13 video audiencia 1 diciembre 447.mp4, récord 01:46:47

³⁴ Archivo 13 video audiencia 1 diciembre 447.mp4

entorno porque es una persona a la que tiene que dedicarle absolutamente todo el cuidado por las dolencias que tiene un cáncer terminal. La radioterapia paliativa tiene generalmente, generalmente no, siempre para aliviar los síntomas y a las enfermedades terminales (...). Añadió, que para el caso *“La señora consulta por un cáncer endometrial en fase III, cas terminal, era muy avanzado, el 17 de octubre del año 2017, consulta por dolores articulares en miembros inferiores, y en noviembre de ese mismo año se reúne con los médicos, llaman a los familiares y les dicen que se va aplicar no quimioterapia, ni cirugía por el estado avanzado de la enfermedad y por la edad de la paciente. Y llega a un acuerdo conjuntamente de que el tratamiento va ser paliativo, radioterapia paliativa. Esa fue la conclusión a la que llegaron ese día. En enero ya, se determina que la radioterapia va ser el tratamiento, el 29 de enero de 2018 y comienzo, no sé yo, de problemas administrativos que a la señora nunca, nunca se le aplicó lo que ordenaron los médicos que fue la radioterapia paliativa a pesar de sus consultas permanentes por su dolencia, siempre estuvo consultando con sus dolencias, alteraciones de tipo urinario y demás, ni en lo momentos donde tuvo hemorragia por su cáncer endometrial, que era en estado III, ni por las internaciones al hospital por sus dolores. En ocasiones se le dijo que la iban a hospitalizar para aplicar radioterapia y tampoco se le aplicó En esas se vino hasta el 26 de junio del año 2018 en donde muere esperando que se le alivien sus males. Esa es la conclusión de toda esta problemática”*⁷

Tampoco en esa probanza se puede soportar la responsabilidad endilgada derivada de *“la negligencia, imprudencia e impericia en la prestación de los servicios médicos y hospitalarios”*, pues a tal conclusión no llegó el mencionado experto, como tampoco dijo que tal proceder generó *“el fallecimiento temprano y doloroso de la señora Cristina Rodríguez”*, ni que el tratamiento con radioterapias *“serviría además como mecanismo de extender su vida en condiciones dignas”* afirmaciones en que se erigen las pretensiones de la demanda (hechos 3.41., 3.42.).

Es innegable que la demandada no dispuso oportunamente las radioterapias ordenadas por los médicos tratantes a la señora Cristina Rodríguez, sin embargo, no hay probanza que tal omisión fue la causa de su deceso; ni de que de haberse realizado las radioterapias la paciente recuperaría la salud, o se prolongaría su existencia.

No puede pasar inadvertido la Sala que el estándar de credibilidad a un concepto médico, en esta clase de litigios, se percibe acorde al estado de los conocimientos científicos y técnicos aplicables al caso, dentro de la especialidad al que pertenece el profesional sanitario en cuestión, se toma en consideración la experiencia, habilidades técnicas y conocimientos que se esperan del profesional medio en ese sector específico. Se debe analizar su proceder, conocimientos, experiencia, etc. Para este caso, es relevante el criterio dado por el galeno, Germán Salcedo, porque además de ser médico de profesión, tiene especialidad en ortopedia y subespecialidad oncológica, con más de 30 años de experiencia según su dicho y,

además, fue el encargado de reseccionar el tumor que padecía la señora Cristina Rodríguez en la pierna izquierda, lo que soporta su pericia.

10. Dicho lo anterior, no se encuentra el nexo causal alegado, valga decir, que el deceso de la señora Cristina Rodríguez de Triana se debió a la falta de las radioterapias por varios factores, a saber: i) la radioterapia no es el único tratamiento para el manejo del dolor en pacientes; ii) si bien fue ordenada, este tenía por finalidad el control y posible manejo del dolor derivado del cáncer óseo, más no del cáncer primario (endométrico) ni del otro cáncer metastásico, padecimientos que también implican dolores agudos, incluso, crónicos; iii) para el manejo del dolor existen diversos tratamientos, aplicados aislados o en conjunto, siendo la radioterapia uno de ellos.

De los alcances del tratamiento conocían los demandantes, así lo reconoció la señora Mariela Triana, al cuestionársele sobre el fin de las radioterapias dijo *“calidad de vida, él dijo [refiriéndose al Dr. Salcedo] que era para evitar que ella siguiera sufriendo, era como tratarle de forma paliativa, para calmarle el dolor, evitando que se tumor creciera, sí el tumor no crecía no iba a tener dolor o de pronto muy muy bajito (...) sabíamos que no eran para salvarle de la muerte, eran para calmarle su dolor (...)”*

11. Por último y no menos importante, tampoco es dable acceder a la pretensión subsidiaria, referente al reconocimiento de responsabilidad civil contractual, debido a que la afiliación al sistema de salud estaba en cabeza de Cristina Rodríguez de Triana, era ella entonces la legitimada para alegar el presunto incumplimiento del contrato de salud; siendo los demandantes ajenos a ese vínculo contractual, como al inicio de estas consideraciones se ilustró. De allí que por la senda de la responsabilidad contractual no es factible que reclamen, con éxito, el resarcimiento de los perjuicios que iure proprio dicen haber soportado.

10. En tal virtud, ante la falta de probanza de los elementos estructurantes de la responsabilidad civil, no podían tener acogida las pretensiones, por ende se revocará la decisión de primer grado declarando oficiosamente aquella excepción, denegando el petitum y, se condenará en costas en ambas instancias a la parte actora.

DECISION

En consideración de lo ut supra consignado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en Sala de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

REVOCAR la sentencia emitida por el Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá el 16 de febrero de 2022, en el proceso de la referencia. En su lugar,

PRIMERO: DECLARAR la falta de prueba de los presupuestos de la responsabilidad civil.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda.

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

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Magistrada

110013103031201900139 01

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Magistrada

110013103031201900139 01

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

Magistrado

110013103031201900139 01

Firmado Por:

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

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

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

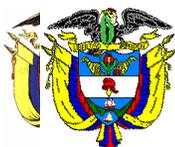
Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **c1eda3d939fe165c54fe9f82dd39820621daa0a098fd2e7a03bea2c99cf9838d**

Documento generado en 30/08/2022 02:36:50 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá, D.C., treinta de agosto de dos mil veintidós

Proceso: Verbal
Demandante: José Leoncio Triana, y otros
Demandado: Cosmitet Ltda. Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them y Cía L.
Radicación: 110013103031201900139 01.
Procedencia: Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá
Asunto: Apelación de sentencia

Se fijan como agencias en derecho de esta segunda instancia la suma de \$1'500.000,00.

Notifíquese,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

-2-

Firmado Por:

Ruth Elena Galvis Vergara

Magistrada

Sala Civil

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

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

Código de verificación: **2eefcec9e372ddb1755e484ca5bb83ff07733a6d3de557039971e862f1b7c2c6**

Documento generado en 30/08/2022 03:14:42 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CIVIL

Bogotá, D. C., treinta de agosto de dos mil veintidós.

Radicado: 11001 31 03 035 2019 **00120** 01 - **Procedencia:** Juzgado 35 Civil del Circuito.
Queja, ejecutivo, Ticket Fast S.A.S. vs. Javier Augusto Díaz Pérez.

El apoderado del demandado interpuso recurso de reposición y en subsidio el de queja, frente a la negativa de conceder la apelación interpuesta contra el auto emitido el 7 de febrero de 2022, por medio del cual el Juzgado de primera instancia dio aplicación al inciso 2° del artículo 440 Cgp y ordenó seguir adelante la ejecución.

En dicho contexto, y sin que sea necesario adentrarse en profundas motivaciones ante la claridad del asunto, de entrada se advierte la improsperidad del recurso de queja, comoquiera que el citado canon establece de manera concreta e imperativa que la providencia proferida de conformidad con esa norma, la cual tiene lugar en el evento en que la parte ejecutada no propone excepciones oportunamente, “*no admite recurso*”.

Así las cosas, y pese a la imprecisión del *a quo* al citar el artículo 444 Cgp como fundamento para rechazar el recurso de apelación interpuesto, es evidente que no había lugar a conceder ni a dar trámite dicha alzada, en tanto que una disposición procesal de carácter especial proscribire o descarta de manera expresa la procedencia de cualquier tipo de recurso respecto de la determinación de marras.

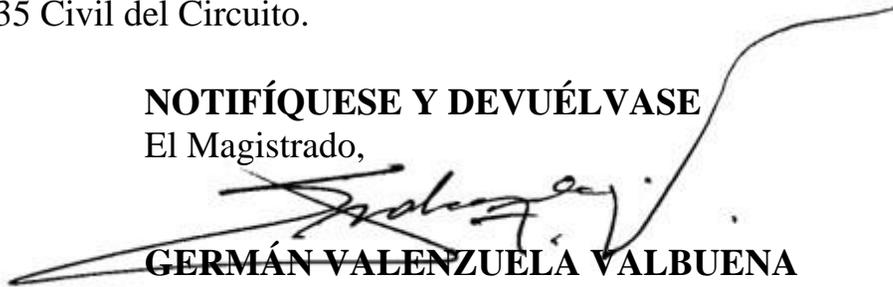
Es preciso memorar, entonces, que el recurso de apelación no procede contra toda clase de autos, sino únicamente contra los que el legislador señala expresamente. En este caso, ninguna norma consagra la apelabilidad para el auto a que se ha hecho referencia, y por el contrario,

el ordenamiento procesal dispuso que contra éste no procede ni es viable ningún medio de impugnación.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Civil, declara **BIEN DENEGADO** el recurso de apelación interpuesto contra el auto proferido el 7 de febrero de 2022 por el Juzgado 35 Civil del Circuito.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

El Magistrado,



GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

Rad. 11001 31 03 035 2019 00120 01

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

*Bogotá D. C., treinta (30) de agosto de dos mil
veintidós (2022).*

*Ref: VERBAL de RESPONSABILIDAD CIVIL
EXTRACONTRACTUAL de ANGIE JANETH NOVA SICHACA y otros
contra SEGURIDAD ATEMPI LTDA. Y OTROS Exp. 2017-00706-02.*

**MAGISTRADO PONENTE: JORGE EDUARDO
FERREIRA VARGAS.**

*Discutido y aprobado en Sala de Decisión del 27 de
julio de 2022.*

*Decide la Corporación el recurso de apelación
promovido por la parte demandante contra la sentencia calendada el nueve
(9) de mayo de dos mil veintidós (2022), dictada por el Juzgado 37 Civil del
Circuito de Bogotá.*

I. ANTECEDENTES

*1.- El 24 de octubre de 2017 (fl. 32, Archivo
01Principal, expediente digital), Orlando Nova, Sixta Elena Sichaca, María
de los Santos Sichaca Ávila, Angie Janeth Nova Sichaca y Sindy Marcela
Nova Sichaca, por intermedio de apoderado judicial, convocaron Heliberto
Marín y a las personas jurídicas SEGURIDAD ATEMPI LTDA. y MAPFRE
SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA, compañía aseguradora del
vehículo de placas SOS-103, pretendiendo que se declare la responsabilidad
civil, solidaria y extracontractual de los demandados por el accidente de
tránsito ocurrido el 24 de octubre del 2012, en el que perdió la vida Michael
Esteban Nova Sichaca.*

*Como consecuencia de ello, pidieron se condene en
forma solidaria al pago de los perjuicios patrimoniales por el concepto de
daño emergente en las sumas de: a). \$2.833.500 por los gastos funerarios y
b). \$2.400.000 correspondientes al pago de honorarios de abogado; así
mismo, se le obligue al resarcimiento de perjuicios extrapatrimoniales -daño
moral- para cada uno de los demandantes así: i) \$73.771.700 para los
progenitores de la víctima: Orlando Nova y Sixta Elena Sichaca. ii)*

\$36.885.850 para las hermanas y abuela del difunto, Sindy Marcela y Angie Janeth Nova Sichaca y María de los Santos Sichaca Ávila (fls. 26 a 28, ib).

2.- Las súplicas se apoyan, en los supuestos fácticos que enseguida se sintetizan (fls. 51 a 54, ibidem):

2.1.- El 24 de octubre de 2012 ocurrió accidente de tránsito entre el vehículo de placas SOS-103 marca Nissan tipo camioneta doble cabina, conducida por Heriberto Marín y de propiedad de Seguridad Atempí Ltda. y la motocicleta Pulsar Bajaj, de placas WNL-94 A conducida por Fabián Alberto Pérez Segura, en la moto iba como pasajero el joven Michael Esteban Nova Sichaca, quien falleció a causa de la colisión.

2.2.- El choque se presentó a la altura de la Avenida de las Américas sentido occidente-oriente, al llegar al paso elevado de la Avenida Boyacá en la ciudad de Bogotá y tuvo como causa la conducta imprudente desplegada por el conductor de la camioneta, quien estacionó su vehículo sobre el puente vehicular sin tomar medidas de precaución necesarias para evitar representar peligro a los demás conductores que se movilizaban por la vía,, es decir, colocar señales luminosas a su vehículo, así como dispositivos reflectores.

2.3.- Michael Esteban Nova Sichaca murió a causa de las lesiones consistentes en trauma cerrado de tórax, trauma craneo encefálico, trauma cerrado de abdomen y trauma osteomuscular.

2.4.- Los familiares de la víctima se han visto afectados de manera directa, desde el punto de vista económico y moral por la muerte de su familiar que generó en ellos dolor, aflicción y, en general, los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, etc.

2.5.- El vehículo de placas SOS-103 se encontraba asegurado con póliza de Mapfre Seguros Generales de Colombia, entidad que objetó la reclamación presentada, en el año 2017.

3.- Notificada personalmente la sociedad SEGURIDAD ATEMPI LTDA., (fl. 46, ibidem), en oportunidad, presentó las excepciones de mérito que denominó: “Ausencia de responsabilidad civil por rompimiento del nexo causal fruto del hecho exclusivo de un tercero (Fabián Alberto Pérez Segura)” y “excepción genérica” (fls. 61 a 64, ibidem). A su turno, esta persona jurídica llamó en garantía a la aseguradora MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA solicitando que se le condene al reembolso de todos los valores por los cuales pudiese salir condenada (Archivo 01, Cuaderno 03llamamientoGarantía).

3.1.- La citada aseguradora se opuso al llamamiento, formulando las defensas tituladas: “excepción oficiosa de que trata el artículo 282 del Código General del Proceso”; “falta de aviso oportuno del siniestro al asegurador”; “prescripción de las acciones

originadas en el contrato de seguro para la víctima”; “sujeción a las condiciones particulares y generales del contrato de seguro suscrito”; “inexistencia de solidaridad entre las sociedades demandadas”; “límite del valor asegurado”; “reducción de la suma asegurado (límite asegurado) por pago de indemnización”; “coexistencia de seguros”; “prescripción extintiva y nulidad relativa”; “compensación” y “buena fe” (fls. 23 a 27, ib).

3.2.- Frente al libelo inicial, Mapfre Seguros Generales se notificó personalmente el 16 de septiembre del 2019 (fl. 84, Archivo 01Principal) y propuso las excepciones de fondo de: “excepción oficiosa de que trata el artículo 282 del Código General del Proceso”; “régimen de responsabilidad aplicable en desarrollo de actividades peligrosas”; “inaplicación de la presunción por responsabilidad en desarrollo de actividades peligrosas: colisión de actividades”; “hecho exclusivo de un tercero”; “inexistencia de culpa”; “conurrencia de culpas (subsidiaria)”; “diligencia y cuidado”; “inexistencia de los perjuicios reclamados-Indebida tasación de perjuicios”; “exceso de pretensiones”; “gastos funerarios a cargo del SOAT”, al paso que reiteró las excepciones propuestas frente al llamamiento (fls. 148 a 163, ib).

3.3.- HERIBERTO MARIN propuso las siguientes excepciones de fondo: “ausencia de elementos axiológicos para configurar la acción indemnizatoria”; “culpa exclusiva de un tercero, es decir, conductor de la motocicleta por no respetar las normas de tránsito”; “(...) inexistencia de nexo causal”; “causa extraña en la modalidad de culpa exclusiva de un tercero”; “exagerada tasación de los perjuicios solicitados y falta de demostración de los mismos”; “llamamiento en garantías a la aseguradora de la motocicleta y del vehículo” (fls. 184 a 186, ibidem).

4.- Evacuadas las etapas de rigor, en audiencia adiada 9 de mayo del 2022 se cierra la etapa probatoria, se escuchan los alegatos de conclusión y se dicta sentencia negando las pretensiones de la demanda.

II. EL FALLO CENSURADO

5.- Después de recapitular los presupuestos procesales y aclarar que no hay estructurada ningún tipo de nulidad, el Juez de primera instancia advierte que el problema jurídico consiste en determinar la concurrencia de los elementos propios de la responsabilidad civil extracontractual, aspecto sobre el cual le incumbe a la demandante acreditar daño, culpa, nexo causal y, a la demandada, el hecho exonerador de la responsabilidad.

