



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

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

1. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Magistrada Ponente: **CLARA INÉS MÁRQUEZ BULLA**
Radicación: 110013103039 2013 00559 02
Procedencia: Juzgado Primero Civil del Circuito
Demandante: Lucía Constanza Hernández Herrera
Demandados: María Stella Pachón Suavita y otras
Proceso: Declarativo
Asunto: Aclaración, adición y corrección de sentencia.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se resuelve la solicitud de aclaración, adición y corrección formulada por la apoderada de los convocados en la acción de pertenencia y los actores de la demanda de reivindicación frente a la Sentencia proferida por esta Corporación el 26 de agosto de 2022, dentro del proceso **DECLARATIVO** instaurado por **LUCÍA CONSTANZA HERNÁNDEZ HERRERA** contra **DORIS PACHÓN SUÁREZ, MARÍA STELLA PACHÓN SUAVITA y PERSONAS INDETERMINADAS**, en el cual los sucesores determinados de Pachón Suavita formularon contrademanda frente a la promotora inicial.

3. ANTECEDENTES

3.1. Mediante la providencia objeto del *petitum*, se zanjó el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante principal e intimada en reconvención contra la sentencia de primera instancia, en aquella determinación se resolvió:

*“...7.1. **REVOCAR** los dos primeros numerales de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá D.C., calendada 11 de mayo de 2022, para en su lugar,*

*1. **DECLARAR** imprósperas las excepciones planteadas por quienes comparecieron en calidad de herederos determinados de María Stella Pachón Suavita.*

*2. **DISPONER** que Lucía Constanza Hernández Herrera identificada con cédula de ciudadanía número 41.451.678 de Bogotá, adquirió por prescripción extraordinaria ... el 84.0741% del derecho de dominio del inmueble con folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-1115788 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de esta capital, zona centro, ...*

*3. **ORDENAR** la inscripción de la sentencia en el folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-1115788 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de esta capital, zona centro. Para el efecto, expedir las copias ... que sean necesarias.*

*7.2. **MODIFICAR** el ordinal tercero de lo dirimido en el acápite resolutive de la aludida providencia, en cuanto a la acción reivindicatoria, el cual quedará así:*

*“ 3°. **CONDENAR** a Lucía Constanza Hernández Herrera a pagarle a los sucesores de María Stella Pachón Suavita, la suma de*

\$23.663.599.56. por concepto de frutos civiles producidos por el porcentaje de los bienes materia de reivindicación, desde cuando se contestó la demanda de mutua petición hasta la fecha en que se emite esta decisión, más los que se generen hasta la restitución, liquidados de conformidad con el inciso 2º del artículo 284 del Código General del Proceso”.

7.3. DECLARAR *que no hay lugar a reconocer suma alguna por concepto de mejoras, ni expensas necesarias, de acuerdo a lo consignado en la parte motiva ...*

7.4. CONFIRMAR *en lo demás la providencia apelada.*

7.5. DETERMINAR *que no hay condena en costas en las dos instancias.*

7.5. DEVOLVER *el expediente a la oficina de origen, previas las constancias del caso. Oficiar...”¹.*

3.2. La apoderada de los encausados principales y precursores de la demanda de mutua petición deprecó aclarar, adicionar y corregir el pronunciamiento, para que:

3.2.1. Se dilucide, por qué, a pesar que sus prohijados salieron triunfantes frente a la súplica de usucapión en las dos instancias, máxime cuando se confirmó en esta Sede la restitución a la sucesión de la progenitora de aquéllos, la cuota parte deprecada en tal asunto, no se le impuso a su contendora “...condena alguna ..., entendiéndose que aún sin impetrar proceso reivindicatorio las pretensiones de la usucapiente no estaban llamadas a prosperar...”.

Lo anterior, máxime cuando no obstante ser contraevidente e

¹ Folios 27 a 30 del archivo 12 039 2013 00559 02 SENTENCIA pertenencia. reivindic.

incongruente el argumento expuesto en los considerandos, relativo a que pese a que María Stella Pachón no ostentó una posesión tranquila y pacífica que posibilitara el éxito de sus aspiraciones, se declararon imprósperas las excepciones de mérito alegadas, sin imponer a su contraparte la solución de las costas procesales.

A lo que se suma que no debe considerarse la reducción del valor de la condena por frutos, tópico respecto del cual la apelante no manifestó inconformidad, como un triunfo de ella, motivo por el cual había lugar a imponer la cancelación de tales emolumentos, al amparo de lo previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso, a favor de sus representados, quienes resultaron victoriosos en el litigio al contrarrestar las peticiones de su oponente, reitera, a diferencia de la conducta asumida por la otra intimada -Doris Pachón Suárez-.

3.2.2. Se enmiende el monto reconocido por frutos, en la medida que en la sentencia se tuvo en cuenta la cifra consagrada en el dictamen aportado, para tasar los generados a partir del año 2020, cuando este trabajo solo tasó los causados hasta noviembre de 2019; además porque únicamente contempló para calcular el aumento de la renta el IPC, más no la indexación correspondiente, ni la fecha de vencimiento de los contratos.

Sumado a esto, porque redujo la cifra por tal concepto con sustento en la buena fe de la demandada, “...*desconociendo las presunciones que de orden sustancial y procedimental concurren en su contra...*”².

4. CONSIDERACIONES

4.1. Autoriza el artículo 285 del Código General del Proceso, la aclaración de las providencias judiciales con el propósito que el

² Archivo 13SolicitudAclaración.

Funcionario que la profirió subsane los defectos o deficiencias de orden material, a lo cual procederá de oficio en el término de su ejecutoria, o a petición de parte presentada dentro del mismo.

Esta modalidad que cobra importancia para efectos de la petición que ahora se despacha, se encuentra instituida para aquellos eventos en que la decisión contenga frases o conceptos que procuren motivo de duda, siempre que estén contenidos en la parte resolutive o influyan en ella.

Por consiguiente, debe puntualizarse que procede únicamente cuando la duda o incertidumbre se advierta en la parte resolutive de la decisión, ya que si ella es diáfana no habrá lugar a la misma, aun cuando persistan frases oscuras en las motivaciones, a menos que, como lo señala la propia norma, la resolutive refiera a ellas y de la remisión surja la duda o ambigüedad.

Descendiendo en el *sub-judice*, de entrada se advierte lo impróspero del pedimento aclaratorio, como quiera que del somero examen del ordinal pertinente del acápite resolutive de la determinación, en coherencia con lo argüido en los considerandos, se evidencia, no se impuso condena en costas, con ocasión de lo dirimido en las demandas principal y de reconvención, dado que en la primera, al margen que los herederos determinados de la intimada se hubieran opuesto y planteado defensas respecto a la prescripción adquisitiva implorada que involucraba la cuota del inmueble litigado que le fue adjudicada a su progenitora, lo cierto es que el fracaso de la usucapión para dicho porcentaje obedeció a que la posesión exteriorizada por la pretensa usucapiente frente a dicha parte no fue pacífica, quien por demás reconoció derecho ajeno sobre tal fragmento, como se advirtió en la sentencia.

Como si fuera poco las pretensiones del libelo inicial hallaron una

acogida parcial, respecto del 84.0741% restante del inmueble; y si bien tuvo prosperidad la reivindicación del 15.9254% del bien a favor de la sucesión de la señora Pachón Suavita, no es dable desconocer que la petición consecucional de esta, enfilada al reconocimiento de expensas y mejoras, zanjada en esta instancia no se abrió paso, razón por la que también las súplicas de la impulsora de la contrademanda solo tuvieron vocación de manera parcial.

En este estado de cosas, en coherencia con el resultado del litigio, procedía no imponer condena en costas, en aplicación, como en efecto se hizo, del numeral 5º del artículo 363 del Código General del Proceso, norma que dispone, *“[e]n caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión...”*.

4.2. En punto a lo resuelto frente al monto a sufragar por los frutos producidos por la cuota parte a reivindicar, aunque no fue un aspecto materia de disenso por parte de la recurrente, el ajuste a tal condena se efectuó en consecuencia de la condición de poseedora de buena fe, que se encontró acreditada respecto de la promotora de la pertenencia y demandada en la acción de dominio, al resolver los aspectos de apelación manifestados, cuyo cálculo se realizó atendiendo los parámetros señalados en la providencia, los cuales no es dable debatir por medio de esta vía.

Así las cosas, se desestima el ruego, sin lugar a más consideraciones, pues en últimas, lo que plantea la libelista es su discrepancia con las razones de la decisión y con la determinación misma, respecto de temas que fueron zanjados en este pronunciamiento, de cara a los elementos de juicio y a las disposiciones legales que disciplinan el asunto, que por supuesto, son ajenos a la aclaración.

En consecuencia, se denegará la solicitud de aclaración planteada.

4.3. De otra parte, prevé el artículo 287 del Código General del Proceso que “...[c]uando la sentencia omite 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...”.

Dicha disposición no pretende cosa distinta que mantener vigente y en línea de principio la congruencia que debe preceder los fallos judiciales.

En efecto, a través de ese mecanismo se suplen las omisiones sobre las cuestiones oportunamente expuestas en el curso de la instancia y que son desde luego, materia del debate procesal.

Pues bien, se observa que en la determinación de fondo el Tribunal se circunscribió a dirimir cada uno de los alegatos de la recurrente, manifestados en los reparos, así como en la sustentación efectuada ante esta Sede, conforme al principio de congruencia, lo previsto por ordenamiento jurídico y la jurisprudencia para proveer cada punto de discordancia, sin que se hubiera omitido la resolución de un tópico que por ley debiera zanjarse en la sentencia.

Particularmente, en los numerales 6.6. y 6.7. de los considerandos del pronunciamiento se explicaron los razonamientos por los que se disminuía la condena impuesta por frutos, la forma en que estos se tasaban, y el fundamento legal por el que no se imponía el pago de costas procesales a los litigantes. En congruencia de ello, se resolvió sobre los aludidos temas en los ordinales 7.2 y 7.5.³.

³ Folios 24 al 30 del archivo 12 039 2013 00559 02 SENTENCIA pertenencia . reivindic.

Acorde con los anteriores derroteros, debe puntualizarse que devienen frustráneos los pedimentos de adición, pues se zanjaron todos y cada uno de los motivos de disconformidad, y en concreto, lo atinente a las costas y frutos fue disipado de cara a lo que el ordenamiento jurídico disciplina frente tales temas, en las circunstancias de facto que afloraron en la contienda.

4.4. Finalmente, autoriza el artículo 286 del Código General del Proceso, que “...*toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto...*”.

...

Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella...”.

Aplicados los anteriores lineamientos al caso que concita la atención del despacho, se advierte que en la parte final del numeral 7.3. del acápite resolutive de la decisión se contempló “...**CONDENAR a Lucía Constanza Hernández Herrera a pagarle a los sucesores de María Stella Pachón Suavita, la suma de \$23.663.599.56. por concepto de frutos civiles producidos por el porcentaje de los bienes materia de reivindicación, desde cuando se contestó la demanda de mutua petición hasta la fecha en que se emite esta decisión, más los que se generen hasta la restitución, liquidados de conformidad con el inciso 2º del artículo 284 del Código General del Proceso**”. Así mismo, que se consignó en el ordinal “**7.5. DETERMINAR** que no hay condena en costas en las dos instancias”.

Empero, de tales mandatos no se vislumbra la presencia de los eventos contemplados en la disposición en comento, pues ningún yerro de la naturaleza anotada se evidencia; situación diferente es la solicitante discrepe de lo allí resuelto, lo cual en manera alguna

habilita la corrección invocada. Por ende, también esta solicitud se desestimaré

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, EN SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL,**

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR la aclaración, adición y corrección de la providencia calendada 26 de agosto de 2022, por las razones expuestas en la parte considerativa.

NOTIFÍQUESE.

Firmado Por:

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

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

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: **99a4ce060996b3ecf92dfe4d19f6414704deed00cdb438040018dfb3332c38c4**

Documento generado en 14/09/2022 11:53:57 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA SÉPTIMA CIVIL DE DECISIÓN**

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Magistrado ponente: **MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA**

Proceso N.º 110013103040201500021 02
Clase: ORDINARIO – RESPONSABILIDAD
MÉDICA
Demandantes: NORMA AYDÉ SUPELANO DUARTE y
GABRIEL JAIME CANO USUGA
Demandadas: CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP, CRUZ
BLANCA EPS y otros

*Sentencia discutida y aprobada en sesiones de sala n.ºs 31, 32 y 38 de 3 y
10 de agosto y 14 de septiembre de 2022, respectivamente*

Con fundamento en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020¹, se decide la apelación que los demandantes formularon contra la sentencia de 10 de marzo de 2022 proferida por el Juzgado 51 Civil del Circuito de Bogotá, mediante la cual les negó sus pretensiones.

ANTECEDENTES

1. En la demanda², Norma Aydé Supelano Duarte y Gabriel Jaime Cano Usuga pidieron declarar responsables civilmente tanto a los médicos general y pediatra Fernando Augusto Mondragón Herrera y Carlos Humberto Benito Cifuentes, como a Cruz Blanca EPS y la Corporación IPS Saludcoop (Complejo Médico de Especialistas de la Calle 100), por los daños patrimoniales e inmateriales generados por el sufrimiento, dolor, deterioro moral y físico sufridos por el menor Juan Felipe Cano Supelano, como los padecidos por su familia, los cuales

¹ Vigente al momento en que se profirió el fallo impugnado y se interpuso la apelación y, por ende, aplicable al presente asunto por virtud de lo previsto en el artículo 624 del CGP, que modificó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

² 01Cuaderno1Digitalizado, folios digitales 205 y ss.

fueron generados por los mencionados galenos por “error de diagnóstico” y sepsis sufrida en la atención médico asistencial brindada; y por las últimas, debido a la falla en el marco del aseguramiento y la garantía de la calidad en el sector salud.

En consecuencia, solicitaron que se les condene al pago solidario de indemnización por **lucro cesante** pasado y futuro, por la suma de \$162.858.931,25, con base en el salario mínimo legal mensual vigente para el año 2012 (\$577.600); **daños morales** respecto de la víctima equivalentes a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; **daños morales** causados a sus padres demandantes por la misma cantidad a cada uno; **daño fisiológico y daño a la salud** en cuantía de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; **daño a la vida de relación o alteración grave de existencia** por 200 salarios mínimos mensuales, debidamente indexados y con sus intereses moratorios, además del reconocimiento, perdón y compromiso de no repetición en público.

Para sustentar su pretensiones, relataron que la señora Norma Aydé Supelano Duarte ingresó a la Clínica Materno Infantil el 25 de noviembre de 2012 con un diagnóstico de “embarazo normal” y fue hospitalizada para trabajo de parto, el que se produjo al siguiente día, a las 15:23. Se trató de un “parto espontáneo...sexo MASCULINO, peso 2680 grm, talla 50 cm, APGAR 8-9-10...”, con nota diagnóstica de “RECIÉN NACIDO A TÉRMINO CON PESO ADECUADO PARA EDAD GESTACIONAL” y “grupo sanguíneo materno B POSITIVO / recién nacido O POSITIVO...RN en buenas condiciones generales, succión fuerte, se indica a la madre cuidados básicos del RN, puericultura, solterapia, vigilancia de patrón respiratorio...” y el 27 de noviembre se les dio salida con cita de control con pediatría. En este punto, cuestionan que tales registros médicos no demuestran la atención de pediatría especializada acorde con el nivel de complejidad de la institución, ni existe registro de realización de estudios de subgrupos sanguíneos, en este caso, de incompatibilidad de grupo.

Luego, el 3 de diciembre de 2012, en la Central de Especialistas Complejo de la Calle 100 el pediatra Carlos Humberto Benito Cifuentes, aquí demandado, refirió que el recién nacido “está levemente amarillento desde ayer –le están realizando solterapia...RECOMENDACIONES...signos de alarma y re-consulta...baños de sol 2 veces al día...peso 2.58...” y diagnóstico de “ICTERICIA NEONATAL POR INHIBIDOR DE LA LECHE MATERNA P593”. Respecto de este segmento de la historia clínica, los demandantes alegaron que no hay registros clínicos de exploración física de piel y

faneras que soporten tal diagnóstico ni un estudio paraclínico que demuestre el origen etiológico allí descrito.

El 5 de diciembre posterior acudieron al servicio de urgencias desea misma institución por dos días de llanto frecuente y deseos del menor de comer cada hora, cuatro deposiciones líquidas en las últimas 24 horas, “sin moco ni sangre y con irritación en la piel” y se dieron como recomendaciones: “PLAN TERAPÉUTICO: PACIENTE SANO..., EXÁMEN FÍSICO piel y faneras: anormal TINTE ICTERICICO... Dx. CONTROL DE RUTINA DEL NIÑO Z001” por parte del médico general Fernando Augusto Mondragón Herrera, del cual indican los actores que se trata de un diagnóstico contradictorio, pues se establece “paciente sano” y se describe a continuación, examen físico anormal.

Posteriormente, entre el 6 y el 10 de diciembre de 2012, el niño es hospitalizado en la Fundación Cardio Infantil por motivo “no responde, está muy pálido...FC 187x’ Sat 92% T° 38.7°C... color de la piel: palidez extrema. Dx. Descriptivo: SHOCK SÉPTICO?? CÓDIGO ROJO: EMERGENCIA...”.

El 7 de diciembre ingresa a la unidad de cuidados intensivos neonatales con “palidez marcada, moteado, mal perfundido, pobre esfuerzo respiratorio, tensión arterial no registra, presenta quejido, patrón respiratorio jadeante, bradicardia hasta 40/min, pulsos filiformes. Inmediatamente se realiza intubación orotraqueal..., se fija SOG obteniendo contenido gástrico abundante..., se realiza un ciclo de compresiones cardíacas con recuperación. En consecuencia, se da un diagnóstico de “etiología hipovolémica vs. Séptica...se solicitan paraclínicos, se inicia antibiótico de primera línea (ampicilina sódica), soporte ventilatorio...” y luego se indica “solicitan ecografía diagnóstica cerebral transfontanelar (Dx. Sepsis Severa, coagulopatía, sospecha de sangrado en sistema nervioso) e interconsulta con infectología” y se solicitan hemocultivos y urocultivo. A las 04:08 se registró “se encuentra con compromiso severo multisistémico en asociación a proceso infeccioso de etiología a establecer”. A las 10:45 se dio diagnóstico de “CHOQUE MULTIFACTORIAL EN MANEJO. FALLA MULTIORGÁNICA (VENTILATORIA, RENAL Y HEMATOLOGICA CID). SEPSIS NEONATAL TARDÍA. INFECCIÓN DE VÍAS URINARIAS POR BACILOS GRAM NEGATIVOS EN TIPIFICACIÓN. MALFORMACIÓN INTESTINAL A DESCARTAR. ICTERICIA NEONATAL

TARDÍA MULTIFACTORIAL (MADRE B+, BEBE O+). ALTO RIESGO DE MUERTE).

El 8 de diciembre a las 07:07 se lee en la historia clínica: “informan de laboratorio crecimiento en Hemocultivos 1 y 2 de BACILOS GRAM NEGATIVOS...pendiente tipificación”; a las 10:45 por infectología pediátrica se expresó “deterioro de su estado general con aparición de múltiples lesiones purpúricas algunas de ellas con flictenas en cara, extremidades superiores e inferiores, hipogastrio...” y, a las 16:34, se sentó: “con insuficiencia renal aguda anúrica, acidosis metabólica profunda refractaria, hipercalemia severa en urgencia dialítica, complicándose la situación por presencia de CID descompensada a pesar de amplio soporte”.

El día 9 de diciembre a las 03:26 “presenta paro cardiorrespiratorio, se reanima con maniobras y medicamentos”; a las 09:22 se indicó diagnóstico “choque séptico refractario a catecolaminas multifactorial en manejo. Disfunción miocárdica secundaria a sepsis... sepsis neonatal tardío”, entre otras y con alto riesgo de muerte; luego, se registra sospecha de “INMUNODEFICIENCIA SEVERA CONGÉNITA” y se informa a los padres la situación; a las 12:31 “se considera ante evolución fulminante estudio ampliado de inmunodeficiencia, se solicita CH50 (para evaluar alteración congénita del complemento), estudio de Herpes Virus y varicela”. Por último, a las 13:30 fallece.

Por tanto, increparon los actores el diagnóstico dado por el médico general Fernando Augusto Mondragón Herrera, quien, ante la evidencia de pérdida de peso significativa (580 gramos en dos días), “piel y faneras anormal, tinte icterico, diarrea, irritabilidad y trastorno de la alimentación”, no solicitó exámenes que ayudasen a aclarar la condición del neonato, ni existe un diagnóstico relacionado con la situación clínica, lo que deja claro, a su juicio, su impericia y la falta de diligencia para diagnosticar oportunamente las alteraciones de salud del menor y que su muerte se debió, sin duda, a tales omisiones de diligencia, prudencia e idoneidad en el servicio de control y reconsulta vía urgencias, toda vez que “un niño que nace sano, conforme a la historia clínica, fallece en su segunda semana de vida, quedando así denotada la relación de causalidad del hecho dañino o calamitoso con la defectuosa atención médica”.

Agregarón que en las dos consultas que tuvieron ante la EPS no se cumplieron las características de calidad para la atención en salud que establece el artículo 3º del Decreto 1011 de 2006 y que se generó

inseguridad en la actuación adelantada, así como que, de haberse utilizado mejor los recursos al alcance de los galenos que atendieron al neonato, se hubiera podido dar un tratamiento oportuno y evitar su fallecimiento. En ese orden, hubo falta de medidas diagnósticas necesarias para aclarar el cuadro clínico presentado, un error en el diagnóstico y la falta de oportunidad en el diagnóstico certero, ya que se dictaminó una “ictericia por leche materna” sin estudios complementarios y se permitió la evolución de la ictericia por sepsis que llevó a una falla multisistémica y el consecuente fallecimiento, tal como fue advertido en la Fundación Cardio Infantil.

Además, alegaron que se transgredió la obligación de seguridad del contrato asistencial por la producción de infección nosocomial, la sepsis tardía y la generación de shock séptico con falla multisistémica como evento adverso y las consecuencias que de ello se derivaron.

2. Excepciones

2.1. Cruz Blanca EPS se opuso a la prosperidad de las pretensiones³ y excepcionó “inexistencia de conducta culposa de parte de CRUZ BLANCA EPS, en su calidad de Entidad Promotora de Salud (EPS) por inexistencia de la función de prestar el servicio de salud de manera directa y material”, “ausencia de responsabilidad de CRUZ BLANCA EPS por el cabal cumplimiento de sus funciones”, “inexistencia de solidaridad entre CRUZ BLANCA EPS, las instituciones de servicios de salud (IPS) y los profesionales de la salud demandados”, “inexistencia del nexo de causalidad por el hecho de un tercero”, “inexistencia de nexo causal por caso fortuito fuerza mayor” y la “excepción genérica”⁴.