Al descender sobre el caso concreto, afirmó que está acreditado que ocurrió un hecho consistente en el accidente de tránsito

en el que perdió la vida Michael Esteban Nova quien se desplazaba como pasajero de la moto involucrada. Sin embargo, la sentencia sostuvo que ningún elemento de juicio corroboraba, con suficiencia, la hipótesis planteada con la demanda, conforme la cual la camioneta de placas SOS-103 estaba estacionada en la calzada izquierda sobre el puente vehicular de la Avenida de las Américas.

En tal sentido, señaló que los interrogatorios de los familiares de la víctima solo dieron cuenta de lo que les contaron sobre la colisión, basándose en el dicho del conductor de la motocicleta, Fabián Pérez Segura, pero sin haber sido testigos presenciales de los hechos. Por su parte, quien manejaba la camioneta, Heriberto Marín dio su versión sin que fuera controvertida, asegurando que se estaba desplazando sobre el puente de la Avenida de las Américas a una velocidad de 40 o 50 kilómetros por hora, cuando sintió un fuerte golpe en la parte trasera del vehículo.

Destacó que, si bien se obtuvo el testimonio de Fabián Pérez quien era el conductor de la motocicleta y sobrevivió al choque, esta declaración deja serias dudas acerca de la forma en que habrían sucedido los hechos, pues incurrió en varias contradicciones respecto de otras versiones que dio sobre el accidente en el año 2013, como la velocidad a la que se desplazaba. Así mismo, tal relato no dio cuenta de razones claras por qué afirma enfáticamente que la camioneta estaba parqueada, existiendo formas para deducirlo, ni tampoco explicó por qué no divisó el vehículo en una vía con buena iluminación y visibilidad.

De otro lado, adujo que, si la motocicleta se hubiera movilizado a una buena velocidad tendría la forma de evitar y maniobrar para evitar la colisión, aunado a que según normatividad vigente incluso para esa época, las bicicletas, motos y similares debían transitar por la derecha de las vías a una distancia no mayor a un metro de la acera u orilla, sin que resulte aceptable su justificación de traslado al carril izquierdo para evitar una colisión con otro rodante que tomara el puente desde la “oreja”, pues, en ese momento no se presentaba esa posibilidad al estar la vía desocupada. Además, destacó que la hipótesis planteada en el informe policial fue la “121” para la moto, es decir, no guardar la debida distancia.

Así las cosas, concluyó que el conductor Pérez Segura no estaba conduciendo a una velocidad adecuada o guardando las distancias adecuadas para evitar el accidente y no desplegó las maniobras indicadas, sin que exista elemento de juicio que acredite que el otro vehículo estaba estacionado, lo que era poco probable que se presentara una falla que lo obligara a la detención en la marcha, en una zona como la que se presentó el choque, de modo que fue el proceder del conductor de la motocicleta la causante del siniestro, debiéndose, por ende acoger las excepciones planteadas.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

6.- Inconforme con la decisión el extremo actor interpuso recurso de apelación, oportunidad en la que presentó como reparos los siguientes:

Se presentó una indebida valoración probatoria, pues el análisis de los elementos de juicio recaudados careció de objetividad. Al respecto, indicó el recurrente que se tuvo por cierta la causa del accidente plasmada en el informe policial para tener por acreditado que el responsable del choque fue la motocicleta; que se desconoce la versión de Fabián Pérez testigo directo de los hechos, quien narró en forma consistente las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la colisión.

Añadió que no logró demostrarse la veracidad de lo plasmado en el croquis elaborado por el agente de tránsito, pues este no asistió a rendir testimonio, de modo que no puedo corroborarse qué circunstancias tuvo en cuenta para realizar el informe, así como qué técnicas utilizó para ello.

De otra parte, sostuvo que el conductor de la camioneta, Heriberto Marín, se abstuvo de liberarse de la responsabilidad que se presume frente a él al haber ejercido una actividad peligrosa, máxime cuando se detuvo en el puente vehicular resultando previsible que a esas horas de la noche cualquier otro rodante se estrellara contra la camioneta. Agregó que la declaración de parte de dicho demandado careció de veracidad, sus respuestas no fueron coherentes y si contradictoras.

Igualmente, reprochó la condena en costas y la tasación de agencias en derecho, frente a las cuales debe atenderse que los demandantes son personas de bajos recursos económicos y aunado a su dolor por la pérdida de su familiar no deben ser llamados a soportar una situación más gravosa.

Por último, adujo que no había lugar a declarar probadas todas las excepciones sin tener en cuenta el auto del 8 de marzo del 2021, en el que ya se habían despachado desfavorablemente las defensas previas formuladas por Mapfre Seguros de Colombia.

6.1.- Así mismo, por auto adiado 21 de junio de la presente anualidad se ordenó correr el traslado previsto en el inciso 3° del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, a la parte activa para que sustente su alzada.

6.2.- A través de escrito enviado por correo electrónico a la Secretaría de este Tribunal la apelante -demandante- fundamentó en debida forma sus reparos y los convocados recorrieron el traslado de su contraparte.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

2.- Del petitum y de la causa petendi infiere la Corporación con certeza que la acción entablada por el extremo actor es la de **responsabilidad civil extracontractual**, haciéndola consistir en el accidente de tránsito ocurrido el 24 de octubre del 2012 en el puente vehicular de la Avenida las Américas con Avenida Boyacá en la ciudad de Bogotá, en el momento en que la moto de placas WNL-94 A conducida por Fabián Alberto Pérez Segura colisionó con el rodante de placas SOS-103 marca Nissan tipo camioneta, conducida por Heriberto Marín y de propiedad de Seguridad Atempí Ltda., causando la muerte Michael Esteban Nova Sichaca quien iba como pasajero de la motocicleta.

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

4.- Desde esta perspectiva, el problema jurídico consiste en determinar i) si están demostrados los elementos esenciales de la responsabilidad civil extracontractual, o si hubo una causa extraña como lo declaró la primera instancia; y ii) si el Juez de primer grado incurrió en una indebida valoración probatoria, pues en tales aspectos funda la inconformidad la parte recurrente.

De la responsabilidad

5.- Puntualizado lo anterior, se tiene que cuando a cargo de una persona nace la obligación de indemnizar sin vínculo obligacional previo o que lo ate, se está de frente a la responsabilidad civil extracontractual (art. 2341 C.C.), que cuenta con varias especies a saber: i) responsabilidad por el hecho propio o responsabilidad directa, normada en el artículo 2341 del Código Civil; ii) responsabilidad por el hecho ajeno o de otro, o sea, por haberlo realizado otra persona que está bajo su control o dependencia, como su asalariado, su hijo de familia, su pupilo o su alumno o responsabilidad extracontractual indirecta denominada también refleja o

de derecho que ocurre cuando alguien es llamado por la ley a responder frente a terceros por las secuelas nocivas de actividades desarrolladas por otras personas que se encuentran bajo su guarda o cuidado o de quienes en situación de dependencia, reciben concurso empresarial, principio de índole general que está condensado principalmente en el artículo 2347 y también en los artículos 2348 y 2349 ibídem; y, iii) la responsabilidad por la que es llamado el guardián jurídico de las cosas por cuya causa o razón se ha producido el daño; que es de dos clases, según que las cosas sean animadas o inanimadas, denominadas doctrinariamente responsabilidad por causa de los animales regida por los artículos 2353 y 2354 ejúsdem, y responsabilidad por causa de las cosas inanimadas, tratada en los artículos 2350, 2351, 2355 y 2356 del C.C.; cada una de ellas tiene sus elementos estructurales propios, así como su régimen probatorio.

*5.1.- Como viene de decirse, la conducción de automotores entraña el ejercicio de una actividad peligrosa, de donde por regla general y al cometerse un daño por cualquiera de ellos se presume la culpa en cabeza de su autor, por cuanto no es la víctima sino el demandado quien crea la inseguridad de los asociados al ejercer una actividad que, aunque es lícita es de las que implica riesgo de tal naturaleza que hace inminente la ocurrencia de daños; por ende, a la víctima del daño que acciona el resarcimiento del perjuicio se le exime de demostrar la -culpa-, y sólo le basta para el éxito de la pretensión la prueba de estos elementos estructurales: i) la **autoría o sujeto activo**, que lo es quien causa el daño; ii) el **daño o perjuicio** causado al sujeto pasivo; y, iii) el **nexo causal** o de causalidad entre el daño y la culpa del sujeto que lo causó. Entre tanto, al demandado le compete demostrar un hecho que lo libere de la culpa, cuál sería la fuerza mayor, el caso fortuito, imprudencia de la víctima o intervención de un elemento extraño que hubiere sido la causa exclusiva del accidente.*

*5.2.- Empero, sucede que cuando el daño se comete en ejercicio simultáneo de actividades peligrosas, como aquí acontece, la presunción de responsabilidad que por regla general radica en el demandado queda aniquilada y, quien pretenda obtener indemnización por los daños recibidos **está en el imperativo de demostrar todos los elementos que estructuran la responsabilidad civil extracontractual**, incluido el subjetivo o culpa, eventualidad que se debe observar en este asunto, en razón a que el fallecimiento de Michael Esteban Nova Sichaca se dio debido a su condición de pasajero de la motocicleta involucrada, que también ejercía una actividad peligrosa.*

Desde esta perspectiva se procederá por parte de la Sala a analizar, si para este particular evento están dados todos los elementos de responsabilidad civil extracontractual.

Del Daño

6.- *El perjuicio es la primera condición de responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, por razón que la ley, la doctrina y la jurisprudencia en forma constante enseñan que no puede existir responsabilidad sin daño; esta última ha pregonado insistente y uniformemente que, para que el daño sea objeto de reparación tiene que ser cierto y directo, ya que solo corresponde reparar el perjuicio que se presenta como real y efectivamente causado y, como consecuencia, inmediata del delito o culpa; conforme a los presupuestos que regulan la carga de la prueba, quien demanda la indemnización de un perjuicio que ha sufrido le incumbe demostrar, de todas maneras, el daño cuya reparación se persigue y su cuantía, por cuanto la condena no puede, por ese aspecto, extenderse más allá del detrimento padecido por la víctima.*

Sobre este aspecto la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil ha dicho: “(...) Establecida la existencia del daño, sin la cual no puede hacerse la declaración de responsabilidad, queda tan solo por determinar la exacta extensión del perjuicio que debe ser reparado, ya que el derecho no impone al responsable del acto culposo la obligación de responder por todas las consecuencias cualesquiera que sean, derivadas de su acto, pues semejante responsabilidad sería gravemente desquiciadora de la sociedad misma, que el derecho trata de regular y favorecer, sino de aquellas que se derivan directa e indirectamente del acto culposo. Tanto la jurisprudencia como la doctrina admiten que el perjuicio deber ser reparado en toda extensión en que sea cierto. No solo el perjuicio actual es cierto, sino también el perjuicio futuro, pero no lo es el perjuicio simplemente hipotético. La jurisprudencia califica el perjuicio futuro de cierto y ordena repararlo, cuando su evaluación es inmediatamente posible, al mismo título que el perjuicio actual...”¹.

6.1.- *Con vista en el anterior marco legal y jurisprudencial, es punto pacífico en el litigio que en el accidente de tránsito ocurrido 24 de octubre del 2012 en la ciudad de Bogotá, en el que se vieron involucrados la camioneta de placas SOS-103 y la motocicleta de placas WNL- 94 A, perdió la vida Michael Esteban Nova Sichaca (q.e.p.d.), así se constata del informe policial del accidente de tránsito, el informe pericial de necropsia No. 2012010111001004071 (fls. 3 a 6 01Cuaderno principal y Archivo 16RespuestaPatologíaForense) y del certificado de defunción correspondiente (fl. 17, ib). El contenido de ellos permite establecer que esta persona falleció a causa del insuceso ya referido, por ende, se establece claramente el primero de los presupuestos que viene de referirse, esto es, la ocurrencia del hecho dañoso, para el caso -la muerte-.*

Del actuar culposo

7.- *La responsabilidad que se le puede reclamar al propietario de las cosas inanimadas tiene su fundamento legal en el artículo 2356 del C.C. y cuando ésta es el componente principal de una actividad*

¹ Sentencia de 29 de mayo de 1954, LXXVII, 712

susceptible de ser considerada peligrosa, como es la conducción de automotores, la cual entraña potenciales peligros para terceros, ha implantado, sin abandonar el criterio de la responsabilidad subjetiva que campea en el título XXXIV (34), del Libro IV de esa misma codificación, una presunción de culpa, por cuanto no es la víctima sino el demandado, llámese conductor, propietario del vehículo o empresa afiliadora quien crea la inseguridad al ejercer una actividad, que aunque lícita, es de las que implican riesgos de tal naturaleza que hacen inminente la ocurrencia de daños; entonces, se está frente a una responsabilidad de stirpe directa y no indirecta o de tercero responsable, por ser quien, con su rodante o máquina, se beneficia de éste y, además, propició la actividad peligrosa que ocasionó el perjuicio o como lo sostiene la jurisprudencia "...proviene de la calidad que de guardián de ellas presúmese tener..."², pero se puede despojar de esa culpabilidad si demuestra que transfirió a otra persona la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico o que fue despojado inculpablemente de la misma como en el caso de haberle sido hurtada o robada.

8.- Descendiendo al caso bajo examen, de conformidad con las pruebas que obran en el expediente, se evidencia, como también lo comprobó la primera instancia, que la parte demandante se abstuvo de cumplir con la carga procesal de demostrar que el accidente en el que perdió la vida Michael Esteban Nova Sichaca ocurrió como consecuencia del actuar imprudente y negligente del conductor del vehículo de placas SOS-103.

En efecto, véase que en el libelo genitor, y así se reiteró en la apelación, se afirma que el accidente tuvo lugar por la conducta imprudente desplegada por Heriberto Marín, quien estacionó su vehículo sobre la vía pública sin tomar medidas de precaución necesarias para evitar representar peligro a los demás conductores que se movilizaban por la misma, afirmación que, en verdad, no encuentra respaldo probatorio en la foliatura.

Por el contrario, los escasos elementos de juicio recaudados, no permiten deducir una conducta negligente del conductor de la camioneta involucrada en la colisión, sino que, apuntan a que la maniobra del piloto de la motocicleta, Fabián Alberto Pérez Segura, tuvo gran incidencia en el desenlace final.

Obsérvese que los únicos medios de convicción que obran en la foliatura y que de alguna manera le permitirían a la Sala acreditar la causa del siniestro y la conducta negligente del señor Marín son el "informe policial de accidente de tránsito" visto de folios 3 a 6 del cuaderno principal, el interrogatorio de parte absuelto por dicha parte y el testimonio de quien manejaba la motocicleta, ninguno de los cuales permite arribar, con certeza, al fin pretendido por el extremo apelante.

² G.J.t. CXLII (142), pág.188

Lo anterior porque en el primer elemento citado se estableció como hipótesis del accidente para la motocicleta la causal “121”, es decir, que no mantuvo la distancia de seguridad, así mismo de la declaración de parte no se obtuvo confesión alguna que beneficiara la teoría expuesta en el libelo inicial, al paso que del citado testimonio no se desprende una narrativa coherente de la cual se pueda inferir la causa de la colisión.

9.- Ciertamente, del documento policial citado elaborado por el agente Edwar Ramos puede extraerse lo siguiente: que el accidente se produjo a las 2:00 a.m. del 24 de octubre de 2012 en el paso elevado de la Avenida las Américas con Avenida Boyacá; que se trató de un choque en un área urbana; que las condiciones climáticas al momento de la colisión eran “normales”; que el estado de la vía era bueno, contaba con cuatro o más carriles en un sentido, era recta con pendiente, asfaltada, estaba seca; que la iluminación era buena. En el mismo se consignaron los datos de identificación de los ocupantes de los vehículos, de las tarjetas de propiedad, así como la hipótesis del accidente atrás reseñada para el vehículo 2 identificado como la motocicleta.

A su turno, en el interrogatorio de parte absuelto por el conductor de la camioneta este narró que se encontraba en un turno de trabajo para la empresa de seguridad propietaria del vehículo y venía de dejar un guardia de seguridad en su vivienda en el barrio Patio Bonito; que se desplazaba por el puente elevado de las Américas a una velocidad de entre 40 y 50 kilómetros por hora, cuando sintió un golpe muy fuerte por la parte de atrás del carro; que inicialmente pensó que se trataba de algún atentado para robarle, por lo que miró hacia sus costados, pero al minuto se le acercó un policía por la ventana derecho y le señaló que lo había chocado una moto que venía a alta velocidad; que la vía estaba completamente vacía debido a lo avanzado de la noche; que estaba bien iluminada; y que el puente no era muy inclinado. Añadió que transitaba por el carril izquierdo de la ruta y a su lado quedaban dos carriles más totalmente despejados. Sostuvo que conduce hace más de 30 años y que no tenía ninguna razón para detener el vehículo en el sitio donde ocurrió la colisión.