Las reseñadas defensas se fundaron en que quien efectivamente prestó el servicio de salud al afiliado fueron las IPS “Corporación IPS Saludcoop” y la “Fundación Cardio Infantil”, por lo que es ajena al error en el diagnóstico; cumplió en debida forma con la función de garantizar el acceso al servicio de salud y no le corresponde lo relacionado a la

³ Con soporte en que, “ni siquiera participó en los actos médicos y su conducta administrativa no generó daño alguno” al no tener “asignada la función, ni la responsabilidad de prestar directa y materialmente el servicio de salud, sino de realizar afiliación y de ADMINISTRAR la prestación del servicio de salud, lo cual cumplió cabalmente” y que “no existe solidaridad legal” entre las IPS y las EPS”; agregó que no es posible indemnizar el lucro cesante de un menor de once días de nacido pues no desarrollaba actividad productiva ni sostenía económicamente a sus padres, ni existe pérdida de la capacidad económica de los demandantes; el daño no existe actualmente, ni es directo; el daño a la vida en relación ya no existe y no es indemnizable en este caso. (fl. dig. 365 del archivo 01Cuaderno1Digitalizado).

⁴ Folios digitales 385 a 415 del archivo 01Cuaderno1Digitalizado.

calidad del acto médico; entre las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) y las Entidades Promotoras de Salud (EPS) no existe fuente legal que consagre solidaridad, así como que en el presente caso no existe fuente convencional que pacte una eventual solidaridad y se predica lo mismo respecto de los profesionales de la salud demandados con quienes tampoco tiene relación jurídica al no estar adscritos a la entidad; no existe subordinación o control de la EPS sobre los profesionales que prestaron en forma directa y material el servicio de salud, ya que estos están adscritos a las IPS respectivas, razón por la que no es responsable del daño; y la falta de reacción favorable al tratamiento idóneo para la sepsis presentada es un evento irresistible, imprevisible e inevitable para la entidad, quien no tuvo injerencia alguna en la valoración, diagnóstico y tratamiento efectuados.

2.2. Por parte de la Corporación IPS Saludcoop también hubo oposición a lo pretendido⁵ y se propusieron las excepciones de “inexistencia de nexo causal”, “inexistencia de culpa y correcto ejercicio de la *lex artis ad hoc*”, “causal de exoneración de responsabilidad – fuerza mayor proveniente del factor aleatorio de la práctica médica”, “exclusión de la responsabilidad solidaria entre las entidades médicas tratantes”, “presunción de buena fe – la medicina como profesión consagrada al servicio de la humanidad-”, “inexistencia de la obligación de indemnizar y estimación excesiva de perjuicios” y la “excepción genérica”.

Sustentados tales medios exceptivos, en su orden, en que la atención brindada al paciente no fue la causante de los daños alegados en la demanda, al no ser una causa adecuada y eficiente de ellos y tratarse de una situación (sepsis neonatal) que se salió de la órbita de control del personal médico; no se evidenció una deficiencia en los servicios prestados; los resultados adversos alegados por los demandantes se estructuran como una verdadera circunstancia constitutiva de fuerza mayor, dada su irresistibilidad para el personal médico que, a pesar de haber prestado los servicios en forma idónea y ajustados a la *lex artis* y las pruebas prácticas, no pudieron evitar los resultados nocivos, por tratarse de una situación aleatoria e inevitable en el ejercicio de la medicina, con lo cual se advierte que se trata de una obligación de medios y no de resultado; cada médico tratante es responsable desde el momento en que recibe al paciente hasta cuando lo egresa y se excluye

⁵ Con fundamento en que el deceso del menor obedeció a un cuadro de sepsis neonatal que fue ajeno al control médico-asistencial del personal encargado, y no es posible imputarle responsabilidad a la entidad, ya que la práctica médica fue adecuada y los servicios se llevaron a cabo de forma idónea y eficiente, a pesar de que fue imposible evitar la ocurrencia de la situación adversa que corresponde a un caso de fuerza mayor para los profesionales de la salud (fl. dig. 435 del archivo 01Cuaderno1Digitalizado).

la responsabilidad solidaria entre las entidades implicadas; todas las actuaciones se realizaron en la práctica de la profesión médica con miras a lograr siempre el mejor resultado para la salud del paciente, por lo que alegar una mala praxis implica alegar la mala fe de los profesionales de la medicina; no está demostrada la obligación de indemnizar, además, la cuantía de los perjuicios es excesiva y carece de apoyo fáctico y jurídico, pues el lucro cesante se basa en hechos inciertos e inverificables y no hay certeza de su existencia, en tanto que los perjuicios morales no deben superar los límites jurisprudenciales de 50 smmlv; en relación con el daño a la vida en relación, es excesiva e improcedente su cuantificación al no precisarse las razones que la sustentan ni allegar las pruebas pertinentes; en lo que atañe al daño a la salud o fisiológico, no corresponde a una modalidad acogida por la jurisprudencia civil.

2.3. El médico Fernando Augusto Mondragón Herrera resistió las declaraciones y condenas solicitadas⁶ y presentó como exceptivas las de “fuerza mayor”, “no exigibilidad de otra conducta”, “buena fe”, “inexistencia de los elementos estructurantes de la responsabilidad civil médica”, “prudencia y diligencia en el actuar médico”, “inexistencia de prueba de la responsabilidad civil médica”, “exceso de pretensiones” y la “excepción probada” o “genérica”.

En su criterio, se configuró una fuerza mayor dado que el recién nacido presentaba una anomalía en su sistema inmunológico que no era perceptible por el galeno Mondragón Herrera, pues, para sospechar de una inmunodeficiencia, debe haber una manifestación reiterada y repetitiva de infecciones y sin estos síntomas y con la llegada del bebé con ictericia (algo normal en neonatos) y sin episodios patógenos, no debían ordenarse exámenes adicionales, máxime cuando era tan difícil diagnosticar ello que solo se pudo detectar en la Clínica Cardio Infantil hasta antes de que muriera el niño; ante los hallazgos hechos en consulta por el médico al evaluar las condiciones de riesgo del menor, antecedentes de los padres y evolución normal del niño, no se estaba ante una enfermedad mortal sino ante una manifestación normal en un recién nacido (ictericia) y el procedimiento fue el adecuado, ya que no se podía exigir más ni tampoco lo imposible; los médicos que participaron en la atención siempre actuaron con fundamento en los postulados de la buena fe y cumplieron su función con esmero y dedicación; en el caso

⁶ Basó su tesis en no haber incurrido en una falla en la prestación del servicio y no haber error alguno en el diagnóstico, por cuanto el bebé no murió por negligencia, sino por una enfermedad congénita. Agrega que los recién nacidos no generan un lucro cesante para su familia, así como que los muertos (el menor) no tienen perjuicios morales y ese no se hereda ni se transmite a sus familiares; el daño a la salud no corresponde en este caso al haber muerto el afectado y el daño fisiológico subsume el daño a la vida en relación. Advierte que la solicitud en salarios mínimos no se indexa y no hay lugar a cobrar intereses al no ser una relación dineraria en la que se haya pactado un plazo.

del paciente, no hubo negligencia ni impericia de los galenos y se debe probar que su actuación estuvo precedida de una falla en el servicio y esta debe ser una causa eficiente del daño; la prudencia y diligencia exigible se encuentra probada con la historia clínica; la parte actora no acreditó en debida forma el vínculo entre la conducta desplegada y el perjuicio sufrido; es excesivo lo pretendido y no corresponde al principio general de reparación de las víctimas.

2.4. Por último, el profesional de la medicina Carlos Humberto Benito Cifuentes también se opuso a lo solicitado en la demanda⁷ y como excepciones de mérito planteó las de “ausencia total de responsabilidad”, “inexistencia de las obligaciones demandadas” y la “excepción genérica”.

Argumentó que no hubo presencia de un acto médico defectuoso o inapropiado, al no haber encontrado signos de infección del recién nacido, sino que, en la valoración, solo hubo una mínima ictericia de la mucosa conjuntival (membrana que cubre el blanco de los ojos) y no en la piel ni en otras mucosas, así como tampoco manifestaciones específicas o inespecíficas de infección como fiebre, hipotermia, mal estado general, distensión abdominal, vómitos, diarrea, apnea, aleteo nasal, quejido respiratorio, palidez, piel húmeda y fría, taquicardia, bradicardia, ni signos de irritabilidad, letargo, temblores, convulsiones, hiporreflexia, hipotonía, llanto agudo, etc., además que la exploración física de piel y faneras se hizo de manera completa, pero el sistema operativo de la historia clínica de la EPS solo reporta lo que se anotó como anormal; por tanto, su actuar no fue negligente, no generó un diagnóstico médico equivocado ni ordenó o practicó un tratamiento inadecuado; además, en la fecha de la consulta de pediatría, no existían signos ni síntomas para solicitar estudios paraclínicos complementarios para perfil de sepsis con carácter de urgente.

3. Llamamiento en garantía

El galeno Fernando Augusto Mondragón Herrera llamó en garantía a La Equidad Seguros Generales con fundamento en la póliza de responsabilidad civil médica n.º AA000008, quien notificada de la demanda y el llamamiento, se opuso a las pretensiones⁸ y presentó como excepciones de fondo las que denominó “régimen de responsabilidad aplicable: falla probada”, “diligencia y cuidado – cumplimiento de la *lex artis ad hoc*”, “ausencia de responsabilidad civil del doctor Fernando

⁷ Folios digitales 555 y ss. Del archivo 01Cuaderno1Digitalizado.

⁸ Archivo 01CuadernoLlamamientoGarantía.

Augusto Mondragón Herrera”, “ausencia de tasación de los eventuales perjuicios”, las que fundamentó en que la parte actora debe demostrar una falla en el servicio en la atención del paciente; que el médico Mondragón Herrera cumplió con los protocolos médicos para el tratamiento de los usuarios; que la causa del padecimiento no es responsabilidad del referido médico, por lo que no hay nexo causal; y que los perjuicios no fueron tasados por los demandantes en debida forma.

Como excepciones al llamamiento formuló las que denominó “sujeción al contrato de seguro celebrado”, “límite de valor asegurado”, “disponibilidad de valor asegurado” y la “genérica”.

4. La sentencia de primera instancia

El juez *a quo* negó todas las pretensiones y condenó en costas a la parte actora.

Para decidir en la forma en que lo hizo, señaló que, conforme a la historia clínica, “Juan Felipe presentaba como único signo destacable tener un tinte icterico, (...) razón por la cual no era aconsejable o necesaria la realización de algún examen y el tratamiento indicado era la ‘solterapia’. Vale precisar que en la atención del 5 de diciembre, sí se alude llanto frecuente y deposiciones líquidas sin moco ni sangre, situaciones que en manera alguna indicaban la necesidad de acudir a remisiones o derivaciones a exámenes, sino que requerían observación y atención a signos de alarma”. Agregó que, teniendo en cuenta las declaraciones de las especialistas María Isabel Lozano Jaramillo y Lizeth Mileidi Ortegón Parra de la Fundación Cardio Infantil, “los síntomas que presentaba el menor, como antecedentes, eran muy inespecíficos y podían tener un amplio espectro de orígenes. Puntualmente, respecto a la ictericia, que fue el síntoma común desde la atención del 3 de diciembre de 2012, refieren ambas especialistas que tiene múltiples causas y que, cuando se asocia con otros síntomas, puede requerirse exámenes, pero que en el caso puntual, conforme a las constancias de la historia clínica, no se observan situaciones anormales que así lo aconsejaran”.

Lo expuesto, explicó el fallador, no se contrapone a lo advertido en el dictamen pericial aportado por la parte activa, según el cual la ictericia, por sí sola, no implica la necesidad de realizar exámenes complementarios; además, precisó que “las guías NICE que manifiesta la perito como las aplicables, en primer término, no se trajeron al

expediente y, en segundo lugar, no se demostró que las mismas fueran exigibles a los galenos y que ello fuera indispensable”.

Dicho de otra forma, no hay certeza sobre que el actuar aceptado y aconsejado por la *lex artis* para determinar el diagnóstico de sepsis asociada a un proceso infeccioso sea el de realizar exámenes para determinar el volumen de bilirrubina; sin que se pueda perder de vista que la imputación de responsabilidad debe tener bases sólidas, pues “no es solamente esa duda la que puede sustentar una sentencia de condena”.