De otra parte, aseveró que el choque se dio en el lado derecho del platón de la camioneta; que la moto quedó totalmente destruida y que cuando se bajó a observar lo sucedido, notó que el cuerpo de Michael Esteban quedó casi 10 metros delante del bumper del rodante; aseguró que no quedó huella de frenado porque a la velocidad que iba no hubo un detenimiento abrupto y que no notó a la moto antes del choque por los espejos retrovisores, debido a que todo sucedió en un espacio temporal muy corto, es decir, fue muy repentino (ver video 01AudienciaInicial).

Ahora bien, Fabián Alberto Pérez Segura, conductor de la moto involucrada, atestiguó que al atravesar el puente vehicular decidió tomar el carril izquierdo para evitar que otro carro que viniera de la oreja lo colisionara, ello por prevención, dado que a esa hora

de la noche se presentan varios accidentes con conductores embriagados; sostuvo que al tomar la parte elevada de la vía se encontró con la camioneta totalmente detenida, pero ante la sorpresa no le dio tiempo de frenar y pese a que intentó sacar la moto al otro carril, no lo logró; agregó que la vía estaba prácticamente desocupada; que la a iluminación era algo clara “no estaba oscura, por las Américas siempre hay buena claridad”; que no recuerda con exactitud a qué velocidad iba, pero no era rápido y que en el momento que notó la camioneta estacionada, cree que estaba a 10 o 15 metros de distancia. Agregó que tiene certeza de la detención del vehículo porque no hubo huella de frenado de la misma y porque la moto quedó a menos de un metro después del choque; que el cuerpo de su compañero Michael quedó “bien hacia adelante” del carro y que las declaraciones que dio recién ocurrido el accidente no las recuerda bien, debido a su estado de conmoción por el suceso, aunado a la muerte de su amigo (ver archivo 32VideoTestimonioAlegatos).

Desde esa perspectiva, colige el Tribunal que la valoración probatoria efectuada en el fallo de primera instancia no luce indebida, pues con los escasos medios de convicción, el juez llegó a una conclusión razonable de cuál pudo ser la causa de la colisión.

Ello es así porque atendiendo lo probado, es factible inferir que en una autopista de doble carril, iluminada, seca, recta y en buen estado sería bastante difícil inadvertir la presencia, así sea detenida, de un vehículo de las proporciones de la camioneta (cuyo estacionamiento no se acreditó con suficiencia), salvo que la velocidad y la distancia de la motocicleta respecto del automotor haya sido tal que impidiera efectuar una maniobra para evitar el choque. De ahí que la hipótesis indicada por las autoridades de tránsito en el informe, relativa a la causal 121 -no guardar la debida distancia- no pueda descartarse del todo como posible explicación de lo sucedido.

*Recuérdese que, el artículo 108 del Código Nacional de Tránsito, claramente dispone que: “La separación entre dos (2) vehículos que circulen uno tras de otro en el mismo carril de una calzada, será de acuerdo con la velocidad. Para velocidades de hasta treinta (30) kilómetros por hora, diez (10) metros. Para velocidades entre treinta (30) y sesenta (60) kilómetros por hora, veinte (20) metros. Para velocidades entre sesenta (60) y ochenta (80) kilómetros por hora, veinticinco (25) metros. Para velocidades de ochenta (80) kilómetros en adelante, treinta (30) metros o la que la autoridad competente indique. En todos los casos, el conductor deberá atender al estado del suelo, humedad, visibilidad, **peso del vehículo y otras condiciones que puedan alterar la capacidad de frenado de éste, manteniendo una distancia prudente con el vehículo que antecede.**” (Énfasis por fuera del texto original).*

Cabe añadir que, como lo aseguró la primera instancia, el testimonio de Fabián Pérez, no resulta ni suficiente, ni idóneo para establecer la causa del accidente, pues del análisis del mismo pueden

advertirse varias inconsistencias: i) no encuentra asidero su versión conforme la cual cruzó al carril izquierdo de la vía –en claro desconocimiento de lo normado por el artículo 94 del Código Nacional de Tránsito³- con el fin de evitar otra colisión, ya que en ese horario, 2:00 a.m, el tráfico vehicular era muy escaso, según él mismo lo reconoció, al paso que la aparición de otro rodante podía ser percibida con facilidad. Además, no narró que viniera un vehículo que provocara esa reacción, y ante esa precaución, pudo cruzar al carril central de la vía, para luego retomar al obligatorio; ii) en declaración del año 2013, contrario al testimonio rendido en este litigio, reconoció que iba a una velocidad de 70 u 80 kilómetros por hora, es decir, en exceso de lo permitido para vías urbanas y a la velocidad máxima que según su propio dicho alcanzaba la motocicleta, vicisitud que denota que el conductor incurrió en una transgresión de las conductas permitidas; iii) a la luz de las reglas de la experiencia, es factible colegir que la falta de una maniobra para evitar el choque se dio por el exceso de velocidad, desatención de la vía u otra atribuible a la motocicleta, ya que la autopista se encontraba desocupada, iluminada, seca y tenía dos carriles más para transitar.

Amén de lo anterior, ninguna de las pruebas arrojadas permite a la Sala determinar, con total certeza, como aquí se requiere, que el vehículo de marca Nissan, tipo camioneta conducido por Heriberto Marín estaba estacionado en medio del puente vehicular, aspecto frente al cual, la demandante no logró probar, ni sostener siquiera una razón a la que se pudiera atribuir el presunto parqueo, debiéndose resaltar que no es común que un automotor se detenga en medio de un puente elevado, menos cuando no se demostraron fallas mecánicas en el mismo y, en todo caso, atendiendo que su piloto es una persona con amplia experiencia en la conducción, que demostró, en su interrogatorio, conocer la normatividad de tránsito.

10.- Se suma a lo dicho, que es patente que ninguno de los reparos elevados sirve para derribar lo aseverado por la primera instancia, sobre el particular, la censura relativa a que no logró acreditarse la veracidad del croquis elaborado, no puede tener acogida, pues si bien tal documento, adjunto al “Informe Policial para Accidentes de Tránsito”, solo establece una “hipótesis”, lo cierto es que para el caso concreto se constituyó en un medio suasorio determinante con el que se podría arribar a una teoría aceptable de cómo en verdad sucedieron los hechos.

Aunado a ello, le correspondía al demandante desvirtuar lo consignado en el citado documento como causa del accidente, sin que a este litigio dicha parte arrojara algún elemento de convicción en esa dirección.

³ **“ARTÍCULO 94. NORMAS GENERALES PARA BICICLETAS, TRICICLOS, MOTOCICLETAS, MOTOCICLOS Y MOTOTRICICLOS.** Los conductores de bicicletas, triciclos, motocicletas, motociclos y mototriciclos, estarán sujetos a las siguientes normas: ***Deben transitar por la derecha de las vías a distancia no mayor de un (1) metro de la acera u orilla y nunca utilizar las vías exclusivas para servicio público colectivo. (...)***”

De otra parte, como ya se anotó, no se obtuvo confesión del interrogatorio que absolvió Heriberto Marín, ni se comprobó que el vehículo por él conducido estaba detenido en el puente vehicular, sin que se advirtiera, como lo dice la censura, alguna contradicción en su declaración de parte.

En tal sentido, se destaca que dadas las condiciones de la vía atrás reseñadas, la hora en que ocurrió el siniestro y lo que de esas circunstancias puede desprenderse a través de las reglas de la experiencia y la sana crítica, además del análisis conjunto de las pruebas, no es factible afirmar que el vehículo de placas SOS-103 se estacionó en la vía sin iluminación alguna, no quedando otro camino que concluir que fue la imprudencia del conductor de la moto factor determinante en la ocurrencia del accidente.

En resumen, ningún elemento de juicio en el plenario sirve para corroborar que, como se aseguró en la demanda, el hecho dañoso padecido, con ocasión del accidente de tránsito acaecido el día 24 de octubre del 2012 fue ocasionado por la maniobra imprudente del conductor de la camioneta, frente a ello la parte actora omitió aportar, por vía de ejemplo, un dictamen técnico que ilustrara al juzgador acerca de la forma en que se produjo el choque, teniendo en cuenta la evidencia física que quedó en la escena, los golpes que presentaron los vehículos, o la trayectoria que tomaron los cuerpos de quienes iban en la motocicleta, etc. Tampoco se armaron testimonios presenciales del accidente, salvo el del conductor de la moto, cuya declaración no fue conteste y determinante, y no se puede tomar aisladamente ya que sobre él también pesa un indicio de culpabilidad.

11.- En este sentido, recuérdese que el artículo 167 del C.G.P. consagra que: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...”.

El principio de la necesidad de la prueba le indica al juzgador el deber de tomar toda decisión judicial con apoyo en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso (artículo 164 ejúsdem), esto es, que los medios probatorios para poder ser valorados deben aportarse en los términos señalados de manera taxativa por el legislador, contrario sensu, su apreciación cercenaría el derecho de defensa y de contradicción de la contraparte.

Entretanto, el principio de la carga de la prueba (artículo 167 ibídem) le impone a las partes la obligación de probar los supuestos de hecho en que edifica sus pretensiones, para este caso concreto, o sea, que consiste en lo que a cada parte le asiste interés en probar, de modo que si el interesado en suministrarla no lo hace, o la allega imperfecta, se descuida o equivoca su papel de probador, necesariamente, ha de esperar un resultado adverso a sus pretensiones; claro está que como

las pruebas una vez allegadas son consideradas o vistas del proceso y no de las partes, las recaudadas por la actora sirven para demostrar los hechos en que se apoyan las excepciones de la contraparte y viceversa.

De tal modo, que a nadie le es dado el privilegio de que su mero dicho sea prueba suficiente de lo que afirme, tal como lo ha precisado la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil:

“es verdad que, con arreglo al principio universal de que nadie puede hacerse su propia prueba, una decisión no puede fundarse exclusivamente en lo que una de las partes afirma a tono con sus aspiraciones. Sería desmedido que alguien pretendiese que lo que afirma en un proceso se tenga por verdad, así y todo sea muy acrisolada la solvencia moral que se tenga. De ahí que la Corte Suprema de Justicia haya dicho en un importante número de veces... que ‘es principio general de derecho probatorio y de profundo contenido lógico, que la parte no puede crearse a su favor su propia prueba. Quien afirma un hecho en un proceso tiene la carga procesal de demostrarlo con alguno de los medios que enumera el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, con cualesquiera formas que sirvan para formar el convencimiento del Juez. Esa carga... que se expresa con el aforismo onus probandi incumbit actori no existiría, si al demandante le bastara afirmar el supuesto de hecho de las normas y con eso no más quedar convencido el Juez” (Sent. de 12 de febrero de 1980 Cas. civ. de 9 de noviembre de 1993. G.J. CCXXV, pag. 405).

*12.- Frente al reparo conforme el cual no había lugar a declarar probadas todas las excepciones, sin tener en cuenta el auto del 8 de marzo del 2021, ha de decirse que tal inconformidad desconoce que el citado proveído resolvió sobre **las excepciones previas**, sin que las acogidas en el fallo aquí censurado tuvieran alguna relación, pues trataban temas distintos y tocantes con el fondo del litigio.*

13.- Por último, en torno a la condena en costas impuesta y su respectiva tasación, cabe memorar que de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del C.G.P. se emitirá condena por tal concepto en contra de la parte vencida en el proceso, ajustándose a lo aquí acontecido, pues el fallo de primera instancia resultó adverso a la parte demandante.

De ese modo, no cabe ningún reparo ante la decisión reprochada, la cual se confirmará en esta instancia, ello al margen de la circunstancias económicas del extremo pasivo pues esta imposición es objetiva, debiéndose añadir que la discusión en lo atinente al monto fijado es prematura, si en cuenta se tiene que conforme el numeral 5° del citado precepto la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho sólo se podrán controvertir mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que aprueba la liquidación de costas, mecanismos a los que deberá acudir la aquí apelante.

14.- Colofón de lo anterior, se confirmará el fallo materia de la censura, y se condenará en costas a la parte recurrente, ante la improsperidad de la alzada (num. 1º, artículo 365 del C.G.P.)

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

1.- **CONFIRMAR** la sentencia calendada el nueve (9) de mayo de dos mil veintidós (2022), dictada por el Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá, por las razones dadas al interior de esta determinación.

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

2.1.- De conformidad con lo previsto en el numeral 3º del artículo 366 del Código General del Proceso, en concordancia con el artículo 5º del AcuerdoPSAA16-10554 de 2016, en la liquidación de costas causadas en segunda instancia, inclúyase como Agencias en Derecho el monto correspondiente a un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente de la anualidad que avanza. Para la elaboración de la misma síganse las reglas previstas en dicha norma.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
MAGISTRADA

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA
MAGISTRADA

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **89ebe8725724f7922644eceb1759e38b37daa4f0a82596915f6b4bfbc0b6d30b**

Documento generado en 30/08/2022 12:39:51 PM

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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN CIVIL

Magistrado Ponente Iván Darío Zuluaga Cardona

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Proceso	Verbal
Demandante	Federación Nacional de Cultivadores de Cereales y Leguminosas –FENALCE-
Demandado	Carlos Alfonso García Mahecha
Radicado	110013103 036 2019 00714 01
Instancia	Segunda
Procedencia	Juzgado 36 Civil del Circuito de Bogotá
Fecha sentencia primera instancia	23 de febrero de 2022
Apelante	Demandado
Decisión	Confirma sentencia

Proyecto discutido en Sala de Decisión del 24 de agosto de 2022

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 23 de febrero de 2022 por el Juzgado 36 Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto en referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

La Federación Nacional de Cultivadores de Cereales y Leguminosas – Fenalce promovió acción de responsabilidad civil contractual contra Carlos Alfonso García Mahecha, para que a través del proceso verbal, se declare: *i)* la existencia y validez del contrato 2015-2016 celebrado entre la Federación Nacional de Cultivadores de Cereales y Leguminosas –Fenalce y Carlos Alfonso García Mahecha; *ii)* que la primera cumplió a cabalidad todas las obligaciones a

su cargo; **iii)** que la demandante entregó a Carlos Alfonso García Mahecha la suma de \$849.020.000 en calidad de préstamo o anticipo, destinado a apalancar el cumplimiento del objeto del contrato o de su convención más próxima; **iv)** que el demandado incumplió la composición más próxima (otrosí Nro. 3) del contrato en mención, por no entregar las 5.500 toneladas de sorgo forrajero, causando perjuicios patrimoniales a FENALCE; **v)** que el demandado debe devolver el valor del préstamo o anticipo entregado, pues no se invirtió correctamente, y se destinó para la siembra de un cereal diferente al objeto del contrato.

Consecuencialmente, condenar al demandado a pagar a la demandante: **i)** \$292.161.806, correspondientes a la indemnización por incumplimiento del contrato por pérdida de utilidad y sobre costos invertidos por la actora en cumplimiento del contrato; **ii)** \$604.300.000, correspondientes a la diferencia respecto del valor del anticipo entregado y el amortizado con base a las toneladas de sorgo dulce que final y efectivamente le entregó la demandada; **iii)** los intereses moratorios más altos liquidados sobre la anterior suma, desde el 31 de octubre de 2016 hasta que se verifique el pago de la devolución total del préstamo no amortizado ni invertido en la composición más próxima del contrato 2015-2016; **iv)** las costas procesales.

Subsidiariamente, declarar **i)** la existencia y validez del contrato 2015-2016 celebrado entre la Federación Nacional de Cultivadores de Cereales y Leguminosas –Fenalce y Carlos Alfonso García Mahecha; **ii)** que la primera cumplió a cabalidad todas las obligaciones a su cargo; **iii)** que la demandante entregó a Carlos Alfonso García Mahecha la suma de \$849.020.000 a título de pago anticipado y parcial de las 11.000 toneladas del objeto del contrato primigenio, la que cubría con creces las 5.500 toneladas que prometió entregar el contratista en la composición más próxima (otrosí 3); **iv)** que el demandado incumplió la composición más próxima (otrosí Nro. 3) del contrato en mención, dado que no entregó las 5.500 toneladas de sorgo forrajero, causándole perjuicios patrimoniales a FENALCE; **v)** que el demandado debe devolver las sumas que le fueron entregadas y no ejecutadas, por lo que dichos valores cubrían el valor total de la convención, la cual fue ejecutada en un porcentaje inferior al 20% de las toneladas de sorgo esperadas por la demandante.

Consecuencialmente, condenar al demandado a pagar a la demandante: *i)* \$292.161.806, correspondientes a la indemnización por incumplimiento del contrato por pérdida de utilidad y sobre costos invertidos por la actora en cumplimiento del contrato; *ii)* \$604.300.000, correspondientes al valor resultante de las sumas efectivamente entregadas como pago anticipado dado al contratista y el valor de la cantidad final y efectiva de toneladas de sorgo dulce entregadas por aquel, ya que a pesar de encontrarse canceladas con creces las 5.500 toneladas pactadas en la convención (otrosí 3), finalmente fueron debidas como efectivamente entregadas y recibidas por la parte actora la cantidad de 1.064 toneladas; *iii)* los intereses moratorios más altos liquidados sobre la anterior suma, desde el 31 de octubre de 2016 hasta que se verifique la devolución total del precio dado como pago anticipado no ejecutado en el objeto de la composición más próxima del contrato 2015-2016; *iv)* las costas procesales¹.