Frente a la pericia en comento, expuso que “se limita a indicar que las guías NICE de 2010 regulaban el tema, pero no se da certeza de que esas eran las vigentes, aplicables, utilizadas y aceptadas en el sector médico colombiano para la época de los acontecimientos”, más aún cuando las Guías del Ministerio de Salud se expedieron a partir del año 2013 y ninguna de las testigos técnicas hicieron referencia a ellas como las aceptadas en el medio de la salud.

En esa medida, argumentó que no se demostró que, para la época de la atención, fuese exigible el actuar de tomar exámenes de bilirrubina ante la presencia de tinte icterico; es más, de existir tal deber, estimó que “no se tiene certeza que ese puntual examen, ilustrare la situación de salud de Juan Felipe”, pues ante la multiplicidad de factores que originan la ictericia, se requería de otros síntomas muy evidentes que permitieran asociarla con la sepsis que condujo a su muerte, “[y] es que la historia clínica relata con claridad que, además de la ictericia, mostraba algo de irritabilidad y avidez por comer, pero en realidad no había signos que indicaran con certeza la existencia o el desarrollo de una infección o que aconsejaran indefectiblemente la realización de pruebas diagnósticas [y] que, puntualmente, la de bilirrubinas demostrará la existencia de tal problema de salud” y, teniendo en cuenta la respuesta número 14 del cuestionario efectuado a la perito y lo referido por la testigo técnica Lizeth Mileidi Ortegón Parra, “el padecimiento de salud del menor era claramente difícil de determinar y, por tanto, al tratarse de una situación aleatoria, mal se haría en señalar a los demandados como responsables del daño padecido”.

En consecuencia, concluyó que “el desafortunado resultado del fallecimiento del menor Juan Felipe no puede endilgarse a un actuar culposo de los demandados, por tanto, se rompe uno de los elementos esenciales de la responsabilidad civil por falla médica”.

5. El recurso de apelación

Inconformes con dicha determinación, los demandantes la impugnaron con fundamento en los siguientes reparos que por igual sustentaron en la oportunidad que regula el artículo 14 del Decreto 806 de 2020:

(i) Indebida valoración de las pruebas aportadas al expediente o defecto fáctico, toda vez que se omitió tener en cuenta las versiones de los testigos, del demandado Benito Cifuentes y se dejó de valorar el dictamen pericial elaborado por la perito nefróloga pediátrica.

a) La testigo María Isabel Lozano refirió que, con base en los protocolos de la *lex artis*, cuando el recién nacido presenta determinados “signos”, como el tinte icterico, es recomendable la práctica de exámenes, a fin de estudiar la ictericia, para descartar o confirmar la incompatibilidad de grupo sanguíneo o cualquier otra irregularidad; se deben realizar estudios de bilirrubina, pues la ictericia tiene muchas causas y hay que descartarlas; no obstante ello, reprocha, los médicos demandados no ordenaron ningún examen para confirmar o descartar.

b) La doctora Lizeth Mileidi Ortigón Parra ilustró sobre los exámenes que se deben practicar en estos casos como “bilirrubinas, PCR, cuadro hemático, estudio de los niveles séricos, etc.”; también aludió que existen guías para el manejo de la ictericia.

c) El demandado Benito Cifuentes confesó la existencia de tales protocolos y que tenía conocimiento de ellas, así como que son de obligatorio cumplimiento en la práctica médica.

d) La perito Ana Katherina Serrano Gayubo testimonió en el mismo sentido, y en la respuesta a la pregunta 4 del cuestionario, informó sobre los exámenes paraclínicos que deben realizarse según las guías NICE del año 2010, vigentes para el momento de los hechos.

Por tanto, alegan que sus adversarios tenían conocimiento de estos documentos y eran conscientes de su aplicación y obligatoriedad en la praxis médica; relievieron que no es necesario que las guías se incorporen en la normatividad interna para que los médicos las deban poner en práctica de manera imperativa, pues así lo exige la *lex artis ad hoc*, razón por la cual no era esencial, pertinente ni útil aportarlas al expediente ni demostrar su existencia o exigibilidad para la fecha de los hechos.

En adición a ello, alegaron que el juez de primera instancia erró al apreciar la ictericia como un síntoma común desde la atención del 3 de diciembre de 2012, contrario a lo dicho por las especialistas expositoras que mencionaron que esta se asocia con otros síntomas y que tiene múltiples causas, por lo que responde a un signo clínico que con otros síntomas (irritabilidad, diarrea y falta de apetito) indican la presencia de una patología de base y ello implica que se requiere descartar su causa, situación que no se dio para el menor fallecido; tal apreciación, también de la perito, fue de forma errónea desechada por la falta de las guías NICE, sin tener en cuenta que dentro del contexto general de la *lex artis* no solo se encuentran aquellas, sino también la doctrina médica y los “baremos” de nuestro país que corresponden a la valoración que se hace con base en el comportamiento de otros médicos en las mismas situaciones.

Agregaron que desacertó el juez *a quo* al dispensar a los demandados del deber de elaborar un diagnóstico certero de la patología, amén de descartar el peritaje de una docente universitaria, especialista y subespecialista, que indicaba que Juan Felipe era un recién nacido sano, que a los siete días consultó por ictericia que no fue estudiada para evaluar su gravedad, en tanto que a los nueve días de vida consultó por ictericia e irritabilidad, pérdida anormal de peso, pero no fue estudiado por pediatría y, por último, a los diez días asiste de nuevo, ya que se encontraba en pésimas condiciones con diagnóstico de choque séptico de origen urinario que progresó a disfunción multiorgánica hasta su muerte, todo ello sin que se hicieran exámenes paraclínicos hasta su ingreso a la Fundación Cardioinfantil, sin tener en cuenta que, según lo refirió la experta, la ictericia fue uno de los signos iniciales de sepsis neonatal y la dificultad respiratoria y la mala perfusión eran hallazgos del choque séptico; bajo lo anterior, la perito concluyó que no existió un manejo oportuno del tinte ictérico antes de que se desarrollara una sepsis.

Por último, a su criterio, resulta ininteligible la consideración respecto de que para la época de los hechos las guías NICE 2010 no se encontraban vigentes en la legislación colombiana y que tampoco se aportaron, pues quedó establecido por la perito que aquellas no requerían estar incorporadas al ordenamiento jurídico interno para que se pongan en práctica por la comunidad médica, además de haber citado la referencia bibliográfica, que conlleva que sus opiniones no fueran simples consideraciones de ella, sino que se encuentran fundamentadas en las normas y en la *lex artis ad hoc* vigente para el momento de los hechos.

(ii) Precisaron que se trató de una mala praxis que se configura cuando, al existir una exigencia con fines de prevención de un daño, no se le da cumplimiento y se genera un perjuicio al paciente como ocurrió en el caso concreto, cuando el demandado Fernando Augusto Mondragón Herrera no solicitó los exámenes establecidos en las guías que ayudasen a aclarar la condición del neonato, pues describió en la historia una “anormalidad” sin señalar en qué consistía la misma y diagnosticó “ictericia neonatal por inhibidor de la leche materna” sin analizar los factores de riesgo, además de que el neonato fue atendido por un médico general y no por un especialista en pediatría, todo lo cual desencadenó en su muerte el 9 de diciembre de 2012; en esa medida, exponen que la falta de cuidado, diligencia, prudencia e idoneidad se puede inferir de la historia clínica de la madre y del menor, con lo que quedó probado y no valorado por el juez *a quo* la omisión a la *lex artis* y al cumplimiento de la normatividad que rige la historia clínica. En consecuencia, el apartarse de los lineamientos de la praxis médica configura el elemento de culpa al haberse incurrido en falta de oportunidad en el diagnóstico y solicitud de pruebas de diagnóstico que truncaron la posibilidad de cambiar el curso de la evolución de la enfermedad y evitar las consecuencias fatales.

Plantearon su inconformidad con el argumento del juzgador relativo a la asunción del riesgo al aceptar la intervención del galeno, el que tildaron de desacertado, pues fue la ausencia de órdenes médicas lo que condujo a la infección no diagnosticada que padeció el neonato, situación que ocurrió, en su criterio, porque el profesional al frente de la atención no era especialista y se trataba de una urgencia pediátrica, o por lo menos, no interconsultó con tal especialidad, conforme el Decreto 1011 de 2006 y el DUR 780 de 2016; por tanto, no se agotaron los recursos científicos ni técnicos que la institución de alto nivel de complejidad tenía a su alcance y se conllevó a un riesgo injustificado al paciente.

CONSIDERACIONES

La Sala encuentra que la actuación se ha desarrollado normalmente, no hay causal de nulidad que se tenga que declarar, se hallan reunidos los presupuestos procesales y el Tribunal es competente para decidir el recurso de apelación en los términos y con las limitaciones que establece el artículo 328 del CGP y la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia⁹.

⁹ “... el apelante debe formular los cargos concretos, y cuestionar las razones de la decisión o de los segmentos específicos que deben enmendarse, porque aquello que no sea objeto del recurso, no puede

El problema jurídico que debe resolver la Sala se circunscribe a determinar si los recurrentes a través de la formulación de sus reparos concretos lograron desvirtuar los argumentos con los que el juez *a quo* les negó sus pretensiones, vale decir, si lograron acreditar que los demandados son responsables por un error de diagnóstico.

A juicio de la Sala, la respuesta es negativa, por los argumentos que se exponen a continuación:

Con el propósito de facilitar el análisis del presente caso, el Tribunal advierte que son dos los fundamentos de la censura, cuyo estudio se abordará en el siguiente orden: i) la debida valoración del acervo probatorio y ii) la falta de observancia de la *lex artis* para configurar el error culposo de los galenos.

I. La valoración probatoria para determinar los elementos de la responsabilidad médica

Los demandantes reprocharon que el juez *a quo* no valorara en debida forma los testimonios técnicos recaudados, así como el dictamen pericial allegado.

Pues bien, corresponde verificar si concurren todos los elementos para que se configure la responsabilidad médica, tal como lo reclaman los recurrentes, esto es, el acto o “hecho dañoso”, la imputabilidad a título de culpa, y la relación de causalidad (CSJ, sent. del 12 de julio de 1994, Exp. n.º 3656).

En el presente asunto, respecto al “hecho dañoso” no existe discusión alguna, pues se puede colegir que se configuró con la afectación a la salud y posterior muerte del neonato, con ocasión del contagio de la bacteria *escherichia coli* en su aparato urinario; pero lo que no está probado es la culpa o el error de conducta de los médicos adscritos a las instituciones demandadas, porque no existe prueba que, dados los síntomas que presentaba el menor las veces que fue atendido, fuera necesaria la prescripción de exámenes para descartar la presencia del proceso infeccioso.

Y como “para imputar responsabilidad a los agentes singulares de la organización, el juez habrá de tomar en cuenta sólo aquellas acciones, omisiones o procesos individuales que

ser materia de decisión, salvo las autorizaciones legales necesarias y forzosas (art. 357 del C. de P. C., y 328 del C. G. del P).” (CSJ, sentencia del 1º de agosto de 2014, expediente SC10223-2014, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona).

según su marco valorativo incidieron de manera preponderante en el daño sufrido por el usuario y cargarlos a la cuenta de aquellos sujetos que tuvieron control o dominio en la producción del mismo” (CSJ. SC. 13925/2016 de 30 septiembre; se resalta), la Sala no encuentra probada ninguna acción u omisión relevante en el actuar de los facultativos demandados y, por ello, no puede predicar responsabilidad alguna.

Para convenir en lo anterior, basta con examinar las pruebas que fueron practicadas en este asunto, que no son denotativas de la responsabilidad que pregonan los demandantes.

Constituye un hecho pacífico –porque así consta en la historia clínica¹⁰ y en el dictamen pericial allegado por los actores- que el menor Juan Felipe Cano Supelano nació producto de una gestación a término, no riesgosa, sin complicaciones y sin antecedentes de malformación anatómica prenatal. El parto fue vaginal y se produjo el 26 de noviembre de 2012, con 10 horas de ruptura previa de membranas. El bebé tuvo adaptación neonatal espontánea y un peso adecuado para la edad gestacional (2680 gr). Por esa razón fue dado de alta ese mismo día junto a su madre.

El día 3 de diciembre de 2012, a los 7 días de nacido, en el primer control posparto en la Central de Especialistas Complejo de la Calle 100 de la Corporación IPS Saludcoop, los padres le manifestaron al médico Carlos Humberto Benito Cifuentes, aquí demandado, que el niño estaba “levemente amarillento desde ayer”, pese a que “le están realizando solterapia”. También se lee en la historia clínica que el menor se alimentaba con lactancia materna exclusivamente, así como que orinaba y defecaba con normalidad.

Al examen físico el galeno encontró que los signos vitales eran normales, pues descubrió una frecuencia cardíaca de 88 latidos por minuto y una frecuencia respiratoria de 22 respiraciones por minuto; el neonato no presentaba fiebre, dado que la temperatura reportada fue de 36.5°; en cuanto al peso, registró 2580gr y una talla de 51cm; y el diagnóstico que se consignó es el de “ictericia neonatal por inhibidor de la leche materna”.

El 5 de diciembre de 2012, dos días después del primer control posparto, los padres acuden al servicio de urgencias de la misma institución con el menor por presentar “dos días de llanto frecuente y

¹⁰ Archivo 01Cuaderno1Digitalizado

deseos de comer cada hora”, con “4 deposiciones en las últimas 24 horas, que son líquidas sin moco ni sangre”, así como “irritación en la piel”. Refirieron que el menor no había presentado vómito, ni fiebre.

En el examen físico el médico Fernando Augusto Mondragón Herrera encontró signos vitales normales (frecuencia cardíaca de 130 latidos por minuto y frecuencia respiratoria de 50 respiraciones por minuto), sin fiebre y con peso de “2kg”; se observa normalidad en cabeza y cráneo, ojos, oído, boca, nariz, cuello, tórax (ventilación adecuada, sin sobreagregados), sistema cardiovascular, abdomen (blando, depresible, no doloroso, no masas, muñón umbilical normal), sistema neurológico (sin déficit) y piel y faneras (anormal, tinte icterico), hidratado y de “buen aspecto general”.

También se relata que el neonato presenta apertura ocular espontánea, movimientos espontáneos normales, balbuceos y que está alerta.

El galeno prescribe control de salud de rutina del niño sano y da recomendaciones de puericultura.

El 6 de diciembre de 2012, al día siguiente, el niño es llevado esta vez a la Fundación Cardioinfantil por verlo pálido y poco reactivo a los estímulos. Los padres refirieron que desde la noche del día anterior el niño disminuyó su irritabilidad, aunque hubo “solo dos tomas en la noche de lactancia materna”, “presenta mejoría el día de hoy [6 de diciembre] en horas de la mañana, sin embargo, en la tarde, a las 15:00 horas después de toma, somnolencia, [lo] despiertan a las 22:00 horas encontrándolo pálido, febril, poco reactivo al estímulo, por lo cual consultan”.

En el examen físico el neonato es encontrado en mal aspecto general, taquicárdico (frecuencia cardíaca de 187 latidos por minuto), febril (38.7°C), con palidez extrema, deshidratación grado 3, somnoliento y en estado de shock, también se refiere “escleras ictericas”, “mucosa oral seca”, pared torácica “anormal” (tórax simétrico con retracciones subcostales taquipnea: [respiración rápida]), con un “tinte icterico generalizado, mal perfundido y moteado”, por lo que es diagnosticado con “choque no especificado” y es trasladado inmediatamente a sala de reanimación donde realizan el manejo médico correspondiente; sin embargo, por sus condiciones críticas, el paciente es trasladado a la unidad de cuidados intensivos neonatales como

urgencia vital y se conceptúa “alto riesgo de falla multiorgánica y muerte”.

En UCI presenta episodio de bradicardia y respiración jadeante, por lo que, al considerar que se trata de un choque, posiblemente séptico, inician ventilación mecánica, soporte inotrópico, sedación, relajación, líquidos glucosados, antibióticos de primera línea, fototerapia, y solicitan exámenes paraclínicos, policultivos y radiografías de tórax y abdomen.

El 7 de diciembre de 2012, el menor es evaluado por infectología pediátrica. Allí, el reporte preliminar del urocultivo es positivo para bacilos gram negativos. Se conceptúa sepsis de origen urinario con crecimiento de la bacteria *Escherichia coli*.

Durante los 4 días que permaneció internado, el neonato no presentó mejoría, a pesar de la intervención médica y farmacológica a la que fue sometido. Ante la evolución rápida de la enfermedad y la falta de respuesta a los estímulos médico-farmacológicos, se prescriben exámenes paraclínicos para estudiar posible inmunodeficiencia congénita. Se realiza medición de complemento CH50, el cual reporta niveles “por debajo del límite de detección de la prueba”.

El 9 de diciembre de 2012, el menor presenta un segundo paro cardiorrespiratorio, que, a pesar de ser intervenido, no logra ser revertido a pesar del soporte brindado, por lo que fallece a las 13:30.

Pues bien, los recurrentes soportaron sus pretensiones en la omisión de un diagnóstico certero de la patología que provocó la posterior sepsis y falla multiorgánica de Juan Felipe, pues aducen que los días 3 y 5 de diciembre de 2012, cuando fue atendido por los galenos demandados, no se le realizaron exámenes paraclínicos para descartar la presencia de una enfermedad asociada a la ictericia que presentaba.

Sin embargo, revisadas las pruebas no se constata, con la contundencia que exige la imputación a título de culpa en estos casos, que aquellos hubieren desatendido deberes de conducta que les resultara exigibles o que existiere un desconocimiento de sus obligaciones de conformidad con la *lex artis*.

a) A ese respecto, obsérvese que, según lo puso de presente la declarante María Isabel Lozano Jaramillo¹¹, médico pediatra de la

¹¹ Min 6 y ss. del archivo “06PracticasPruebas201907”.

Fundación Cardioinfantil, la ictericia, por sí sola, no es considerada un signo de alarma, porque en un neonato constituye un hallazgo no muy específico, dado que puede obedecer a múltiples factores, razón por la cual, al ingreso del niño a esa institución, lo más llamativo no fue el tinte icterico, sino la alteración de su estado de consciencia, sus variables y signos vitales anormales y su estado de perfusión.

Por igual, refirió que en neonatos los síntomas o signos asociados a un proceso infeccioso “son muy inespecíficos” y pueden consistir en alteración del estado de consciencia, falta de apetito, fiebre, vómito, diarrea, entre otros.

Recalcó que el tinte icterico es una condición que se puede presentar de manera benigna y no necesariamente significa que algo malo esté ocurriendo, pues puede obedecer a un proceso fisiológico normal y, en el contexto del niño, “no era lo más llamativo en ese momento”.

Precisó que una ictericia en un infante de pocos días de nacido puede tener muchas causas “y no me parece que haya sido tan importante en el caso, fue más grave la presentación clínica de sus síntomas, el estado en el que llega, porque muchos niños llegan con ictericia y no necesariamente están asociadas a procesos infecciosos, puede ser deshidratación, la incompatibilidad del tipo sanguíneo que muchas veces no requiere ni manejo, la lactancia; pero la ictericia no necesariamente puede tomarse como un signo aislado de solo infección o sepsis”.

Agregó que la “ictericia por inhibidor de la leche materna” es una de las llamadas “ictericias fisiológicas” y que, “dependiendo del paciente, la edad que lleve en el momento de la consulta, el examen físico, el grado de tinte icterico, los antecedentes, uno decide si puede esperar o si puede tomar el examen de bilirrubinas en ese momento”.

Mencionó que cuando el niño llegó a la FCI y se auscultaron los síntomas que presentaba, se realizaron los exámenes pertinentes para procurar el restablecimiento de su salud, pese a lo cual no evolucionó satisfactoriamente.

También, resaltó que, pese a ser tratado con antibióticos “de amplio espectro”, el cuadro clínico severo del paciente conllevó la realización de exámenes adicionales para descartar un tipo de inmunodeficiencia asociada, pues, en el caso concreto, “un paciente que

no tiene factores perinatales importantes, un embarazo que fue controlado, uno no esperaría que se presente una infección tan severa como la que se le presentó al niño, entonces, uno siempre tiende a descartar que no tenga una inmunodeficiencia congénita, adquirida o secundaria”, por lo que se realizaron estudios para descartar “un déficit como tal de las defensas del niño”, sin que la incompatibilidad del grupo sanguíneo entre madre e hijo fuera un factor determinante en esos casos.

b) Por su parte, la deponente Lizeth Mileidi Ortégón Parra¹², quien atendió a Juan Felipe en la UCI neonatal de la Fundación Cardioinfantil, mencionó que, en tratándose de menores de un mes de vida, los signos son muy inespecíficos, “uno no puede decir, por ejemplo, que porque está un poquito icterico está infectado, porque puede tratarse de ictericia sin infección, puede ser también que está un poco deshidratado o esa ictericia también puede tener relación con un hipotiroidismo o con otras causas diferentes a la sepsis”.

Esa es la razón por la que, “si uno está en presencia de un niño con factores de riesgo y acompañado de otros síntomas como, por ejemplo, fiebre, vomito, deposiciones con sangre, convulsiones o lesiones en la piel, uno inicia tratamiento antibiótico y, generalmente, cuando son signos conjuntos o varios factores de riesgo, uno decide hospitalizarlo si considera que tiene alguna infección”.

En el caso concreto, al neonato “se le hicieron hemocultivos en sangre y orina y se aisló un germen que es una bacteria gram negativa llamada *e. coli*, que es la segunda bacteria más frecuente de infección neonatal y preanal y se le dio tratamiento”.

Hizo énfasis en que, “si no hay factores de riesgo perinatales, maternos, y no hay síntomas tempranos que se manifiesten en el bebé, no es adecuado iniciar un tratamiento científico sin un hallazgo clínico por factor de riesgo que me haga pensar que ese niño tiene una infección”.

Manifestó, igualmente, que la “sepsis tardía”, que fue detectada en Juan Felipe, suele presentarse comúnmente “en niños que presentan problemas respiratorios, malformación, cardiopatía, suelen ser niños que se ingresan por haber adquirido un germen en la unidad, aunque puede pasar que el niño no se infecte en la zona hospitalaria sino por un germen adquirido en la comunidad”.

¹² Minuto 43 y ss. del archivo “06PracticasPruebas201907”.

Refirió que en neonatos, que de por sí presentan un grado de inmunodeficiencia, hay patologías que pueden evolucionar de forma muy rápida. Así, ejemplificó: “yo puedo ver a un niño hoy y lo puedo ver evolucionar, lo puedo ver estable, signos vitales normales, sin fiebre y no encontrarle nada en ese momento, y puede llegar un compañero en la noche, y ver un deterioro enorme”, por lo que el seguimiento y el acato a las recomendaciones de puericultura son importantes.

Refirió que “la ictericia neonatal en los primeros 15 días de vida se puede considerar normal”, por manera que si no viene acompañada de “ningún otro signo o síntoma de gravedad”, puede clasificarse como una ictericia natural o fisiológica sin connotaciones.