2. Fundamentos fácticos de las pretensiones²

2.1. El 4 de noviembre de 2015, la Federación Nacional de Cultivadores de Cereales y Leguminosas –FENALCE y la Bolsa Mercantil de Colombia S.A. BMC, celebraron el contrato 2015-044, consistente en “*PRODUCCIÓN Y PUESTA A DISPOSICIÓN DE SUPLEMENTOS ALIMENTICIOS A LOS GANADEROS AFECTADOS POR EL FENÓMENO CLIMÁTICO DE SEQUÍA 2015*”, que a su vez tiene génesis en el contrato 2015-0241, suscrito por la Bolsa Mercantil de Colombia S.A. y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

En contrato 2015-044, FENALCE se comprometió a garantizar la producción directamente o a través de sus afiliados, y a poner a disposición en el sitio donde se produzca, 5.000 toneladas de ensilaje de maíz y 11.000 toneladas de ensilaje de sorgo, destinados a los pequeños y medianos productores ganaderos de los departamentos más afectados por la sequía.

2.2. A fin de cumplir lo enunciado, la aquí demandante se vio en la obligación de seleccionar dos personas naturales o jurídicas que estuviesen en la capacidad e idoneidad de producir dicho número de toneladas. Así, fue

¹ Folios 11 a 15, 03EscritoDemanda.pdf

² 02EscritoDemanda.

seleccionado Carlos Alfonso García Mahecha, propietario del establecimiento de comercio CAMG, con experiencia en la producción y comercialización en semilla de sorgo forrajero, con quien se suscribió contrato el 24 de noviembre de 2015, por el cual éste debía garantizar la producción y puesta a disposición de la cantidad de 11.000 de toneladas de ensilaje de sorgo, garantizando la adecuada prestación y empaque que permitiera ofrecer un alimento de buena calidad nutritiva y organoléptica para animales. Asimismo *“contar un plan de contingencia que garantizara cabal y fielmente la producción, disponibilidad y entrega de las cantidades de ensilaje de sorgo indicadas (...)”*.

2.3. Para el desarrollo del contrato se pactó la suma de \$2.090.000.000, pagaderos así: \$1.045.000.000 como anticipo; \$731.500.000, una vez Carlos Alfonso García Mahecha demostrara a FENALCE que se encontraban totalmente sembradas las áreas que garantizaran la producción de la totalidad de toneladas de ensilaje de sorgo que se debían poner a disposición de los ganaderos; y, \$313.500.000, previa entrega de la totalidad de 11.000 toneladas pactadas.

El contratista suscribió una póliza con Seguros del Estado S.A. para garantizar el buen manejo del anticipo y su correcta inversión de (\$1.045.000.000), el cumplimiento del contrato (\$418.000.000) y salarios y prestaciones sociales (\$104.500.000).

2.4. Por anticipo se entregó al contratista la suma de \$849.020.000 netos dadas las deducciones a título de gastos administrativos como retención en la fuente.

2.5. El 29 de diciembre de 2015, 30 de marzo de 2016 y 30 de junio de esa misma anualidad, se firmaron tres otrosíes por petición de García Mahecha, en los que se acordó disminuir la cantidad del producto a 8.000, 6.000 y 5.500 toneladas de ensilaje de sorgo, respectivamente, por lo que rebajó el valor del contrato, el que se prorrogó hasta el 30 de marzo, 30 de junio y 30 de octubre de 2016. El 12 de julio de 2016, el contratista radicó ante el contratante documento que relaciona cuadro de áreas de cultivo, aparentemente dando certeza del cumplimiento del contrato.

2.6. El 25, 26 y 27 de agosto de 2016, se hicieron visitas de seguimiento de supervisión técnica y financiera a los lotes de producción y se estableció que para el 26 de agosto, el volumen de ensilaje de sorgo entregado era de 249 toneladas.

El 29 de agosto siguiente, se notificó Luis Humberto Guzmán Vergara, Director de Cadenas Pecuniarias, Pesqueras y Acuícolas del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, que Carlos Alfonso García Mahecha no venía cumpliendo con el plan de entregas acordadas. Por tal razón, solicitaron su intervención.

2.8. El 9 de septiembre de 2016, Carlos Alfonso García Mahecha comunicó tener supuestamente listas para la entrega 725 toneladas del producto, empero, se verificó que esa información no correspondía a los volúmenes enunciados.

2.9. Con el ánimo de evitar el incumplimiento total del contrato, y consecuentemente, el celebrado entre la BMC y FENALCE, ésta desarrollo las siguientes acciones: i) se terminó anticipadamente el contrato 2015-044 celebrado con la BMC, con corte al 85% de cumplimiento, ii) la BMC aceptó la sustitución del ensilaje de sorgo por ensilaje de maíz.

2.10. El 31 de octubre de 2016, FENALCE procedió a levantar acta de incumplimiento del contrato suscrito con Carlos Alfonso García Mahecha, quien se abstuvo de firmarla en señal de recibido. Y, el 24 de noviembre siguiente, se hizo corte de entregas a esa fecha, estableciéndose que la cantidad de ensilaje de sorgo entregada a ganaderos de la región caribe fue de 743 toneladas y en el valle del cauca de 321 toneladas, para un total de 1.064. Se solicitó informe de siniestro por el incumplimiento del demandado, elaborado por una firma López Villamarín – Seguros – Jurídica – Administración de Riesgos.

3. Posición de la parte pasiva. La demandada se opuso a las pretensiones y formuló las siguientes excepciones de mérito:

i) “EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD – FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO”. Dicha eximente contemplado no solo en el artículo 64 del Código Civil, sino en la cláusula vigésima del contrato, constituye la razón por la cual no se

pudo culminar el objeto del contrato, lo que consta en los otrosíes 1, 2 y 3. Se trató de acontecimientos de conocimiento público y que se encuentran en los archivos del IDEAM según comunicado especial Nro. 28 del 30 de septiembre de 2016 - huracán Mathew-, relacionado con inundaciones por el efecto climático que arruinó la mayoría de las cosechas. La demandante reportó dichos acontecimientos a la BMC, por lo que se procedió a la terminación anticipada del contrato marco, empero, pretende hacer uso de la fuerza mayor y caso fortuito, en este caso, para su beneficio. Los perjuicios no fueron demostrados. Se generó una posición dominante frente al demandado.

ii) “CONTRATO NO CUMPLIDO”. De la suma de \$1.045.000.000 correspondientes al primer desembolso para soportar los costos de establecimiento de cultivos de sorgo, la parte demandante realizó descuentos por \$195.980.000 abusando de su posición dominante, sin que estos fueran posibles dado que se trata de un préstamo al contratista para el apalancamiento de realizar su objeto contractual, lo que implicó la pérdida de tiempo y materia prima relevante para la ejecución del contrato.

iii) “TERMINACIÓN DE CONTRATO POR EL DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL EN CONTRA DEL SEÑOR CARLOS ALFONSO GARCÍA (CAMG)”

Se originó con la entrega parcial del anticipo, y luego, desmejorado el objeto contractual en tanto llegó solo al 50% del inicial. Es necesario que se revise el contrato según lo establecido en el artículo 868 del C. de Co. y se determine si existió dicho desequilibrio, y se decrete la terminación del contrato.

4. La Sentencia de primera instancia

El *A quo* declaró no probadas las excepciones de la pasiva, y en consecuencia, acotó que Carlos Alfonso García Mahecha incumplió las obligaciones derivadas del contrato que celebró con FENALCE. Por lo anterior, ordenó al demandado reintegrar a favor del actor el pago de \$226.796.393 por concepto de la diferencia respecto del anticipo recibido en relación con el sorgo entregado, dentro del término de 30 días, contados a partir de la notificación de la decisión, junto con los intereses moratorios liquidados a la tasa máxima legal

permitida. Fundó lo anterior en los siguientes raciocinios:

La suma de dinero que se entregó al demandado por el anticipo pactado, obedece a unos descuentos que fueron aplicados como retención en la fuente y gravamen de movimientos financieros, entre otros, según lo plasmado en el parágrafo 3 de la cláusula 5ª del contrato. No se acreditó que el demandado hubiera presentado alguna reclamación formal por la entrega de dicha suma y, además, posteriormente se celebraron 3 otrosíes, lo que conllevó la convalidación de esa situación. Con todo, la suma entregada por anticipo supera el 50% pactado, según lo estipulado en el último otrosí.

El contratista debió tener un plan de contingencia consistente en garantizar una infraestructura técnica, operativa y administrativa para el cumplimiento del contrato, cuyo objeto es una obligación determinada por su género y en una cantidad específica, tratándose de una obligación de resultado.

El demandado es un profesional en su ramo en tanto había realizado previamente contratos en similares circunstancias, por ende, debió tener en cuenta las eventualidades que se podían presentar en la ejecución contractual, por lo que actuó negligentemente. No se configuró un caso fortuito o fuerza mayor ya que las inclemencias del clima no eran imprevistas, ni desconocidas para el contratista, ya que precisamente en razón de esa situación se comprometió a suministrar el ensilaje de sorbo.

FENALCE no recibió las toneladas de forma posterior al 30 de octubre de 2016, por ser una fecha posterior a las fechas estipuladas en cada uno de los otrosíes. Se requería entrega total, mas no que estuviera en proceso.

Se incorporó al expediente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, proferida en proceso en el que FENALCE reclamó a una aseguradora el reconocimiento del siniestro, a la que se reconoció el pago de \$330.123.600, cuya estimación debe tenerse en cuenta dado que la acción de responsabilidad civil no es una forma de enriquecimiento. Resaltó que tienen diferente naturaleza el contrato objeto de este proceso y que aquí nos atañe.

La parte demandante confesó que le fueron entregadas 1270 toneladas de sorgo estimado en \$292.100.000, porcentaje que debe descontarse del anticipo que le fue entregado al demandado, por lo que queda un saldo a pagar, descontando dicho anticipo, de \$226.796.393.

No hay lugar a reconocimiento alguno por utilidad de costos invertidos porque no existe convenio coligado entre el contrato objeto del proceso y la sostenida entre FENALCE y la BMC, aspecto sobre el cual hay pronunciamiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

No se probaron perjuicios atinentes al lucro cesante.

5. Recurso de apelación presentado por el extremo demandado.

Los reparos efectuados ante el juez de primera instancia y sustentados en esta son los siguientes:

5.1. *“EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD – FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO”.*

- Obran en el expediente los registros fotográficos, videos y comunicaciones del IDEAM que son de público conocimiento de hechos irresistibles e imprevisibles ajenos al obligado, que además fueron corroborados también por el demandante, quien se valió de dicho argumento para salir bien librado del contrato macro que celebró con la BMC, fundado en el inclemente clima que se estaba presentando por el fenómeno del niño y por el huracán Matthew para los años 2015 y 2016.

- No se tuvieron en cuenta medios probatorios ni las declaraciones rendidas por los testigos quienes informaron que existió una fuerza mayor y caso fortuito imposibles de resistir por el demandado.

- La juez desconoció que nadie está obligado a lo imposible, pues se trató de un hecho de la naturaleza imposible de prever. El plan de contingencia del contratista fue el diseño de un sistema de riego que era conectado a los arroyos y

ríos que se encontraban cerca a los cultivos, pero que una vez se secaron por las fuertes sequías era imposible obtener las fuentes hídricas para alimentar la semilla, que si bien estaba diseñada para aguantar fuertes sequías, necesitaba un mínimo de agua para subsistir, agua que era imposible conseguir por los hechos ya narrados. Ahora, cuando empezaron los aguaceros, los ríos y las lagunas, se empezaron a desbordar e inundar los cultivos, mismos que fueron arrasados.

5.2. “CONTRATO NO CUMPLIDO”.

- Los gastos de administración frente al valor descontado por FENALCE alcanzan el 19%, que en aras de justicia y realidad contractual ningún contrato soportaría para el contratista un descuento de esa magnitud por gastos de administración ni por movimientos financieros. No puede ser que el poder dominante del contratante permita que se generen descuentos injustificados y que a su vez por parte de la jurisdicción se avalen las injusticias contractuales que no se encuentran soportadas legalmente.

- No se tuvo en cuenta el desequilibrio contractual del que fue víctima el demandado dado el poder dominante del actor. El mismo se presentó porque inicialmente se pactaron 11.000 toneladas de sorgo, reducidas a 5.500 finalmente, y en cumplimiento del contrato primigenio, el contratista tuvo que hacer las adquisiciones de lotes en arriendo, personal contratado y logística para desarrollar el objeto contractual.

- Deben tenerse en cuenta los valores pagados por Seguros del Estado S.A. a Fenalce por \$725.678.199 (condena más intereses), y no solamente \$330.123.600 pagados como indemnización, y también los valores de las toneladas de sorgo entregadas por valor de \$292.100.000, y a su vez el valor descontado al demandado en el anticipo entregado por \$195.980.000, a efectos de no enriquecer a FENALCE, ni empobrecer aún más al señor Carlos García.

II. CONSIDERACIONES

1. La competencia del Tribunal está delimitada por los puntos de controversia expuestos en la sustentación de la apelación, por lo que quedan

vedados los temas que no hayan sido debatidos frente al fallo de primera instancia (artículos 320 y 328 del Código General del Proceso).

2. La pasiva rebate la decisión que profirió el A quo en punto al tema relacionado con el caso fortuito o fuerza mayor como eximente de responsabilidad. Asimismo, en lo que toca con la excepción de contrato no cumplido, respecto del cual cuestionó que la parte actora no cumplió la obligación consistente en pagar el desembolso de \$1.045.000.000, previsto en la cláusula quinta del contrato que dio origen a este proceso, y adicionalmente, el presunto desequilibrio contractual que se presentó durante la ejecución del contrato.

3. Se encuentra acreditado que entre la Federación Nacional de Cultivadores de Cereales y Leguminosas –FENALCE y Carlos Alfonso García Mahecha, el 24 de noviembre de 2015, se celebró un contrato³ cuyo objeto, según lo previsto en la cláusula primera del mismo, era *“ejecutar parcialmente el programa de alimentación Bovina, en virtud del cual CAMG, deberá garantizar la producción y poner a disposición en el sitio donde se produzca, once mil (11.000) toneladas de ensilaje de sorgo, destinado a los pequeños y medianos ganaderos de los departamentos más afectados por la intensa sequía”*.

Ahora bien, según lo prevé la cláusula quinta⁴, se convino como precio la suma de \$2.090.000.000, pagaderos de la siguiente forma: **a)** un primer desembolso, correspondiente al 50% del valor del contrato *“para soportar los costos de establecimiento de los cultivos de Sorgo, para lo cual se harán desembolsos parciales desde la suscripción y/o perfeccionamiento del presente contrato, previa presentación de los contratos de los lotes y aprobación de las garantías constituidas a favor de FENALCE”*; **b)** un segundo desembolso del 35%, para el corte y empacado del ensilaje equivalente a \$731.500.000, una vez el contratista demuestre que se encuentran sembradas las áreas que garantizan la producción de la totalidad de las toneladas de ensilaje de sorgo; y, **c)** un tercer desembolso correspondiente al 15%, equivalente a 313.500.000, previa entrega de 11.000 toneladas de ensilaje de sorgo, debidamente aprobado por los supervisores del contrato.

El 2 de diciembre de 2015, Carlos García Mahecha solicitó a FENALCE,

³ Folio 60, 1.- CUADERNO 1 - PRINCIPAL / 01AnexosFolio1CD / archivo 1.pdf digital.

⁴ Folio 62, 1.- CUADERNO 1 - PRINCIPAL / 01AnexosFolio1CD / archivo 1.pdf digital.

conforme a lo establecido en la cláusula en cita, la entrega del 50% del primer desembolso del contrato equivalente a \$522.500.000⁵. Se destaca que en dicho documento, allegado por el extremo actor, consta manuscrito que dice “(-) *costos administrativos \$150.000.000. Valor a girar: \$372.500.000*”. En la misma fecha, se hizo dicho desembolso⁶.

Milita en el expediente “OTROSÍ No.01 AL CONTRATO CELEBRADO ENTRE FENALCE Y CAMG, PARA LA PROVISIÓN DE ENSILAJE DE SORGO 2015/2016”⁷, del 29 de diciembre de 2015, en el que se plasmó que “*en desarrollo de la ejecución del contrato se han presentado dificultades relacionadas con el factor climático, situación verificada en los boletines de pronóstico y alertas, emitidos por el IDEAM, donde indican, que el Fenómeno del Niño tendría su mayor intensidad en el trimestre Noviembre 2015 – Enero 2016*”, por lo que el primer trimestre éste último presenta déficit de lluvias, lo que ha dificultado el cumplimiento oportuno de las metas.