Por último, mencionó que al niño se le tomó un estudio que se llama un CH50, una muestra de sangre que se tomó el día que falleció y que el resultado “fue bajo”. Explicó que el CH50 “es una sustancia en la sangre que nos defiende, como la primera línea de defensa contra las bacterias”, y en el caso de Juan Felipe, “estaba bajo”.

c) La perito Ana Katherina Serrano Gayubo de igual modo señaló, en su trabajo pericial, que “[e]s normal que un bebé tenga un nivel de bilirrubina un poco alto después del nacimiento. Esto se llama ictericia fisiológica. Usualmente es más notoria cuando el bebé tiene de 2 a 4 días. La mayoría de las veces, no causa problemas y desaparece al cabo de 2 semanas”.

Así mismo, explicó que durante la lactancia “se pueden presentar dos tipos de ictericia en los recién nacidos de tipos generalmente son inofensivos”.

A partir del análisis de los anteriores medios de convicción, no evidencia el despacho que los galenos demandados hubieren desatendido específicos deberes de conducta que les resultaran exigibles, puesto que, si bien es cierto los días 3 y 5 de diciembre de 2012 diagnosticaron al menor con ictericia, dicha circunstancia, por sí sola y sin presencia de otros “signos o síntomas de alarma”, y en ausencia de factores de riesgo antecedentes, no denotaba la presencia de un cuadro infeccioso que implicara la realización de exámenes adicionales.

Nótese cómo, según lo explicaron los testigos, la ictericia en neonatos, que puede persistir hasta la segunda semana de vida, suele estar asociada, en la mayoría de los casos, a un proceso fisiológico normal que no implica gravedad, sin que la presencia de vestigios

adicionales, en las dos primeras consultas, hiciera indispensable la formulación de exámenes complementarios.

Recuérdese que en la primera de las citas (la del 3 de diciembre) tan solo se le informó al médico que el niño estaba “levemente amarillento desde ayer”, pero no se observaron, ni tampoco lo mencionaron los padres, signos o síntomas adicionales, como pérdida de apetito o alteraciones en orina y heces. Menos aún, se detectaron inconsistencias en el examen físico practicado, en tanto en dicha oportunidad, según consta en la historia clínica, los signos vitales se hallaron bien y el neonato no presentaba fiebre, ni alteraciones en su estado de consciencia, peso y talla.

En la segunda de las citas (evacuada el 5 de diciembre) los padres acudieron al servicio de urgencias dado que su hijo presentaba “dos días de llanto frecuente y deseos de comer cada hora”, con “4 deposiciones en las últimas 24 horas, que son líquidas sin moco ni sangre”, e “irritación en la piel”.

Sin embargo, los deseos de comer con regularidad y las deposiciones referidas, no constituyen signos de alarma, si se tiene en cuenta que, según lo mencionó la perito Ana Katherina Serrano Gayubo en su dictamen pericial, “es normal que un recién nacido se alimente frecuentemente (incluso cada hora) y que sus deposiciones sean líquidas y repetidas a lo largo del día (hasta 8 veces al día)”, en tanto que la permanencia del tinte icterico o irritación en la piel, como lo relataron las testigos y la profesional antes mencionadas, puede prolongarse hasta la segunda semana de vida del neonato¹³ y suele estar asociada a procesos fisiológicos que no revisten gravedad.

Y, si bien los padres también refirieron la existencia de “llanto frecuente”, no solo no mencionaron que el niño padeciera somnolencia, mala alimentación¹⁴ o algún síntoma adicional, sino que en la auscultación o examen físico que se le practicó al menor, no se encontraron rasgos asociados a procesos patológicos. Recuérdese que los signos vitales eran normales, el bebé no presentaba cuadro febril ni hipotermia, y las partes de su cuerpo, más allá del tinte icterico, eran de “buen aspecto general”. Por lo demás, el neonato presentó apertura ocular espontánea, movimientos voluntarios normales, balbuceos y se encontraba en estado de alerta.

¹³ Para el 5 de diciembre de 2012, el menor tenía 9 días de nacido.

¹⁴ Que según la profesional Ana Katherina Serrano Gayubo son signos de ictericia severa.

Más aún, según se puede apreciar en la historia clínica, los padres señalaron que en la noche del 5 de diciembre de 2012, el niño disminuyó su irritabilidad, e, incluso, para el día siguiente, “presentó mejoría en horas de la mañana”, hasta cuando notan que, a las 22:00, tras despertarlo, está pálido, febril y poco reactivo al estímulo, por lo que deciden llevarlo a urgencias en la FCI.

Como puede verse, en las consultas iniciales no se describieron signos o síntomas que sugirieran proceso infeccioso o séptico, más allá de la ictericia, que presenta la mayoría de recién nacidos en sus primeros días de vida y se cataloga como fisiológica y que, vista en forma apenas insular, no implicaba la realización de estudios o exámenes suplementarios.

Otro escenario clínico se presentó al momento de la consulta en urgencias de la FCI, donde, al día siguiente (6 de diciembre), por su compromiso clínico, (mal aspecto general, taquicárdico, febril, pálido, deshidratado, somnoliento, en estado de shock, icterico, con respiración rápida, mal perfundido y moteado), se hacía imprescindible buscar un foco de infección como causa de su deterioro clínico. De ahí la realización de exámenes complementarios para hallar la causa de su desmejora (hemocultivos y urocultivo¹⁵) y la prescripción de antibióticos de “amplio espectro”.

No obstante, “a pesar de intervención médica y farmacológica muy importante”¹⁶, el menor fallece tras su estadía en la UCI de la FCI.

Ahora bien, aunque en la consulta del 5 de diciembre de 2012, se reportó un peso de 2kg, lo que llamó la atención de la perito Ana Katherina Serrano Gayubo, pues dicha circunstancia, sumada a la irritabilidad y la ictericia reportada en dos ocasiones, “debió alertar al médico general que podría tratarse de una situación anormal y al menos, haber interconsultado a pediatría para que ampliara los estudios”, la Sala no puede pasar por alto que, al contestar la demanda, el galeno Fernando Augusto Mondragón Herrera advirtió que “cometió un error al digitar el peso del bebé en la historia clínica, [pues] escribió que pesaba 2.000 gramos cuando eso no correspondía a la verdad”.

Dicha manifestación, lejos de encontrarse desprovista de prueba, armoniza con los siguientes elementos de convicción, que corroboran la

¹⁵ Con este se advirtió la presencia de la infección urinaria en el paciente.

¹⁶ Como lo relievó la perito Ana Katherina Serrano Gayubo en su dictamen pericial.

equivocación en la que incurrió y que, por igual, le restan solidez a la conclusión expuesta en el dictamen:

a) En la historia clínica que remitió la FCI se reporta que, para el 5 de diciembre de 2012, cuando se produjo la segunda consulta, el menor había tenido una “pérdida de peso de 10 gramos”¹⁷, por lo que en realidad su peso, para ese momento, era de 2.670kg y no de 2.000

b) De acuerdo con la historia clínica, el día que el menor ingresó a la FCI, pesaba 2680kg. Así las cosas, si se asumiera que para el 5 de diciembre de 2012, su peso era de 2kg, no luce acertado sostener que, en tan solo un día, vale decir, del 5 al 6 de diciembre, aumentó un total de 680gr.

Y ello es así porque, como lo explicó la especialista Ana Katherina Serrano Gayubo en la audiencia de 28 de febrero de 2022, “es poco frecuente que un niño gane peso en sus primeros días”, pues “lo normal es que, o disminuyan, o que alcancen el peso que registraron al nacer”, y si se presenta incremento, “lo normal es un aumento de 10 a 20 gramos por día”, lo que descarta que del 5 al 6 de diciembre del año 2012 Juan Felipe hubiera aumentado su peso en un total de 680gr. en definitiva el peso del menor para el 5 de diciembre era de 2.670kg.

La corroboración del lapsus en que incurrió el galeno Mondragón Herrera guarda una decisiva influencia en la decisión que se adopta, pues, como lo mencionó la profesional Ana Katherina Serrano Gayubo en la vista pública evacuada el 28 de febrero de 2022, dicha circunstancia “cambia un poco el panorama porque la pérdida de peso exagerado es un signo que alerta mucho más” significativo, en tanto que la irritabilidad intermitente y la ictericia por sí solos, vale decir, sin la presencia de signos adicionales como los que se le diagnosticaron al menor en la consulta por urgencias del 6 de diciembre de 2012, no hacía mandatorio la realización de exámenes adicionales de “descarte”, como lo sugiere el extremo recurrente.

De otro lado, no puede perderse de vista que, según también lo develaron las pruebas practicadas, en el caso de Juan Felipe, dado el avance apresurado y agresivo de la enfermedad, y no obstante el tratamiento antibiótico de amplio espectro aplicado y los múltiples soportes a los sistemas comprometidos, hubo sospecha de una falla en su sistema inmunológico y, por esa razón, fue que se le practicó el examen de medición de niveles de complemento CH50, el cual se

¹⁷ Página 66 del archivo “02CuadernoTomol”.

encontró por debajo del límite de detección de la prueba, lo cual, según lo advirtieron los testigos María Isabel Lozano Jaramillo, Lizeth Mileidi Ortigón Parra y la perito Ana Katherina Serrano Gayubo, sugería un compromiso del sistema inmune, insinuando la presencia de una inmunodeficiencia primaria, lo que podría explicar el curso altamente progresivo de la enfermedad.

En palabras de esta última, “en la FCI, previo al fallecimiento, se le hicieron unos exámenes al niño, específicamente, niveles de complemento CH50, y el examen arrojó como resultado que los niveles eran menores de lo que la máquina es capaz de censar”, lo que “podría hacer pensar que tuviera un déficit de algún factor de defensas fuerte”; “ese examen se practicó porque los especialistas consideraron que la evolución del paciente no fue buena” y la progresión de la enfermedad “fue muy rápida”, entonces, “se sospechó que el funcionamiento de sus células de defensa no fue adecuado para que se manifestara la enfermedad tan agresivamente”; “es un indicio de alguna falla en su sistema inmunológico de origen congénito”, considerada la edad del paciente (10 días de vida desde que ingresó al servicio de urgencias de la FCI).

En ese orden de exposición, concluye la Sala, como lo vaticinó al comienzo, que no se encuentran acreditados la totalidad de los elementos de la responsabilidad civil médica, como lo son, en particular, la imputación a título de culpa del “hecho dañoso” y la relación de causalidad, como lo impone el artículo 167 del CGP, sin que pueda obviarse que en reciente ocasión la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de reiterar que:

“(…) causada una lesión o menoscabo en la salud, con ese propósito, **el afectado debe demostrar como elementos axiológicos de la responsabilidad médica, la conducta antijurídica, el daño y la relación de causalidad entre éste y aquélla.** (...) Para determinar la responsabilidad correspondiente, el baremo o límite lo constituye el criterio de normalidad emanado de la *Lex Artis*. **El galeno, dada su competencia profesional, se presume que, en su quehacer, actúa en todo momento y lugar con la debida diligencia y cuidado.** En el proceso, por esto, debe quedar acreditado el hecho contrario, esto es, el desbordamiento de esa idoneidad ordinaria calificada. Bien, por infracción de las pautas de la ley, ya de la ciencia, ora del respectivo reglamento médico o de las reglas de la

experiencia o del sentido común.” (Sent. 18, dic. 2020, exp. n.º 2016-00204-01, SC5186-2020, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona; negrillas y subrayas fuera de texto).

Por lo anterior, no le asiste razón a los recurrentes cuando mencionan que el juzgador de primer grado desacertó al valorar el acervo probatorio, pues examinados nuevamente los medios de prueba a que alude la censura (declaraciones de las testigos y dictamen pericial), no encuentra el Tribunal el desacierto endilgado a dicho funcionario.

2. Falta de observancia de la *lex artis* para configurar el error culposo de los galenos

En este apartado de la apelación, los recurrentes cuestionan la afirmación del juez *a quo* según la cual para la época de los hechos las guías NICE 2010 no se encontraban vigentes en el orden interno, pues, a su juicio, la perito fue enfática en afirmar que tales parámetros no requerían incorporarse al ordenamiento jurídico colombiano para su puesta en práctica. En ese sentido, reprochan que los médicos demandados no solicitaran el examen establecido en tales guías (bilirrubinas) que ayudase a aclarar la condición del neonato.

En punto a que no se trajeron a este proceso las mencionadas guías, señalaron que, la profesional citó la correspondiente referencia bibliográfica, que conlleva que sus opiniones no fueran simples consideraciones suyas, sino que se encuentran fundamentadas en las normas y en la *lex artis ad hoc* vigente para el momento de los hechos.

Pues bien, sea lo primero señalar que, en verdad, revisado el expediente, no se encuentra que la parte demandante hubiere aportado copia de las guías NICE, razón por la cual no se puede colegir que se dejaron de valorar, pues ni si quiera se allegaron al proceso.

Y es que, según lo prescribe el artículo 226 del CGP, “el dictamen suscrito por el perito deberá contener, **como mínimo**, las siguientes declaraciones e informaciones: (...) 10. Relacionar y adjuntar los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen”, requisito que como se vio, no se cumplió.

Memórese que “la actitud pasiva u omisiva del litigante que tiene la carga de demostrar determinada circunstancia fáctica, es la generadora del fracaso, bien de las pretensiones ora de sus defensas, por haber menospreciado su compromiso en el interior de la tramitación y en las

oportunidades previstas por el legislador...”. (CSJ SC, 14. Feb. 1995, rad. 4373, reiterada en CSJ SC, 14 oct. 2010, rad. 2002-00024-01; se resalta).

No en vano la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “no es el sentido común o las reglas de la vida los criterios que exclusivamente deben orientar la labor de búsqueda de la causa jurídica adecuada, dado que **no proporcionan elementos de juicio en vista del conocimiento especial que se necesita, por lo que a no dudarlo cobra especial importancia la dilucidación técnica que brinden al proceso esos elementos propios de la ciencia...** En otras palabras, un dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole..., en punto de la ciencia médica, **deben ser proporcionados al juez a efectos de ilustrarlo en tan especiales materias**”¹⁸ (negritas y subrayas fuera de texto original).

Ya en punto a la prueba pericial, a la que acudió la parte demandante para solventar sus pretensiones, esa misma corporación ha dilucidado los requisitos que debe contener a efectos de determinar su fiabilidad en el caso concreto. Así, precisó la Corte:

“... [S]i la firmeza y calidad del dictamen, la otorgan la fuerza expositiva de los razonamientos, la ilación lógica de las explicaciones y conclusiones, así como la calidad de las comprobaciones y métodos utilizados por el experto, **quedaría en una mera opinión personal de éste, el trabajo que, cual se aprecia en los que se dejaron resumidos, sólo se sustenta (...) en conclusiones subjetivas que no tienen apoyo en basamento alguno, que resulte comprobable respecto de las conclusiones o resultados que plantea –a partir de la información y la metodología que detalla- de cara al estado del arte o ciencia de que se trate, y suficientemente consistente en sus conclusiones desde la perspectiva de la lógica formal; soporte que, se repite, siempre debe explicitarse en el dictamen, a efectos de que, sin dejar de ser -a fin de cuentas- una opinión del perito, se sostenga ella en reglas, métodos, procedimientos técnicos, científicos o artísticos que la tornen lo más objetiva posible, y, por ese camino, que le brinden al trabajo realizado por el experto, la fuerza persuasiva necesaria para su acogimiento, en tanto es un**

¹⁸ CSJ, sentencia de 26 de septiembre de 2002, exp. 6878, M.P. Jorge Santos Ballesteros, citada en sentencia de 14 de diciembre de 2012, exp. 2002 00188 01, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

juicio racional emitido con base en el conocimiento especializado acerca de un hecho cuya valoración es necesaria en el proceso y no pertenece a la órbita del derecho ni cae en el ámbito de la información media o común”¹⁹.

En tal sentido, si el dictamen pericial dejó de cumplir los requisitos de los que, de acuerdo con la ley y la jurisprudencia, depende su eficacia probatoria, no puede menos que concluirse que el juzgador de primer grado no desacertó al afirmar que las guías NICE “no se trajeron al expediente”.

Sea lo que fuere, no puede perderse de vista que, según también lo afirmó la perito Ana Katherina Serrano Gayubo, el Ministerio de Salud y Protección Social implementó, tan solo hasta el año 2013, vale decir, con posterioridad a la ocurrencia de los hechos, las “guías para el manejo del recién nacido”²⁰, “basadas en las guías NICE de Inglaterra del año 2010”, por lo que no puede concluirse que los galenos demandados cometieron una infracción a la *lex artis* por la inaplicación de criterios, principios o pautas que para entonces, vale decir, para la época de los hechos no les resultaban vinculantes.

En todo caso, más allá de las vicisitudes en torno a la eficacia probatoria del dictamen pericial, no observa la Sala la relevancia del cargo, si se tiene en cuenta lo siguiente:

Según se lee en el informe pericial allegado, el uso de las guías NICE 2010 se soportó en la necesidad de practicar al recién nacido el examen de bilirrubina total y directa para diagnosticar el nivel de ictericia. Así, se indicó, conforme a dicho protocolo, que “[a] los bebés con sospecha de ictericia que tienen más de 24 horas de vida se les mide el nivel de bilirrubina dentro de las 6 horas posteriores a que un profesional de la salud sospeche ictericia o un padre o cuidador que informe una posible ictericia”.

En ese orden, el aludido examen solo tiene como finalidad medir el nivel o grado de ictericia en el neonato. Sin embargo, como quedó visto en segmentos anteriores, a partir del análisis de las demás probanzas recaudadas, el tinte icterico, por sí solo, vale decir, sin la presencia de otros signos o síntomas de alarma, que aquí vinieron a manifestarse hasta el 6 de diciembre de 2012 (con posterioridad a la

¹⁹ CSJ, Sala de Casación Civil, Sentencia SC7720 de 16 de junio de 2014, M.P. Dr. Jesús Vall de Rutén Ruiz.

²⁰ Que tampoco se allegaron a la presente actuación.

intervención de los médicos demandados), no hace mandatorio la realización de exámenes complementarios, como que, según también quedó probado, es normal que la ictericia, que en neonatos generalmente tiene origen fisiológico, “desaparezca al cabo de 2 semanas”.

No se olvide que el menor Juan Felipe para la fecha de la segunda consulta (5 de diciembre de 2012) tenía 9 días de vida, esto es, no superaba las dos semanas de nacido, y no presentaba síntomas o signos de alarma que hicieran sospechar la presencia de un foco de infección, como que, de acuerdo con la historia clínica, sus signos vitales eran normales, no presentaba cuadro febril, su peso y talla eran adecuados y su cuerpo no presentaba anomalías (más allá del tinte ictérico), así como que de encontraba hidratado y de “buen aspecto general”, amén de presentar apertura ocular espontánea, movimientos voluntarios normales, balbuceos y adecuado estado de consciencia.

Como se dijo con antelación, otro vino a ser el escenario clínico que se presentó al momento de la consulta en urgencias en la FCI, donde, por su mal aspecto general (taquicárdico, febril, pálido, deshidratado, somnoliento, en estado de shock, ictérico, con respiración rápida, mal perfundido y moteado), se hizo imprescindible, hasta ese preciso momento, la búsqueda de un foco de infección como causa de su deterioro clínico.

Más aún, téngase en cuenta que fue la misma profesional encargada de elaborar el dictamen pericial quien señaló que “la bilirrubina no debe medirse de forma rutinaria en bebés”.

En todo caso, como se dijo, la sola medición de los niveles de bilirrubina en bebés con ictericia visible no determina la presencia de una causa subyacente de infección, pues el mentado examen, según se aprecia en el dictamen pericial, solo “evalúa el grado de ictericia y **determina si el bebé necesita más investigaciones o tratamiento**”, que aquí no se hicieron imprescindibles para los días 3 y 5 de diciembre, dado el cuadro clínico del paciente.

Ahora bien, tampoco puede dejarse de lado que, a la pregunta de si realizados exámenes complementarios el 5 de diciembre de 2012 otro hubiera sido el curso de los acontecimientos, habida cuenta la sospecha de falla en el sistema inmunológico del menor, la perito Ana Katherina Serrano Gayubo manifestó: “es bastante difícil poderlo aseverar..., si, quizás, un días antes hubiese recibido antibióticos, puede que la evolución hubiese sido diferente, pero teniendo en cuenta que es

probable que tuviera un déficit congénito del funcionamiento de sus defensas, es un poco incierto decir que la situación hubiese sido diferente, es difícil saberlo”.

Por lo que, con todo y que se hubiere dispensado un “tratamiento precoz” al menor, como se lee en el dictamen, no hay certeza de que la evolución de la enfermedad que terminó por causar el desafortunado y lamentable suceso hubiera sido distinta, circunstancia que en sí misma considerada impide acceder a las pretensiones resarcitorias.

No se olvide que, con arreglo a lo que viene de exponerse, la conclusión que permita endilgar un error culposo en el diagnóstico de los galenos implicados debe reflejarse en forma tal que el convencimiento llegue al juez en forma palmaria, lo que no ocurrió en el caso objeto de estudio.

Al respecto, la Corte ha puntualizado:

“En todo caso, sobre el punto, la Corte debe asentar una reflexión cardinal consistente en que será el error culposo en el que aquel incurra en el diagnóstico el que comprometerá su responsabilidad; vale decir, que como la ciencia médica ni quienes la ejercen son infalibles, ni cosa tal puede exigírseles, sólo los yerros derivados de la imprudencia, impericia, ligereza o del descuido de los galenos darán lugar a imponerles la obligación de reparar los daños que con un equivocada diagnosis ocasionen”.

(...)

En fin, comprometen su responsabilidad cuando, por ejemplo, emitan una impresión diagnóstica que otro profesional de su misma especialidad no habría acogido...

Por el contrario, **aquellos errores inculpables que se originan en la equivocidad o ambigüedad de la situación del paciente, o las derivadas de las reacciones imprevisibles de su organismo, o en la manifestación tardía o incierta de los síntomas, entre muchas otras, que pueden calificarse como aleas de la medicina no comprometen su responsabilidad.**

Por supuesto que esto coloca al juez ante un singular apremio, consistente en diferenciar el error culposo del que no lo es, pero tal problema es superable acudiendo a

la apreciación de los medios utilizados para obtener el diagnóstico, a la determinación de la negligencia en la que se hubiese incurrido en la valoración de los síntomas; en la equivocación que cometa en aquellos casos, no pocos, ciertamente, en los que, dadas las características de la sintomatología, era exigible exactitud en el diagnóstico, o cuando la ayuda diagnóstica arrojaba la suficiente certeza. De manera, pues, que el meollo del asunto es determinar cuáles recursos habría empleado un médico prudente y diligente para dar una certera diagnosis, y si ellos fueron o no aprovechados, y en este último caso porque no lo fueron.

“En todo caso, y esto hay que subrayarlo, **ese error debe juzgarse ex ante, es decir, atendiendo las circunstancias que en su momento afrontó el médico**, pues es lógico que superadas las dificultades y miradas las cosas retrospectivamente en función de un resultado ya conocido, parezca fácil haber emitido un acertado diagnóstico”²¹ (subrayado y resaltado de la Sala).

Bajo ese contexto, aunque los recurrentes manifestaron que hubo una mala praxis médica, lo cierto es que, conforme viene de verse, aquí no quedó demostrada la culpa en el ejercicio de la actividad médica.

En consecuencia, se tiene que si los demandantes no acreditaron, como era de su incumbencia en los términos del artículo 167 del CGP, cuáles fueron por cuenta de los demandados las “acciones, omisiones o procesos individuales que según su marco valorativo incidieron de manera preponderante en el daño sufrido por el usuario”²², para concluir, en términos de probabilidad, el factor o los factores jurídicamente relevantes que agravaron la condición física del paciente y que propiciaron su muerte, en manera alguna está llamada a prosperar la apelación formulada en tal sentido.