Por tal razón, se modificó el objeto del contrato en lo que se refiere a la cantidad de toneladas de ensilaje de sorbo, la que pasó a 8.000. Igualmente, se modificó la cláusula quinta del contrato, y en tal orden, se pactó un reajuste del precio a \$1.520.000.000, por tanto, los desembolsos quedarían así: *a) un primer desembolso, correspondiente al 50% del valor del contrato, equivalente a \$1.045.000.000 que “CAMG declara haber recibido a satisfacción, para soportar los costos de establecimiento de los cultivos de sorgo, que representa el 68.75% del volumen ajustado por el presente otrosí”; b) el 16.5%, cuando se demuestre que se encuentran sembradas las áreas que garanticen la producción; y, c) el 15%, previa entrega de las toneladas estipuladas. El plazo se prorrogó hasta el 30 de marzo de 2016*⁸.

El 13 de enero de 2016, Carlos García Mahecha solicitó a FENALCE el pago de \$522.500.000 “*para completar*” el 50% inicial de \$1.045.000.000⁹ y el 18 de enero siguiente, se hizo un segundo desembolso por \$476.520.000¹⁰

⁵ Folio 2, 1.- CUADERNO 1 - PRINCIPAL / 01AnexosFolio1CD / archivo 2.pdf digital.

⁶ Folio 4, 1 - CUADERNO 1 - PRINCIPAL / 01AnexosFolio1CD / archivo 2.pdf digital.

⁷ Folio 75 a 79, 1.- CUADERNO 1 - PRINCIPAL / 01AnexosFolio1CD / archivo 1.pdf digital.

⁸ Clausula quinta.

⁹ Folio 11, 1.- CUADERNO 1 - PRINCIPAL / 01AnexosFolio1CD / archivo 2.pdf digital.

¹⁰ Folios 7 y 8, 1.- CUADERNO 1 - PRINCIPAL / 01AnexosFolio1CD / archivo 2.pdf digital.

El convenio en mención fue modificado mediante “OTROSÍ No.02”¹¹, de fecha 30 de marzo de 2016, en el que se reiteraron las dificultades que se han presentado en desarrollo del contrato en relación con el factor climático según boletines de pronóstico y alertas emitidos por el IDEAM, y se indicó que la situación de sequía ha dificultado el cumplimiento oportuno de las metas, siendo necesario prorrogar el contrato hasta el 30 de junio de 2016. Así, se redujo el objeto del contrato a 6.000 toneladas de ensilaje de sorgo y se dijo que el valor del contrato es \$1.140.000.000.

En “OTROSÍ No.03”¹², de fecha 30 de junio de 2016, se indicó que se continuaron presentando problemas relacionados con el factor climático, exceso de lluvias, deficiente absorción de agua por los suelos, frecuentes eventos de encharcamiento por la falta de drenaje en los cultivos. Por tal razón, se ajustó la cantidad de ensilaje de sorgo a 5.500 toneladas y se amplió la duración del contrato hasta el 30 de octubre de 2016. El valor del contrato se modificó a \$1.265.000.000.

El 12 de julio de 2016, Carlos García Mahecha comunicó a FENALCE: *“Debido a la fuerte sequía (...) cuya dificultad se acentuó por las fuertes lluvias que se presentaron seguidamente, no obstante, contamos en este momento con los cultivos debidamente establecidos, cuyas áreas presentamos en cuadro adjunto, lo cual nos da la certeza de cumplir cabalmente con lo pactado”*. Luego, solicitó una prórroga hasta el 30 de octubre de 2016.¹³

El 27 de octubre de 2016, el mismo manifestó a FENALCE que para el 30 de octubre siguiente estaría cumpliendo con la entrega de 1.500 toneladas de forraje de sorgo dulce, habiendo entregado hasta el 25 de octubre 434 toneladas, estando pendiente de entrega 1.066 toneladas, a fin de cumplir las 1.500 toneladas¹⁴.

Obra “*ACTA DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PARA LA PRODUCCIÓN PARCIAL DEL PROGRAMA DE ALIMENTACIÓN BOVINA CELEBRADO ENTRE FENALCE Y CAMG 2015*”¹⁵, del 30 de octubre de 2016, fecha de vencimiento del contrato, en el que consta que para esa fecha no se cumplió la

¹¹ Folio 82 a 86, 1.- CUADERNO 1 - PRINCIPAL / 01AnexosFolio1CD / archivo 1.pdf digital.

¹² Folio 31 a 36, 1.- CUADERNO 1 - PRINCIPAL / 01AnexosFolio1CD / archivo 2.pdf digital.

¹³ Folio 43, 1.- CUADERNO 1 - PRINCIPAL / 01AnexosFolio1CD / archivo 2.pdf digital.

¹⁴ Folio 73, 1.- CUADERNO 1 - PRINCIPAL / 01AnexosFolio1CD / archivo 2.pdf digital.

¹⁵ Folio 73, 1.- CUADERNO 1 - PRINCIPAL / 01AnexosFolio1CD / archivo 2.pdf digital.

meta intermedia de mínimo 1.500 toneladas de ensilaje de sorgo.

4. Para decidir el primer cuestionamiento frente a la sentencia de primer grado, se recuerda que al tenor de lo dispuesto en el artículo 64 del Código Civil, “*se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc*”.

Con relación al caso fortuito o fuerza mayor, la Corte Suprema de Justicia, ha explicado:

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

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

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

Y en relación con la irresistibilidad, ha predicado la Sala que un hecho “es irresistible, “en el sentido estricto de no haberse podido evitar su acaecimiento ni tampoco sus consecuencias, colocando al agente –sojuzgado por el suceso así sobrevenido- en la absoluta imposibilidad de obrar del modo debido, habida cuenta que si lo que se produce es tan solo una dificultad más o menos acentuada para enfrentarlo, tampoco se configura el fenómeno liberatorio del que viene haciéndose mérito” (Se subraya. Sentencia de 26 de noviembre de 1999; exp.: 5220)¹⁶.

¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO. Sentencia del 26 de julio de dos mil cinco (2005). Ref: Exp: 050013103011-1998 6569-02.

De conformidad con las anteriores premisas, resulta patente que para la configuración del caso fortuito o fuerza mayor indudablemente se requiere que el hecho, además de ser imprevisible, debe ser irresistible, ninguno de los cuales puede faltar a la hora de establecer del examen del hecho invocado, y por lo tanto, cuando el hecho sea susceptible de ser humanamente previsto, por más intempestivo y arrollador que sea no configura la citada causal de exoneración de responsabilidad.

4.1. Debe tenerse en cuenta que la obligación pactada en el contrato objeto de controversia es de género, tal como lo afirmó el *A Quo*, es decir, en la que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado, sin que dicho raciocinio hubiera sido objeto de controversia. Desde ese punto de vista, se recuerda que, en principio, la fuerza mayor o caso fortuito no procede cuando se trata de obligaciones de género (CAS. CIV. 05-07-1935 XCII52).

No obstante, no puede soslayarse que en la cláusula vigésima del contrato en referencia, las partes acordaron expresamente lo siguiente: *“FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO: NI FENALCE ni CAMG tendrán responsabilidad alguna por el incumplimiento de las obligaciones que cada uno de ellos asume, cuando tal incumplimiento se produzca por causas o circunstancias constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito comprobadas que afecten la ejecución del contrato. De conformidad con el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, se llama fuerza mayor, el imprevisto que no es posible resistir, cuando el mismo no sea imputable a la parte obligada y no resulte como consecuencia de dicha parte”*¹⁷.

Se recuerda que la juzgadora de primer grado determinó que no se configuró un caso fortuito o fuerza mayor como eximente de responsabilidad, comoquiera que el demandado había realizado previamente contratos en similares circunstancias, y por lo tanto, debía tener en cuenta las eventualidades que se podían presentar en la ejecución contractual y, además, las inclemencias del clima no eran imprevistas, ni desconocidas para el mismo, toda vez que por ese motivo se comprometió a suministrar el ensilaje de sorbo.

No se encuentra yerro alguno en ese raciocinio, y por el contrario, se otean llamados al fracaso los reproches que frente al mismo presentó la pasiva, pues,

¹⁷ Folios 66 y 67, 1.- CUADERNO 1 - PRINCIPAL / 01AnexosFolio1CD / archivo 1.pdf digital.

observa este Tribunal que en el asunto no se cumplen los requisitos de imprevisibilidad e irresistibilidad que se exigen para la configuración del caso fortuito o fuerza mayor alegada por la parte demandada.

Ciertamente, resulta claro que desde el contrato inicial se conocían las difíciles condiciones climáticas que afectaban el país durante el periodo de ejecución contractual, pues, recuérdese que en la cláusula primera del contrato primigenio, se estableció como objeto: *“ejecutar parcialmente el programa de alimentación Bovina, en virtud del cual CAMG, deberá garantizar la producción y poner a disposición en el sitio donde se produzca, once mil (11.000) toneladas de ensilaje de sorgo, destinado a los pequeños y medianos ganaderos de los departamentos **más afectados por la intensa sequía**”,* siendo estos la Guajira, Cesar, Magdalena, Atlántico, Bolívar, Sucre, Córdoba, Santander, Tolima, Huila, Risaralda, Quindío Caldas, Cauca, y Nariño¹⁸.

4.2. Ahora bien, en los Otrosíes Nro. 1 y 2 se recordó el objeto del contrato y que en desarrollo del mismo *“se han presentado dificultades relacionadas con el factor climático, situación verificada, en los boletines de pronóstico y alertas, emitidos por el IDEAM, donde indican, que el Fenómeno del Niño tendría su mayor intensidad en el trimestre noviembre 2015 – enero 2016”*. Agregó que *“se infiere que durante el primer trimestre del 2016 se presente un déficit de lluvias”*, siendo necesario continuar con el programa para *“enfrentar el fenómeno climático de sequía intensa, provocada por el fenómeno del niño”*¹⁹.

En el Otrosí Nro. 3, se advirtió que en desarrollo del contrato *“se continúa presentando problemas relacionados con el factor climático, exceso de lluvias, deficiente absorción de agua por los suelos, frecuentes eventos de encharcamiento por la falta de drenaje en los cultivos, ocasionando dificultades para la realización de labores culturales y de cosecha y problemas de orden público (...)”*. Además, que *“FENALCE informa al Ministerio, que las actividades de siembra y cultivo en las zonas de influencia del programa de alimentación bovina, en los campos de producción de ensilaje de sorgo, ubicados principalmente en el caribe seco (...) se vienen desarrollando acorde con el cronograma establecido, sin embargo, el fuerte invierno en los centros de producción, han afectado de manera significativa la producción de ensilaje (...)”*²⁰

¹⁸ Folio 60, Folios 66 y 67, 1.- CUADERNO 1 - PRINCIPAL / 01AnexosFolio1CD / archivo 1.pdf digital.

¹⁹ Folios 75 a 76 y 82 a 86, 1.- CUADERNO 1 - PRINCIPAL / 01AnexosFolio1CD / archivo 1.pdf digital.

²⁰ Folio 32, 1.- CUADERNO 1 - PRINCIPAL / 01AnexosFolio1CD / archivo 2.pdf digital

Resulta claro, entonces, que las situaciones climáticas adversas no eran extrañas a la actividad desarrollada por el demandado, quien ciertamente, conforme a lo estipulado en el contrato y los otros íes referenciados, era conocedor de tales irregularidades independientemente de su grado, obligándose no solo a producir las toneladas de ensilaje de sorgo pactadas, sino a realizar su efectiva entrega en los términos estipulados.

Nótese que en razón de la afectación climática que ahora sirve de fundamento a la excepción planteada, es que se presentó un primer incumplimiento respecto del contrato original, y motivó a que se presentaran los otros íes mencionados, en los que dicha situación fue advertida claramente, de donde no puede concluirse, entonces, que estamos ante un evento absolutamente imprevisible.

Sobre el particular, cabe destacar que el demandado, como lo advirtió el *A Quo*, es un profesional en la materia en tanto que había desarrollado previamente contratos similares, lo que el mismo ratificó en la declaración de parte rendida en el proceso, al afirmar que desarrolla la producción de la semilla de sorgo dulce desde el año 2006 *“logrando unos avances importantes, apoyados por el Ministerio de Agricultura, apoyados por Colciencias, y a partir del año 2011- 2012 ya comenzamos a hacer ventas del sorgo dulce como tal”*²¹, por tal razón, no se admite el argumento consistente en que los cambios climáticos constituyen un hecho imprevisible.

Aunque se allegaron unas fotografías y videos que dan cuenta de las afectaciones causadas por los factores climáticos a las zonas donde se desarrolló el contrato que ahora nos ocupa, así como reportes del IDEAM, no puede sostenerse que dichos documentos²², por sí mismos, constituyen prueba del caso fortuito o fuerza mayor, para lo que se requiere acreditar los elementos consistentes en la irresistibilidad e imprevisibilidad de los hechos externos, sin que baste la mera afirmación para que estos elementos se configuren.

Ahora bien, pese a que la parte actora expone que los argumentos en que se cimentó cada modificación u otros í al contrato primario se debió al cambio climático intenso que se estaba viviendo en Colombia por los efectos del fenómeno

²¹ Min. 1:17:44, 33Audiencia2019-714 9_30AM

²² 10PruebasAllegadasConLaContestacion, 11PruebasVideo1, 12PruebasVideo2

del niño y del Huracán Matthew, lo que afirma, eran hechos de público conocimiento, no puede soslayarse que en las cláusulas segunda y tercera de dicho contrato se estableció que para la correcta ejecución y cumplimiento del objeto del acuerdo, el contratista debería *“garantizar la producción de once mil (11.000) toneladas de ensilaje de sorgo, en las zonas cercanas y ganaderas con recursos del proyecto”*, así como el establecimiento de los cultivos para generar su producción, para lo cual en la cláusula tercera se pactó entre las obligaciones a cargo del contratista que éste debería *“contar con un plan de contingencia que garantice la producción y disponibilidad y entrega de las cantidades establecidas en la cláusula décima sexta del presente contrato”*.

Desde esta óptica, se recuerda que la Corte Suprema de Justicia, ha precisado:

(...) para que la fuerza mayor o el caso fortuito tengan la entidad suficiente para producir el efecto liberatorio esperado por el deudor, no sólo hay que examinar la naturaleza misma del hecho sino indagar también si éste reúne, con respecto a la obligación inejecutada, los siguientes caracteres: a) No ser imputable al deudor, b) No haber concurrido con una culpa de éste, sin la cual no se habría producido el perjuicio inherente al cumplimiento contractual; c) ser irresistible, en el sentido que no haya podido ser impedido y que haya colocado al deudor -dominado por el acontecimiento- en la imposibilidad absoluta (no simplemente en la dificultad ni en la imposibilidad relativa) de ejecutar la obligación; d) Haber sido imprevisible, es decir que no haya sido suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él, aunque por lo demás haya habido con respecto al acontecimiento de que se trate, como lo hay con respecto a toda clase de acontecimiento, una posibilidad vaga de realización’ (Cas. Civ. de 5 de julio de 1935)’ (Sent. Cas. Civ. de 4 de julio de 2002, Exp. No. 6461)²³.

En el presente asunto, la parte demandada relató que en la región del Huila el contrato de arrendamiento se efectuó en lotes que eran para cultivos de arroz, más no para sorgo, y destacó que *“un ingeniero nuestro, eso corrió por exclusivamente por cuenta de (...) nosotros (...) incurrimos en ese error (...) cuando la señora agrónoma (...) llegó con la semilla a hacer las siembras correspondiente, vio que era un lote inundable y previó que sería un cultivo perdido (...)”*, lo que corresponde a una conducta atribuible a la pasiva, y que claramente tuvo repercusión en la ejecución del contrato.

4.3. De otra parte, se probó que para la sequía había planes de contingencia consistentes, según el testigo Armando Ávila Martínez, en *“alquilar unos motores de*

²³ G.J.LXIX, pag. 555)’ (Sent. Cas. Civ. de 19 de julio de 1996, Exp. No. 4469) (CSJ, SC del 21 de noviembre de 2005, Rad. n.º 1995-07113-01 citada en sentencia SC185 del 26 de noviembre de 2021. Radicación n.º 54405-31-03-001-2013-00038-01. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

bomba que succionaban agua de las fuentes hídricas para poder asperjar por cañones el cultivo, esa era la medida de contingencia que se hace en época de verano que no llueve, pero al secarse las fuentes hídricas (...) no hubo de donde succionar. El plan B era alquilar más tubería para sacar agua desde el río Cauca (...) solo pudimos regar un poquito porque se llenó de barro la tubería, ya no había agua en la parte de la isla donde podíamos sacar agua (...) ni plan A ni plan B pudimos hacer'²⁴.

Por su parte, respecto de esos planes de contingencia, el testigo Ricardo Iriarte Mosquera, ingeniero agrónomo, afirmó que *“uno de los requisitos para poder identificar los terrenos donde se iban a sembrar los cultivos, se le exigía que debía tener riego de alguna forma, disponibilidad de agua (...) pero desafortunadamente recuerdo también que fue tan seco (...) y esas aguas había que bombearlas, elevarlas para proceder con el riego (...) como los usuarios pescadores de la represa (...) comenzaron a quejarse, comenzaron a presentarse inconvenientes con la disponibilidad del agua de ese plan de agua de ese plan de contingencia que eran los riegos y frente a los excesos no había plan de contingencia (...) nunca pensamos que fuera a llover tanto (...) pero había plan de contingencia para efectos de una sequía con riego y para los excesos no había plan de contingencia”²⁵.*

De acuerdo con lo anterior, emerge diáfano que no contó con un plan de contingencia que garantizara la producción y disponibilidad y entrega de las cantidades establecidas en el contrato, en punto a lo que tiene que ver con las lluvias, lo que impide que pueda exonerarse a la pasiva de responsabilidad por el caso fortuito o fuerza mayor alegado.

Con todo, no es de recibo el argumento expuesto por el apoderado del extremo demandado en el sentido que nadie está obligado a lo imposible, como quiera que el mismo demandado reconoció que el ensilaje de sorgo se encontraba listo para el 30 de octubre de 2016. Nótese que al interrogársele por qué razón a esa fecha no entregó las 5.500 toneladas de ensilaje de sorgo, expresó: *“porque estando el sorgo listo en campo, cosechado, simplemente estaba en proceso de empaque, y FENALCE dio la orden de que no se me recibiera más, yo cumplí con mi cultivo, cumplí para completar las 5.500 toneladas, estaba en el proceso de empaque, y la instrucción de la gerencia de FENALCE es que no se me recibiera más (...) pero el sorgo sí estaba listo”²⁶.*

²⁴ Min. 01:57:20, 43VideoActaAudiencia.

²⁵ Min. 41:49, 43VideoActaAudiencia.

²⁶ Min. 02:30:10

Lo anterior denota, en últimas, que pese a las condiciones climáticas extremas, estas no impidieron la producción de los cultivos que fueron objeto del contrato.

Vale la pena resaltar que, en todo caso, se presentó un incumplimiento en la entrega del ensilaje de sorgo, como lo confesó el demandado al decir que *“a octubre 30 no cumplí, no se cumplió, pero si logré producir las 5.500 toneladas del tercer otrosí, si se cumplió con eso desde el punto de vista de los cultivos como tal (...)”*²⁷, siendo relevante recordar, como lo evidenció el juzgado de primer grado, que se requería entrega total de las toneladas pactadas, mas no que estuvieran en proceso.

Colofón, no puede tenerse como causal eximente de responsabilidad el caso fortuito y fuerza mayor alegado, pues no se cumplen los requisitos inmediatamente analizados para que se configure en este asunto.

5. En cuanto al segundo punto de inconformidad, centrado en que el apelante no recibió en su integridad el pago \$1.045.000.000 como anticipo pactado en el contrato inicial, pues de esa suma se descontó un descuento por valor de \$195.980.000, en sentir del demandado, de manera arbitraria y haciendo uso de la posición dominante, se tiene lo siguiente:

Ciertamente, en la cláusula quinta²⁸ del contrato primigenio se convino como precio la suma de \$2.090.000.000, de los cuales se haría un primer desembolso correspondiente al 50% del valor del contrato *“para soportar los costos de establecimiento de los cultivos de Sorgo, para lo cual se harán desembolsos parciales desde la suscripción y/o perfeccionamiento del presente contrato, previa presentación de los contratos de los lotes y aprobación de las garantías constituidas a favor de FENALCE”*.

No obstante, no puede desconocerse que en la cláusula cuarta se estableció que *“FENALCE descontará de cada uno de los pagos derivados del contrato el valor del gravamen a movimientos financieros generados por el traslado de los recursos, costo de transferencias y/o pagos de cheques y demás compromisos adquiridos con cargo al proyecto”*.

²⁷ Min. 01:50:10, 33Audiencia2019-714 9_30AM

²⁸ Folio 62, 1.- CUADERNO 1 - PRINCIPAL / 01AnexosFolio1CD / archivo 1.pdf digital.

Asimismo, más adelante, en el párrafo tercero de la cláusula quinta, se indicó que *“FENALCE descontará de cada uno de los pagos derivados del contrato el valor del gravamen a movimientos financieros generados por el traslado de los recursos, costo de transferencias y/o pagos de cheques, requeridos para la ejecución del mismo. De conformidad con lo anterior es entendido por las partes que el valor de DOS MIL NOVENTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$2.090.000.000) mencionado en la presente cláusula incluye el valor del gravamen a los movimientos financieros y costos administrativos que se generen con ocasión de dichos desembolsos y en consecuencia, FENALCE en ningún caso dispondrá de ninguna suma de dinero adicional a dicha cuantía para la ejecución del contrato, Igual tratamiento se dará a los demás costos asociados al traslado de los recursos, tales como costos de transferencias y/o pagos de cheques”*.

Así las cosas, FENALCE sí se encontraba facultada contractualmente para efectuar dichos descuentos por tales conceptos, sin que de forma posterior, el contratista pueda formular reparos frente a una cláusula que fue libremente pactada, y sin que por tal razón pueda aducirse que se trata de descuentos injustificados.

Es importante resaltar, que no se acreditó que la pasiva hubiera efectuado reclamación alguna ante el extremo demandante en cuanto a la suma de dinero recibida por tal concepto, asunto que fue anunciado por el *A quo*, sin que fuera objeto de reproche alguno; adicionalmente, no puede soslayarse que el contratista continuó con la ejecución del acuerdo, al punto que se ajustó a lo estipulado en tres (3) otrosíes, entendiéndose así que se encontraba conforme con el pago efectuado, del que se reitera, no presentó reparto alguno, convalidando tal situación, incluso en el otrosí Nor.1 del 29 de diciembre de 2015.

Ciertamente, obsérvese que allí se indicó que se modifica la cláusula quinta del contrato en lo referente al valor y desembolso, el cual quedó así: *\$1.520.000.000, pagaderos de la siguiente forma: “un primer desembolso correspondiente al 50% del valor total del contrato inicial, equivalentes a la suma de MIL CUARENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS M/CTE (\$1.045.000.000) que CAMG declara haber recibido a satisfacción, para soportar los costos de establecimiento de los cultivos de sorgo (...)”*.

Colofón, FENALCE estaba facultada para efectuar los descuentos de dichos pagos en relación con el valor del gravamen a movimientos financieros generados por el traslado de los recursos, costo de transferencias y/o pagos de cheques, requeridos para la ejecución del mismo, a lo que se agrega que se firmaron 3 otrosíes en los que se redujo las toneladas objeto del contrato hasta llegar a 5.500, de tal forma que la suma entregada, corresponde a una que supera, en todo caso, el 50% del valor del contrato inicial.

6. En cuanto a un desequilibrio contractual fruto de la presunta posición dominante del extremo actor con ocasión de la disminución de las toneladas inicialmente pactadas a través de los otrosíes, resalta esta Corporación que contrario a lo argüido por el extremo demandado, dichas modificaciones del contrato tuvieron origen, precisamente, a fin de evitar un incumplimiento negocial por el contratista, lo que de tajo contradice cualquier invocación de una posición dominante.

Dichas modificaciones contractuales fueron acordadas de mutuo acuerdo y no constituyen la génesis del incumplimiento contractual aquí referido, pues no se estaba exigiendo prestaciones diferentes a las acordadas en los convenios modificatorios.

7. Finalmente, debe tenerse en cuenta que se allegó al proceso la sentencia de segunda instancia proferida el 17 de agosto de 2021 por este Tribunal dentro del proceso instaurado por Federación Nacional de Cultivadores de Cereales y Leguminosas FENALCE contra Seguros del Estado S.A.²⁹, en la que se declaró que se configuró el siniestro cubierto por la póliza de seguros 37-45-101019 -753, y en consecuencia, condenó a dicha aseguradora a pagar a la demandante la suma de \$330.123.607, junto con los intereses moratorios a la tasa máxima permitida desde el 7 de febrero de 2017 y hasta que se haga el pago.

En el fallo de primera instancia, sobre esa sentencia y su relación con este proceso, se destacó que la condena allí impuesta debe tenerse en cuenta *“por cuanto la acción de responsabilidad civil no es una forma de enriquecimiento, sino que es la vía, el medio*

²⁹ Radicado 11001 3103 029 2018 00042 01. Magistrado ponente: Dra. Adriana Ayala Pulgarín.

*por el cual se reconoce ese perjuicio que se ocasionó y se reconoce la indemnización cierta y real*³⁰. Se reseñó, asimismo, que los contratos objeto de dicho proceso y este son de naturaleza diferente.

Seguidamente precisó que del anticipo entregado, esto es, \$849.020.000 debe deducirse la condena impuesta a Seguros del Estado S.A., esto es, \$330.123.607, y lo que la parte demandante confesó haber recibido durante la ejecución del contrato consistente en 1270 toneladas de sorgo estimadas en \$292.100.000, quedando un saldo de \$226.796.393.

Así las cosas, están llamados al fracaso los cuestionamientos presentados por la pasiva, comoquiera que la sentencia sí tuvo en cuenta la condena impuesta por este Tribunal dentro del proceso referenciado, siendo oportuno precisar que los intereses sobre la suma que fue objeto de dicho proceso, corresponden a dicho capital, siendo ajenos a esta causa. Además, también se consideró dentro del fallo los valores de las toneladas de sorgo entregadas, el descontado al demandado en el anticipo entregado por \$195.980.000.

8. No se condenará en costas a la parte apelante, dado que no se encuentra acreditada su causación, en virtud a que la contraparte no se pronunció en segunda instancia.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero. Confirmar la sentencia proferida el 23 de febrero de 2022 por el Juzgado 36 Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto en referencia.

Segundo. Sin condena en costas, conforme lo expuesto en la parte motiva.

³⁰ Min. 01:47:00

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE;

Los Magistrados³¹,

IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA

CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ

MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA

³¹ Documento con firma electrónica colegiada

Firmado Por:

Ivan Dario Zuluaga Cardona
Magistrado
Sala 010 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Manuel Alfonso Zamudio Mora
Magistrado
Sala 005 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Carlos Augusto Zuluaga Ramirez
Magistrado
Sala 014 Despacho Civil
Tribunal Superior De Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **82e0cb06fa9cd62377f73678e674d6c7448e7dd81d682ada15f30c5c3e04ed78**

Documento generado en 30/08/2022 08:54:51 AM

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

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



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

Magistrada Ponente: **AÍDA VICTORIA LOZANO RICO**

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Discutido y aprobado en la Sala de Decisión virtual del 25 de agosto de 2022.

Ref. Proceso verbal de restitución de inmueble de **ROCÍO DEL PILAR ESPINOSA VALENCIA** y otro contra **MARCELA AGUDELO BOTERO**. (Aclaración y/o adición de sentencia). **Rad.** 11001-3103-036-2021-00217-01.

I. ASUNTO A RESOLVER

Se decide acerca de la solicitud de aclaración y/o adición que elevó la parte demandada frente a la sentencia proferida el 5 de mayo del año en curso, por esta Corporación.

II. ANTECEDENTES

1. En la evocada data, se desató el recurso de apelación interpuesto por la pasiva contra el fallo del 9 de diciembre de 2021, proferido por el Juzgado Treinta y Seis Civil del Circuito de esta ciudad, en el que se tuvieron por no probados los medios exceptivos invocados por ese extremo de la lid y se ordenó la restitución pretendida por la parte actora¹.

2. Esta Sala en sede de segundo grado modificó el ordinal tercero de esa providencia, así:

“(...) DECLARAR terminado el comodato precario existente entre Jorge Mario Valencia, Marcela Agudelo Botero y la señora Rocío del Pilar Espinoza, respecto

¹ Archivo “149.VideoAudiencia2 - Sentencia No. 2916” del “01CuadernoPrincipal”.

*del apartamento 301 de la carrera 17 No. 90-41 de esta ciudad*².

3. El pasado 11 de mayo, la convocada solicitó que se aclare y/o adicione la providencia en mención, pues en su concepto, no se especificó la fecha en la que se produjo a su favor la entrega de la cosa, para así determinar en qué data se generó el comodato alegado por el extremo actor.

En suma, manifestó que esta Colegiatura perdió de vista que, entre los reparos formulados contra el fallo de primer grado, se cuestionó la espontaneidad de los testigos, dado que *“teniendo conocimiento de algunas piezas procesales, llenaron los vacíos de su memoria en relación con los hechos que se expusieron en la contestación de la demanda”*.

Para concluir esgrimió que sí presentó ante el juez de primer grado su inconformidad frente a la forma como se receptionaron las declaraciones, pero que el Tribunal incurrió en una imprecisión en sus razonamientos al estimar que sucedió lo contrario, lo que, a su juicio, influye en la parte resolutive de la decisión³.

III. CONSIDERACIONES

Dispone el inciso primero del artículo 285 del Código General del Proceso que *“[l]a sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella”*.

Por su parte, el párrafo 1 de la regla 287 de la misma Codificación prevé que *“[c]uando la sentencia omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad (...)”* (Subrayas para resaltar).

² Folios 1-17, Archivo “13Sentencia 036-2021-00217-01” del “02CuadernoTribunalApelaciónSentencia”.

³ Folios 1-3, Archivo “15SolicitudAclaraciónSentencia.pdf” del “02CuadernoTribunalApelaciónSentencia”.

Prontamente se concluye que, la solicitud de la convocada es improcedente, por cuanto no se evidencia que en la decisión que puso fin a esta instancia, se haya omitido algún pronunciamiento o que se genere duda en la forma y términos previstos en las normas transcritas.

Así, se destaca que, según el primer precepto evocado, la sentencia emitida por este Tribunal es inmodificable e, incluso, no permite ser revocada por el mismo juez colegiado que la profirió. A su vez, memórese que la aclaración se estableció con el fin de subsanar falencias exclusivamente de orden material y procede de oficio o, a petición de parte.

Al respecto, de vieja data la Sala de Casación Civil del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria ha precisado los siguientes requisitos para que esta última proceda:

«a) Que se haya pronunciado una sentencia susceptible de aclaración...b) Que el motivo de duda de conceptos o frases utilizados por el sentenciador sea verdadero y no simplemente aparente...c) Que dicho motivo de duda sea apreciado como tal por el propio fallador, no por la parte, por cuanto 'es aquel y no ésta quien debe explicar el sentido de lo expuesto por el fallo...' (G.J., XVIII, pág. 5)...d) Que la aclaración tenga incidencia decisoria evidente, pues si lo que se persigue con ella son explicaciones meramente especulativas o provocar controversias semánticas, sin ningún influjo en la decisión, la solicitud no procede, y...e) Que la aclaración no tenga por objeto renovar la discusión sobre la juridicidad de las cuestiones ya resueltas en el fallo, como tampoco buscar explicaciones tardías sobre el modo de cumplir las decisiones en él incorporadas (Cas. Civ., auto de 25 de abril de 1990, citado en auto No. 215 de 16 de agosto de 1995, expediente No. 4355)» (CSJ AC, 6 Abr. 2011, Rad. 1985-00134-01)⁴.

De la lectura al escrito que antecede a este proveído, no se observa queja alguna sobre algún acápite que merezca aclaración y tampoco se evidencia que en la parte resolutive de la sentencia se incluyera un pronunciamiento que ofrezca incertidumbre y requiera explicación.

Así aunque la censora exponga que se incurrió en una imprecisión acerca de la recepción de los testimonios, porque en su sentir, sí expuso su inconformidad frente a ese aspecto ante el juez de primer grado, lo cierto es que ese argumento no resulta suficiente para que la Sala entre a aclarar la decisión que zanjó la controversia en segunda instancia, no sólo

⁴ Reiterado en Auto AC6007-2016 de 9 de septiembre de 2016. MP Dr. Ariel Salazar. Exp. 2006-00119.

porque se denota que su finalidad no es otra que la de conseguir un nuevo pronunciamiento frente a un tópico ya resuelto, sino debido a que su dicho no tiene incidencia decisoria, comoquiera que aún si se desecharan las declaraciones de los testigos Claudia Valencia y Enrique Travisoni –frente a los que manifestó reparo- la conclusión a la que se arribó es el resultado de un acucioso estudio integral de los elementos persuasivos que llevaron a determinar que el vínculo de las partes se rigió bajo los postulados de un comodato precario.

En la determinación objeto de la solicitud de aclaración, la Sala decantó que en el interrogatorio de parte, tanto el extremo actor como la contradictora, coincidieron en afirmar que esta última ingresó al inmueble en su calidad de cónyuge de Jorge Mario Valencia Espinoza, luego, se valoró la manifestación de la deponente María Juliana Sánchez, quien afirmó conocer a la demandada desde hace 20 años atrás y, a la pregunta acerca de si sabía que la accionada pagara renta, respondió de forma negativa; más adelante se valoró la prueba documental de la cual se destacó que obraron requerimientos tendientes a que la encartada restituyera el predio, los cuales no fueron por ella desconocidos y, revisada la declaración rendida ante la autoridad de policía, se evidenció que su oposición se fincó en el vínculo matrimonial que se pretendía disolver por vía judicial en el marco de un proceso de divorcio.

Con ello, se resalta que es completamente inviable emitir un nuevo juicio de valor frente a motivos de censura que ya fueron objeto de pronunciamiento por parte de la Colegiatura, máxime porque como ya se mencionó, la presunta incertidumbre en nada influye en la decisión final adoptada por este Tribunal.

En todo caso, es de señalar que la Sala abordó la discusión echada de menos desde dos ópticas, de un lado, al revisar la tacha por sospecha que formuló, reseñando que *“la existencia del parentesco entre los citados deponentes y la parte actora no es suficiente para desechar sus aseveraciones, sino que impone un mayor rigor al efectuar su análisis y, aunque hayan tenido acceso a algunas piezas del expediente, esa circunstancia no*

determina de manera inequívoca que sus manifestaciones sean parcializadas y se afecte su credibilidad”⁵.

Y luego, al considerar: *“la inconformidad acerca de la forma en que se recepcionaron los testimonios, pues según la apelante, escucharon las versiones que le antecedieron, debió ponerlas de presente oportunamente, ante la administradora de justicia de primera instancia, durante el desarrollo de la audiencia, pues al no hacerlo convalidó esa actuación, sin que sea esta la oportunidad para emitir un pronunciamiento sobre ese particular”⁶.*

Puestas de ese modo las cosas, no se vislumbra omisión alguna por parte del juez plural respecto de algún punto que debiera ser objeto de pronunciamiento, dado que las intenciones de la petente están orientadas a que este cuerpo colegiado estudie los argumentos con los que pretende derruir la orden judicial que le resultó desfavorable, al no estar conforme con que se tuvieran en cuenta unos testimonios.

En conclusión, ante la ausencia de incertidumbre que dé lugar a la aclaración del fallo de segundo grado y de la omisión en decidir que requiera una complementación, se negarán las peticiones invocadas por la parte demandada.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,**

RESUELVE

Primero. NEGAR la solicitud de adición y/o aclaración frente a la sentencia proferida el 5 de mayo del año en curso, por esta Corporación.

Segundo. ORDENAR a la secretaría de la Sala acatar lo dispuesto en el

⁵ Folio 12, Archivo “13 Sentencia 036-2021-00217” del “02 Cuaderno Tribunal Apelación Sentencia”.

⁶ Folio 13, *ibidem*.

ordinal cuarto de la parte resolutive del aludido fallo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Aida Victoria Lozano Rico
Magistrada
Sala 016 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

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

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

Código de verificación: **e85d3e3f2e4f779ffb56bd68b353d468d912f51f5ceb1951a2887c99092f5dc1**

Documento generado en 30/08/2022 04:35:06 PM

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

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

*Bogotá D. C., treinta (30) de agosto de dos mil
veintidós (2022).*

*Ref: VERBAL de RESPONSABILIDAD CIVIL
EXTRACONTRACTUAL de ARNULFO COLLAZOS VANEGAS contra
FANNOR AUGUSTO MUÑOZ ECHAVARRIA, SANDRA PATRICIA RIOS
SALAZAR y SEGUROS GENERALES BOLÍVAR S.A. Exp. 040-2014-00078-01.*

**MAGISTRADO PONENTE: JORGE EDUARDO
FERREIRA VARGAS.**

*Discutido y aprobado en Sala de Decisión del 10
agosto de 2022.*

*Decide la Corporación el recurso de apelación
promovido por la parte demandante contra la sentencia calendada el 10 de
agosto de 2020¹, dictada por el Juzgado Tercero Civil del Circuito Transitorio
de Bogotá.*

I. ANTECEDENTES

*1.- El 13 de febrero de 2014 (pág. 247. Archivo
01CuadernoIDigitalizado, cuaderno principal), Arnulfo Collazos Vanegas, por
intermedio de apoderado judicial, convocó a Fannor Augusto Muñoz
Echavarría, Sandra Patricia Ríos Salazar y Seguros Generales Bolívar,
compañía aseguradora del vehículo de placas BDO-343, pretendiendo que se
declare la responsabilidad civil y extracontractual de los demandados por el
accidente de tránsito ocurrido el 16 de febrero de 2011, en el que resultó
lesionado el demandante.*

*Como consecuencia de ello, se condene en el pago
solidario de los perjuicios patrimoniales por los conceptos de daño emergente:
\$1.000.000; lucro cesante futuro en cuantía de \$70.000.000, y
extrapatrimoniales por daño moral \$20.000.000 y “daño moral subjetivo”
tasado en la suma de \$20.000.000, sumas debidamente indexadas (págs. 224 a
229, ib).*

¹ Remitida al Tribunal y repartida al despacho del Magistrado Sustanciador solo hasta el 6 de junio de 2022.

2.- Las súplicas se apoyan, en los supuestos fácticos que enseguida se sintetizan (pág. 221 a 223, *ibidem*):

2.1.- El 16 de febrero de 2011 a las 18:30 horas, el demandante quien se encontraba conduciendo la motocicleta de placas WRM03A fue embestido en forma violenta por el señor Fannor Augusto Muñoz Echavarría quien manejaba el automóvil de placas BDO-343, de propiedad de Sandra Patricia Ríos Salazar. El siniestro ocurrió en la calle 100 con Carrera 53 y se ocasionó porque el aludido automotor se pasó un semáforo en rojo.

2.2.- Debido a la colisión, el actor sufrió varias lesiones y al ser valorado por el Instituto Nacional de Medicina Legal se le dictaminó “fractura de la diáfisis de la tibia derecha”, expidiéndole una incapacidad parcial de 90 días, término que se prolongó hasta 250 días. Además, se determinó una secuela consistente de “deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente”, así como una “perturbación funcional de la locomoción ... transitoria”.

2.3.- Las mencionadas lesiones han afectado emocional y psicológicamente al señor Collazos Vanegas, quien además presenta un dolor permanente al caminar y desplazarse y se vio obligado a dejar de practicar el fútbol, su deporte favorito y ejercer otras actividades físicas.

2.4.- Para la época de los hechos, el actor se desempeñaba como asistente de servicio al cliente en SELIG DE COLOMBIA S.A. y devengaba ingresos mínimos de \$721.000 pesos, una asignación básica variable de \$21.000 y \$231.277, por concepto de trabajo suplementario y viáticos.

2.5.- Se reclamó directamente ante Seguros Bolívar el pago del valor asegurado como ocurrencia del accidente, sin que dicha entidad accediera.

3.- Fannor Augusto Muñoz Echavarría y Sandra Patricia Ríos Salazar se notificaron personalmente (pág. 297, *ib*) y oportunamente formularon las defensas de “conurrencia de culpas”; “cobro de lo no debido con el consecuente enriquecimiento sin justa causa”; “objección razonada a los perjuicios”; “prejudicialidad” (págs. 302 a 331, *ej*).

3.1.- Seguros Comerciales Bolívar S.A. se notificó por aviso y propuso las excepciones de fondo que tituló como: “ausencia de responsabilidad de los demandados”; “culpa exclusiva de la víctima”; “ausencia de certeza del daño y falta de estimación razonada de perjuicios”. En subsidio, formuló “conurrencia de culpas”; “límite máximo de responsabilidad”; “compensación, prescripción y nulidad relativa del contrato” (pág. 461 a 470, *ibidem*).

4.- El 8 de septiembre de 2014, se llevó a cabo la audiencia inicial tramitada conforme las normas del Código de Procedimiento

Civil. Luego de recaudadas las pruebas, se hizo el tránsito a la normatividad del Código General del Proceso, escuchándose alegatos de conclusión y sentido del fallo el 10 de agosto de 2020, misma data en la que se emitió sentencia escrita de denegó todas las pretensiones. (págs. 294 a xxx Archivo02Cuaderno2Digitalizado).

II. EL FALLO CENSURADO

5.- Después de aclarar que no hay estructurada ningún tipo de nulidad, la Juez de primera instancia reseñó los antecedentes del litigio, para luego advertir que el problema jurídico consiste en determinar la concurrencia de los elementos propios de la responsabilidad civil extracontractual, y en caso de que se acrediten tales presupuestos, establecer qué perjuicios se encuentran probados y, si corresponde, cuantificar los mismos.

En seguida, encontró probada la legitimación en la causa de las partes y al descender al estudio de la responsabilidad aseguró que se probó la ocurrencia del daño, no obstante, adujo que la parte actora no logró demostrar que la culpa del conductor del vehículo, necesaria en este caso, comoquiera que ambos extremos se encontraban en el ejercicio de una actividad peligrosa.

Al respecto, sostuvo que ningún elemento de convicción se aportó para acreditar que el vehículo de placas BDO-343 se pasó un semáforo en rojo, aspecto que no quedó consignado en el informe policial para accidentes de tránsito, en el que se dijo que la causa del siniestro estaba por establecerse.

Agregó que, en esa dirección, se emitió sentencia del 3 de mayo de 2018 por el Juzgado 32 Penal Municipal de Conocimiento absolviendo al demandado Fannor Augusto Muñoz Echavarría de la conducta punible de lesiones personales, tras establecer que no se logró demostrar que el acusado faltara a su deber de cuidado.

Así mismo, indicó que los dictámenes practicados y el testimonio de José Wilfer Collazos Vanegas, por igual, no daban cuenta de la causa eficiente de la colisión y que inclusive uno de los trabajos periciales indica que “es probable que el rodante proviniera de una detención”, permitiendo inferir que el conductor demandado arrancó cuando cambió a la luz verde.

De lo anterior, concluyó que la parte actora se abstuvo de probar, como le correspondía, que el convocado infringió alguna norma del Código Nacional de Tránsito, de modo que no se configuraron los elementos de culpa y nexo causal.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

6.- *Inconforme con la decisión el extremo actor interpuso recurso de apelación, oportunidad en la que presentó como reparos los siguientes:*

6.1.- *Que en el dictamen pericial elaborado inicialmente, se dejó claro que el conductor Muñoz Echavarría inició muy rápido su marcha al cambio del semáforo, sin tener en cuenta que por las condiciones lluviosas del día del accidente tenía reducida su visibilidad, afirmación que no es refutada por el trabajo pericial de la Sociedad CESVI.*

Con lo anterior, asegura que se demuestra la imprudencia del demandado y el incumplimiento de los artículos 70 y 74 del Código Nacional de Tránsito en torno a la reducción de velocidad en una intersección.

6.2.- *Que está acreditado el daño con la incapacidad general de 250 días dictaminada al demandante, así como la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje del 4.5%. También se configuró la culpa con la conducta negligente del convocado y el nexo causal pues fue tal comportamiento el desencadenante de los problemas de salud del actor.*

6.3.- *Finalmente, insistió en la responsabilidad de la aseguradora en la atención y pago del siniestro.*

7.- *Así mismo, por auto adiado 29 de junio de la presente anualidad se ordenó correr el traslado previsto en el inciso 3° del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, a la parte activa para que sustente su alzada.*

7.1.- *A través de escrito enviado por correo electrónico a la Secretaría de este Tribunal la apelante -demandante- sustentó en debida forma sus reparos y los convocados se pronunciaron sobre el mismo en debida oportunidad.*

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

2.- *Del petitum y de la causa petendi infiere la Corporación con certeza que la acción entablada por el extremo actor es la de **responsabilidad civil extracontractual**, haciéndola consistir en el accidente de tránsito ocurrido el pasado 16 de febrero de 2011 en la calle 100 con carrera 53 de la ciudad de Bogotá, en el momento en que la motocicleta de placas WRM 03A conducida por el actor, colisionó con el carro de placas BDO-343 manejado por Fannor Augusto Muñoz Echavarría, causando lesiones en el motociclista que produjeron incapacidad de 250 días y una pérdida de capacidad laboral en un porcentaje de 4.5%.*

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

4.- *Desde esta perspectiva, el problema jurídico consiste en determinar i) si están demostrados los elementos esenciales de la responsabilidad civil extracontractual; y ii) si el Juez de primer grado incurrió en una indebida valoración probatoria, pues en tales aspectos funda la inconformidad la parte recurrente.*

De la responsabilidad

5.- *Puntualizado lo anterior, se tiene que cuando a cargo de una persona nace la obligación de indemnizar sin vínculo obligacional previo o que lo ate, se está de frente a la responsabilidad civil extracontractual (art. 2341 C.C.), que cuenta con varias especies a saber: i) responsabilidad por el hecho propio o responsabilidad directa, normada en el artículo 2341 del Código Civil; ii) responsabilidad por el hecho ajeno o de otro, o sea, por haberlo realizado otra persona que está bajo su control o dependencia, como su asalariado, su hijo de familia, su pupilo o su alumno o **responsabilidad extracontractual indirecta** denominada también **refleja o de derecho** que ocurre cuando alguien es llamado por la ley a responder frente a terceros por las secuelas nocivas de actividades desarrolladas por otras personas que se encuentran bajo su guarda o cuidado o de quienes en situación de dependencia, reciben concurso empresarial, principio de índole general que está condensado principalmente en el artículo 2347 y también en los artículos 2348 y 2349 *ibídem*; y, iii) la responsabilidad por la que es llamado el guardián jurídico de las cosas por cuya causa o razón se ha producido el daño; que es de dos clases, según que las cosas sean animadas o inanimadas, denominadas doctrinariamente responsabilidad por causa de los animales regida por los artículos 2353 y 2354 *ejúsdem*, y responsabilidad por causa de las cosas inanimadas, tratada en los artículos 2350, 2351, 2355 y 2356 del C.C.; cada una de ellas tiene sus elementos estructurales propios, así como su régimen probatorio.*

5.1.- *Como viene de decirse, la conducción de automotores entraña el ejercicio de una actividad peligrosa, de donde por regla general y al cometerse un daño por cualquiera de ellos se presume la culpa en cabeza de su autor, por cuanto no es la víctima sino el demandado quien crea*

la inseguridad de los asociados al ejercer una actividad que, aunque es lícita es de las que implica riesgo de tal naturaleza que hace inminente la ocurrencia de daños; por ende, a la víctima del daño que acciona el resarcimiento del perjuicio se le exime de demostrar la -culpa-, y sólo le basta para el éxito de la pretensión la prueba de estos elementos estructurales: i) la **autoría o sujeto activo**, que lo es quien causa el daño; ii) el **daño o perjuicio** causado al sujeto pasivo; y, iii) el **nexo causal** o de causalidad entre el daño y la culpa del sujeto que lo causó. Entre tanto, al demandado le compete demostrar un hecho que lo libere de la culpa, cuál sería la fuerza mayor, el caso fortuito, imprudencia de la víctima o intervención de un elemento extraño que hubiere sido la causa exclusiva del accidente.

5.2.- Empero, sucede que cuando el daño se comete en ejercicio simultáneo de actividades peligrosas, como aquí acontece, la presunción de responsabilidad que por regla general radica en el demandado queda aniquilada y, quien pretenda obtener indemnización por los daños recibidos **está en el imperativo de demostrar todos los elementos que estructuran la responsabilidad civil extracontractual**, incluido el subjetivo o culpa, eventualidad que se debe observar en este asunto, en razón a que Arnulfo Collazos Vanegas también iba ejerciendo una actividad peligrosa -conducción de motocicleta-.

Desde esta perspectiva se procederá por parte de la Sala a analizar, si para este particular evento están dados todos los elementos de responsabilidad civil extracontractual.

Del Daño

6.- El perjuicio es la primera condición de responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, por razón que la ley, la doctrina y la jurisprudencia en forma constante enseñan que no puede existir responsabilidad sin daño; esta última ha pregonado insistente y uniformemente que, para que el daño sea objeto de reparación tiene que ser cierto y directo, ya que solo corresponde reparar el perjuicio que se presenta como real y efectivamente causado y, como consecuencia, inmediata del delito o culpa; conforme a los presupuestos que regulan la carga de la prueba, quien demanda la indemnización de un perjuicio que ha sufrido le incumbe demostrar, de todas maneras, el daño cuya reparación se persigue y su cuantía, por cuanto la condena no puede, por ese aspecto, extenderse más allá del detrimento padecido por la víctima.

Sobre este aspecto la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil ha dicho: "(...) Establecida la existencia del daño, sin la cual no puede hacerse la declaración de responsabilidad, queda tan solo por determinar la exacta extensión del perjuicio que debe ser reparado, ya que el derecho no impone al responsable del acto culposo la obligación de responder por todas las consecuencias cualesquiera que sean, derivadas de su acto, pues semejante responsabilidad sería gravemente desquiciadora de la sociedad misma, que el derecho trata de regular y favorecer, sino de aquellas que se derivan directa e indirectamente del acto culposo. Tanto la

jurisprudencia como la doctrina admiten que el perjuicio deber ser reparado en toda extensión en que sea cierto. No solo el perjuicio actual es cierto, sino también el perjuicio futuro, pero no lo es el perjuicio simplemente hipotético. La jurisprudencia califica el perjuicio futuro de cierto y ordena repararlo, cuando su evaluación es inmediatamente posible, al mismo título que el perjuicio actual... ”2.

6.1.- *Con vista en el anterior marco legal y jurisprudencial, es punto pacífico en el litigio que el accidente de tránsito ocurrido el pasado 16 de febrero de 2011 en la calle 100 con carrera 53 de la ciudad de Bogotá, ocasionó lesiones en el motociclista aquí demandante, que le produjeron incapacidad de 250 días y una pérdida de capacidad laboral en un porcentaje de 4.5%. De ello da cuenta las documentales del expediente como el informe policial del accidente de tránsito (págs. 79 a 86. 01CuadernoIDigitalizado, cuaderno principal); el Informe Técnico Médico Legal de Lesiones No Fatales emitido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (págs. 25 a 29, ib); historia clínica de la Fundación Abood Shaio e historia clínica de Hospital El Tunal (págs. 87 a 182, ib) y dictamen para pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá (Págs. 663 a 669). Por ende, se establece claramente el primero de los presupuestos que viene de referirse, esto es, la ocurrencia del hecho dañoso.*

Del actuar culposo

7.- *La responsabilidad que se le puede reclamar al propietario de las cosas inanimadas tiene su fundamento legal en el artículo 2356 del C.C. y cuando ésta es el componente principal de una actividad susceptible de ser considerada peligrosa, como es la conducción de automotores, la cual entraña potenciales peligros para terceros, ha implantado, sin abandonar el criterio de la responsabilidad subjetiva que campea en el título XXXIV (34), del Libro IV de esa misma codificación, una presunción de culpa, por cuanto no es la víctima sino el demandado, llámese conductor, propietario del vehículo o empresa afiliadora quien crea la inseguridad al ejercer una actividad, que aunque lícita, es de las que implican riesgos de tal naturaleza que hacen inminente la ocurrencia de daños; entonces, se está frente a una responsabilidad de stirpe directa y no indirecta o de tercero responsable, por ser quien, con su rodante o máquina, se beneficia de éste y, además, propició la actividad peligrosa que ocasionó el perjuicio o como lo sostiene la jurisprudencia "...proviene de la calidad que de guardián de ellas presúmese tener..."³, pero se puede despojar de esa culpabilidad si demuestra que transfirió a otra persona la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico o que fue despojado inculpablemente de la misma como en el caso de haberle sido hurtada o robada.*

8.- *Descendiendo al caso bajo examen, de conformidad con las pruebas que obran en el expediente, se evidencia, como también lo comprobó la primera instancia, que la parte demandante se abstuvo*

² Sentencia de 29 de mayo de 1954, LXXVII, 712

³ G.J.t. CXLII (142), pág.188

de cumplir con la carga procesal de demostrar que el accidente en el que resultó lesionado ocurrió como consecuencia del actuar imprudente y negligente del conductor del vehículo de placas BDO-343, conducido por Fannor Augusto Muñoz Echavarría y de propiedad de Sandra Ríos Salazar.

En efecto, véase que en el libelo genitor, y así se reiteró en la apelación, se afirma que el accidente tuvo lugar por la conducta imprudente desplegada por Muñoz Echavarría, quien mientras se desplazaba por la carrera 53 pasó un semáforo en rojo y embistió la motocicleta que a su vez se dirigía por la calle 100, afirmación que, en verdad, no encuentra respaldo probatorio en la foliatura.

Por el contrario, los escasos elementos de juicio recaudados, no permiten deducir una conducta negligente del conductor demandado involucrado en la colisión, sino que, apuntan a que la maniobra del piloto de la motocicleta tuvo gran incidencia en el desenlace final.

Obsérvese que se halla en el expediente el “informe policial de accidente de tránsito” visto de folios 79 a 86. 01Cuaderno1Digitalizado, cuaderno principal, en el que no se establece una causal para ninguno de los vehículos, dejando el número 157 “otra”, sin especificar cuál.

Así mismo, se recibieron los interrogatorios de parte de las partes, en los que no se confesó ningún hecho relevante, limitándose los conductores involucrados a narrar lo expuesto tanto en la demanda como en la contestación. Al respecto, el demandado Muñoz Echavarría alegó que estaba detenido sobre la carrera 53 y una vez cambió el semáforo a verde inició la marcha a una velocidad de aproximadamente 10 km/h., cuando encontró la moto en su camino, denegando por completo que el choque fuera producto de un actuar imprudente de su parte.

A su turno, el demandando Vanegas Collazos aseguró que venía conduciendo a 25 km/h pero por la lluvia no pudo maniobrar para esquivar el carro; que cambio de carril ya que venía detrás de un bus de servicio público y que cuando pasó por la intersección el semáforo estaba en verde.

También se recibió el testimonio de José Wilfer Collazos Vanegas hermano del demandante quien el día de los hechos iba como pasajero en la moto, éste aseveró que el conductor salió del carril lento, para pasar un bus que se estacionó a dejar o recoger pasajeros y que pasando el semáforo fueron atropellados por el vehículo. Agregó que estaba lloviendo en el momento del accidente, sin embargo, la visibilidad era buena (pág. 629, ib).

Igualmente, se recaudaron dos trabajos periciales, el primero rendido por el Ingeniero Civil, Enrique Rodríguez Niño (págs. 741 a 757), que presentó algunas conclusiones como:

i) *la prelación para el cruce de los vehículos en el lugar donde ocurrió el accidente estaba determinada por el buen funcionamiento de los semáforos instalados.*

ii) *se puede deducir como posible factor incidente en el hecho, que estaba lloviendo y por ende esto implica que se debe manejar con mayor cuidado, pues la lluvia reduce o entorpece la visión de los conductores y también dificulta el frenado o detención de los vehículos.*

iii) *Que al no registrarse una longitud de frenada, no permite establecer en forma aproximada la velocidad de los vehículos,*

iv) *En cuanto al comportamiento de los vehículos, que el automóvil, aun teniendo el semáforo en verde, en vista de la lluvia que caía, debió demorar unos segundos más el inicio de su marcha, con lo cual seguramente se hubiera podido evitar el choque, pues la motocicleta ya venía circulando.*

v) *la causa probable del accidente fue la falta de previsión del demandado **al inicio de su pronta marcha, cuando cambia el semáforo en verde, sin tener en cuenta la lluvia y muy seguramente le afectaba su visión panorámica, sin que se pueda establecer la violación de alguna norma de tránsito.***

*Tal trabajo a juicio de la Sala no establece de forma razonada una causa determinante del accidente, y contrario a lo asegurado en el libelo, afirma que el conductor del automóvil **cumplió con las normas de tránsito y arrancó el vehículo cuando el semáforo cambió a verde.***

De todos modos y aunque el perito se animó a exponer una hipótesis cuando señaló que el demandado no fue previsivo al poner en marcha su vehículo, la reseñada conclusión carece de fundamentos técnicos, se abstuvo de la exhaustividad requerida para tener como probable que el resultado del choque fue el actuar del convocado, por lo que es factible colegir que en verdad no resulta apto, para los fines que se propuso el demandante, al quedar limitado, exclusivamente, al mérito demostrativo que pudiera emanar de sus propios razonamientos.

Cabe destacar que el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, vigente para la época en que se recaudó tal experticia, señalaba que la apreciación de tal medio de prueba tendrá en cuenta “la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso”.

9.- *En contravía de lo expuesto por el reseñado trabajo, se recogió el dictamen pericial de la empresa CESVI COLOMBIA, en él se detallan los datos del accidente, las condiciones de la vía donde ocurrió, especificando que se trata de la calle 100 a la altura de la calle 53, una vía recta, plana y con aceras, de doble circulación y con un ancho de 9.20.m para*

la calle, y en cuanto a la carrera destacando que tiene dos calzadas, dos carriles y un ancho de 8,9 m.

Así mismo se destacó que conforme el croquis elaborado por la autoridad de tránsito, el vehículo 1 (motocicleta) circulaba sentido oriente- occidente en la calle 100 y el automóvil en sentido norte -sur sobre la carrera 53. Aunado a ello, se analizan las deformaciones presentes en los rodantes y considerando los sentidos de circulación, los lugares donde se presentaba daños se estableció la configuración del impacto, de esta manera:

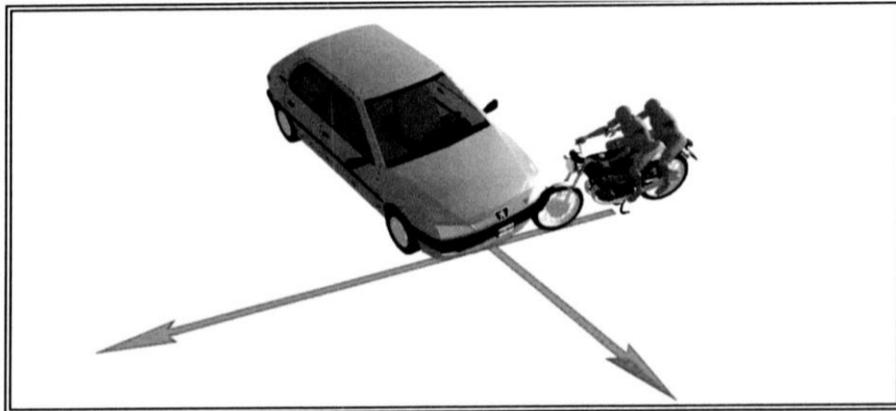


Imagen 3.4 Configuración de impacto entre vehículos.

De otra parte, se analizó la posición final de los vehículos, a partir de lo cual se calculó la velocidad en la que posiblemente circulaban, acotando al respecto que “dado que no se hallaron rastros pertenecientes al tránsito de la motocicleta previo al impacto como huellas de frenado, derrape o afines y que el movimiento posterior al impacto de este rodante debe ser inducido considerando la proyección en el mismo sentido de circulación del automóvil”. Y frente al carro involucrado se dijo que “tomando como referencia la zona del impacto delimitada, en concordancia con las características de la vía, del automóvil y la forma de impacto se establece a partir del análisis de conversión de energía cinética en trabajo de desaceleración, la mínima velocidad de tránsito del automóvil al momento del impacto”.

En últimas, se concluyó que el automóvil rodaba a aproximadamente 11 km/h y que es posible que el rodante proviniera de una detención previa al impacto, es decir este se encontraba iniciando un proceso de arranque y, de otro lado, ante la imposibilidad de calcular con exactitud la velocidad de la motocicleta, tras varias operaciones de tiempo, distancia, aceleración, se determinó que: “de haber circulado a velocidades menores a 30 km/h, el conductor de la motocicleta hubiera realizado una detención efectiva antes de la zona del accidente, mientras que para velocidades mayores a 40 km/h, su detención se desarrollaría luego de la zona del impacto”.

Además, señaló que la información aportada no permite indicar la eventual participación de los vehículos en el accidente.

En el criterio del Tribunal el recién aludido trabajo pericial es exhaustivo y detallado, permitiendo de alguna manera establecer las causas del accidente, con bases técnicas aceptables como el cálculo de velocidad de los rodantes, trayectoria y lugar de impacto.

En tal sentido, es posible determinar que si el automóvil estaba iniciando su arranque a una velocidad mínima, no hay forma de concluir que se pasó el semáforo en rojo, como lo señala la demanda inicial, por el contrario, las reglas de la experiencia enseñan que era la motocicleta la que venía atravesando la intersección cuando su semáforo ya había cambiado, o cuando menos, encontrándose en amarillo, y una velocidad que no le permitió detenerse antes del impacto, incumpliendo lo regulado por el artículo 118 del Código Nacional de Tránsito que prevé:

(...) No se debe ingresar en amarillo a la intersección y si un vehículo ya está en la intersección en luz amarilla mantendrá la prelación hasta culminar el cruce”.

Y no se le podría atribuir al automóvil conducido por el aquí demandado, sin mayores miramientos, la obligación de dar la prelación que se menciona en la citada norma, ya que dada la lluvia, el tamaño de la motocicleta, la velocidad a la que esta se desplazaba, ingresando a la intersección, resultaba impredecible e imposible de esquivar, máxime si, como el propio demandante lo reconoció, salió a la intersección detrás de un bus de servicio público.

*Por lo anterior, no es posible atribuirle la violación del artículo 71 de Código Nacional de Tránsito, que señala: “**ARTÍCULO 71. INICIO DE MARCHA.** Al poner en movimiento un vehículo estacionado se utilizará la señal direccional respectiva, dando prelación a los demás vehículos en marcha y tomando las precauciones para evitar choques con los vehículos que se aproximen”, habida cuenta que, como se expuso, el conductor demandado iba a una velocidad aceptable para su arranque y respetó la semaforización existente.*

10.- En adición, obsérvese que el convocado Fannor Muñoz Echavarría fue absuelto en el juicio que se adelantó en su contra por el delito de lesiones personales culposas, mediante sentencia del 3 de mayo de 2018, tras encontrar la justicia penal -Juzgado 32 Penal Municipal de Conocimiento de Bogotá- que:

“(…) sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar como ocurrió el accidente no se logra establecer que efectivamente la causa generante del mismo obedeció a la falta al deber objetivo de cuidado del procesado en el ejercicio de la actividad de la conducción “; que “(…) la víctima afirma que él tenía la vía ya que el semáforo se encontraba en luz verde para él, esa circunstancia no se estableció con los medios probatorios recaudados en juicio oral (...); y que las “afirmaciones respecto de la

ocurrencia del accidente no son lo suficientemente claras, ni contundentes para establecer la responsabilidad penal del acusado en la conducta investigada”.

11.- En ese orden de ideas, es patente que ninguno de los reparos elevados sirve para derribar lo aseverado por la primera instancia, porque no obra elemento de juicio en el plenario sirve para afirmar que, como se aseguró en la demanda, el hecho dañoso padecido, con ocasión del accidente de tránsito ocurrido el día 6 de febrero de 2011 fue ocasionado por la maniobra imprudente del conductor del automóvil..

De ahí que ante la aniquilación de culpas al estar ambos conductores ejerciendo una actividad peligrosa y la ausencia absoluta de elementos de convicción, no es posible endilgar ese elemento subjetivo a ninguno de ellos.

12.- En este sentido, recuérdese que el artículo 167 del C.G.P. consagra que: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...”.

El principio de la necesidad de la prueba le indica al juzgador el deber de tomar toda decisión judicial con apoyo en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso (artículo 164 ejúsdem), esto es, que los medios probatorios para poder ser valorados deben aportarse en los términos señalados de manera taxativa por el legislador, contrario sensu, su apreciación cercenaría el derecho de defensa y de contradicción de la contraparte.

Entretanto, el principio de la carga de la prueba (artículo 167 ibídem) le impone a las partes la obligación de probar los supuestos de hecho en que edifica sus pretensiones, para este caso concreto, o sea, que consiste en lo que a cada parte le asiste interés en probar, de modo que si el interesado en suministrarla no lo hace, o la allega imperfecta, se descuida o equivoca su papel de probador, necesariamente, ha de esperar un resultado adverso a sus pretensiones; claro está que como las pruebas una vez allegadas son consideradas o vistas del proceso y no de las partes, las recaudadas por la actora sirven para demostrar los hechos en que se apoyan las excepciones de la contraparte y viceversa.

De tal modo, que a nadie le es dado el privilegio de que su mero dicho sea prueba suficiente de lo que afirme, tal como lo ha precisado la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil:

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

artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, con cualesquiera formas que sirvan para formar el convencimiento del Juez. Esa carga... que se expresa con el aforismo *onus probandi incumbit actori* no existiría, si al demandante le bastara afirmar el supuesto de hecho de las normas y con eso no más quedar convencido el Juez” (Sent. de 12 de febrero de 1980 Cas. civ. de 9 de noviembre de 1993. G.J. CCXXV, pag. 405).

13.- Finalmente, advierte la Sala que en su escrito de sustentación, el demandante despliega un gran aparte a exponer aspectos relativos a la responsabilidad de la aseguradora convocada, no obstante, ha de tenerse en cuenta que solo habría lugar a estudiar sobre el pago del valor asegurado en el evento de hallarse acreditados los elementos de la responsabilidad civil, cosa que no sucedió.

14.- Colofón de lo anterior, se confirmará el fallo materia de la censura, y ante la improsperidad de la alzada se condenará en costas al recurrente.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

1.- CONFIRMAR la sentencia calendada el diez (10) de agosto de dos mil veinte (2020), dictada por el Juzgado Tercero Civil del Circuito Transitorio de Bogotá, por las razones dadas al interior de esta determinación.

2.- CONDENAR - en costas a la parte demandante.
Tásense.

2.1.- De conformidad con lo previsto en el numeral 3° del artículo 366 del Código General del Proceso, en concordancia con el artículo 5° del AcuerdoPSAA16-10554 de 2016, en la liquidación de costas causadas en esta instancia, inclúyase como Agencias en Derecho el monto correspondiente a un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente. Para la elaboración de esta síganse las reglas previstas en dicha norma.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

***RUTH ELENA GALVIS VERGARA
MAGISTRADA***

***MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA
MAGISTRADA***

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **513bd4c32f66a00d4f0003510740453b8c2b602a374b589f1accb40df9105f2f**

Documento generado en 30/08/2022 11:59:07 AM

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