En conclusión, se confirmará el fallo apelado por no encontrarse acreditados todos los elementos de la responsabilidad civil médica (CSJ. CC.3556/1994 de 12 de julio)²³, para ser más precisos, la imputabilidad a título de culpa del “hecho dañoso”; lo anterior impone igualmente

²¹ CSJ, Sala de Casación Civil, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Exp. 08667 citada en Sentencia de 28 de junio de 2011, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

²² CSJ, Cas. Civ. sentencia del 24 de agosto de 2016, exp. n.º 2005-00174-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

²³ CSJ., Sala de Casación Civil, sentencia de 12 de junio de 1994. Exp. n.º 3656.

condenar en costas a los demandantes, ante las resultas de su alzamiento (artículo 365, CGP).

En mérito de 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 de 10 de marzo de 2022 proferida por el Juzgado 51 Civil del Circuito de Bogotá, conforme a lo dicho.

Segundo. Costas de esta instancia a cargo de los recurrentes y en favor de sus adversarios. Por concepto de agencias en derecho en esta instancia, el suscrito magistrado sustanciador fija la suma neta de \$1.000.000,00. Líquidense por el juez *a quo* en la forma dispuesta en el artículo 366, *ídem*.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

Los Magistrados,

Firmado Por:

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.,

Ivan Dario Zuluaga Cardona

Magistrado

Sala 010 Civil

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

Código de verificación: **28e55aceda1002a71b949e0f6775e197daee09ccc850425ea4dac96363b71d50**

Documento generado en 14/09/2022 02:29:49 PM

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CIVIL**

Magistrado Sustanciador:

RICARDO ACOSTA BUITRAGO

Bogotá D.C., catorce (14) septiembre de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE : EDIFICIO EMPRESARIAL LA CASTELLANA 94
DEMANDADO : SOCIEDAD CONSTRUPROYECTOS LINE S.A.S.
CLASE DE PROCESO : DECLARATIVO – Responsabilidad civil
MOTIVO DE ALZADA : APELACIÓN SENTENCIA

ASUNTO

Se ocupa la Sala de resolver el recurso de apelación interpuesto por el edificio demandante contra la sentencia que profirió el Juzgado 41 Civil del Circuito de Bogotá el 29 de septiembre de 2021, con apego al sentido del fallo anunciado en la audiencia del 30 de agosto de 2022.

ANTECEDENTES

1. Con demanda radicada el 20 de marzo del 2019¹, el Edificio Empresarial La Castellana 94, solicitó que se declare la responsabilidad civil extracontractual de Construproyectos Line S.A.S., por “los daños causados a las zonas comunes” de esa edificación y los “defectos, errores y deficiencias en el proceso constructivo”; en consecuencia, se le obligue a indemnizarla por perjuicios materiales, en su modalidad de daño emergente, tasado pericialmente como “daño ecológico” que juró estimatoriamente en un total de \$1 549 074 000, más la indexación “por el tiempo que se demore en pagar los daños que deben repararse”.

¹ 02EscritoDemanda



2. La accionante informó que la demandada fue la "responsable legal" de la construcción del Edificio Empresarial La Castellana 94; la interventora para el "recibo de las zonas comunes y requerimientos", a partir de marzo de 2016, fue Arquitectura & Urbanismo Group S.A.S., con la participación de los arquitectos urbanísticos Martha Lucía Baquero y Flor María Fonseca, con la coordinación y fotografía de Mauricio Franzini. En su informe mencionaron que "el área aprobada para zonas verdes y recreativas es de 137.21 m² y se incluyen como zonas verdes los antejardines del primer piso y las jardineras de la terraza", aunque se percataron de una modificación en la construcción lo cual "constituye una violación al Decreto Distrital de Bogotá 419 de 2008" relativo a las licencias de construcción. Afirmó que todas las falencias encontradas constituyen un "daño ecológico" cuya reparación, se debe estimar por el "costo de implantación", de la siguiente forma: a) en los planos "la cubierta figura como terraza", pero no hay "ninguna dotación o mobiliario, por lo tanto, no puede tener el carácter de área social o recreativa", generando "un déficit de áreas verdes y recreativas de 68.89 m²" que contribuirían a la "absorción de contaminación del aire, aislamiento acústico y térmico", reparación que tendría un costo de \$344 450 000; b) la licencia de construcción dispuso 20 cupos para ciclistas y solo "se encuentran instalados 7", luego la supresión de los 13 restantes ocasiona "tugurización del área de estacionamiento con el efecto de aturdimiento y pánico a peatón, cuya reparación... se tasó" en \$130 000 000; c) en la edificación se debe garantizar la libre circulación de personas con movilidad reducida, pero el acceso desde el estacionamiento destinado a ellas hasta el área del ascensor no cuenta con rampa para superar la diferencia de nivel, no tiene el ancho mínimo de 90 cm necesario para sillas de ruedas, daño tasado en \$21 000 000; d) la circulación obstaculizada por el parqueadero 30, que equivale a \$103 500 000; e) el "déficit" de la sala de recepción entre lo ofertado y lo construido,



consistente en la falta de espacio estimando según “el volumen de aire por persona en 10 m³”, cuya reparación es igual \$42 300 000; f) la misma deficiencia en la sala de juntas o reuniones con un faltante de “1.33 m²”; g) disminución de la escalera del costado sur con un costo de \$2 999 000; h) la ausencia de montacargas del piso 6 -terrace- sin “dejar los espacios proyectados para evacuación de discapacitados”, cuyo costo es de \$42 000 000; i) omisión del “sistema de ventilación para malos olores” estimado en \$5 175 000; j) los daños anteriores requieren “la modificación del reglamento de propiedad horizontal y coeficiente de copropiedad por el cambio de 12 depósitos por parqueaderos” que se tasa, “de acuerdo con el peritazgo” en \$621 000 000; k) el obstáculo a la libre circulación peatonal del parqueadero no.1 con “un costo de \$51 750 000”.

3. La demanda se admitió el 26 de abril de 2019². La convocada excepcionó “inexistencia de defectos, errores y deficiencias en el proceso constructivo del Edificio Empresarial Castellana 94”; e “improcedencia de perjuicios debido al estricto cumplimiento de la sociedad demandada”. También objetó el juramento³.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La juez precisó que el daño atribuido a la demandada consiste en que se le hizo entrega de zonas comunes que no obedecen a las especificaciones técnicas, arquitectónicas y de calidad inicialmente prometidas en venta, así como desmejoramientos de especificaciones técnicas constructivas, por lo que la constructora desatendió los planos debidamente aprobados y la licencia de construcción que le fue otorgada por la autoridad competente. No obstante, consideró que ni el daño, ni

² 04AutoAdmite

³ 06ContestacionDemanda



su cuantía habían sido probados, en tanto “no se sabe si lo que [se] pretende es reparar el daño ecológico, sin explicar en qué consiste esta modalidad de daño, por qué se causó en la construcción del edificio... Tampoco explica o determina el costo real o material del presunto faltante en dichas áreas. Misma situación acontece con los demás perjuicios de que trata el juramento estimatorio, pues simplemente se hace relación al presunto daño y su valor ecológico, sin explicar o justificar el respectivo valor, como que se trata del valor de obra de mano, materiales, valor de áreas, etc.”. Para la funcionaria, debido a la especialidad del tema, “era necesario probar de manera clara y precisa, las diferencias entre los planos aprobados y lo construido, determinado por qué razón, cada una de sus diferencias constituía en verdad perjuicio... Y valorar[lo]... justificando el costo que se le asigne, y no bajo el concepto de daño ecológico, cuya causa, fundamento jurídico y configuración en el presente caso nunca se probó”; deficiencia que, en su criterio, tampoco se superó con el recaudo testimonial. En consecuencia, negó las pretensiones y condenó en costas al actor.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Por escrito y en las audiencias de pruebas y sustentación la parte apelante desarrolló los siguientes reparos **(i)** frente “al daño causado y método para establecer su valor”, alegó que la juez no tuvo en cuenta la réplica a las excepciones y las pruebas que aportó en esa oportunidad, en la cual se precisó “el método para establecer el valor del daño: el valor del metro cuadrado determinado por perito evaluador inmobiliario”; se debe tener en cuenta lo dicho por el perito Carlos Julio Rivera, así se haya basado en el estudio técnico de arquitectura de MB Arquitectura & Urbanismo Group S.A., el cual, “constituye un genuino peritazgo, que hace parte del expediente”; **(ii)** sobre el daño y el valor que se le asignó, alegó que había “sido relacionado en los hechos de la



demanda y probado con el material... anexo"; (iii) la constructora modificó la zona de cubierta del Edificio, "lo construido difiere de lo aprobado en los planos de la licencia", donde "se aprecian claramente unas jardineras y zonas verdes, cuya construcción fue omitida". En la licencia se aprobaron 137.21 m² de construcción en zonas verdes y recreativas, pero lo construido fueron 68.32 m². La modificación de los planos "constituye una afectación urbanística de acuerdo con la Ley 810 de 2003", así como del artículo 4º del Decreto 159 de 2003 y el 48 de la Ley 400 de 1997; (iv) también se alteraron las salas de recepción y de juntas, respecto de lo aprobado en planos porque se presentaron "volúmenes adicionales construidos correspondientes a ductos, que reducen el área útil" de esos espacios; (v) la supresión del área de bicicletas, aunque fue aprobada por la Curaduría, "no es un hecho incontrovertible", en tanto "se presenta un error en la ubicación aprobada"; (vii) la modificación de los depósitos por parqueaderos, "cambia el uso del espacio... por lo cual, además de incurrir en infracción a las normas urbanísticas distritales... infringe el reglamento de propiedad horizontal, el cual forma parte integral de los planos"; (viii) también existieron incumplimientos relacionados con la accesibilidad de personas con movilidad reducida. Así "la curaduría urbana, en la aprobación, haya podido haber omitido la revisión detallada de esos temas... el constructor tiene la obligación de darles cumplimiento, ya que se fundamentan en la legislación nacional", como el artículo 12 del Decreto 1538 de 2018; (ix) el cambio de la destinación de un área aprobada como depósito por parqueadero, el número 30, "obstaculiza la circulación hacia el área de ascensor y escaleras", por lo tanto, debe ser suprimido. El parqueadero 34, en planos depósito 15, genera servidumbre; (x) la rampa de ingreso al edificio, adolece de las barandas indispensables para las personas con movilidad reducida, desconociendo el Decreto 1538 del 2005; (xi) se fundamentó el fallo adverso en la Resolución 399 de 2015, sin que se revisaran "las



medidas, ni los elementos no estructurales, porque cuando se verificaron la obra era gris y no blanca"; **(xii)** el estudio de patología del edificio comprendió dos etapas y requería la participación de dos profesionales diferentes, "el ingeniero tenía, como base o fundamento para su investigación, el resultado de la arquitecta", lo que "no le quita ni disminuye valor a ninguno de los dos peritazgos"; **(xiii)** quedó demostrado que "el daño está en el cambio de la construcción... lo ecológico es la consecuencia nefasta para el ser humano de convivir en espacios reducidos"; **(xiv)** la prueba testimonial de la parte demandante "es clara y contundente", mientras que la de la contraparte "no logr[ó] desvirtuar [sus] afirmaciones y prueba de daño, tan solo se limitaron a decir que todo lo cumplieron".

CONSIDERACIONES

Por no estructurarse una causal de nulidad que invalide lo actuado, la decisión será de fondo; teniendo en cuenta la naturaleza del debate, no solo enfocado en la desatención de obligaciones contractuales, sino en normas y licencias aprobadas para la construcción del proyecto, lo primero es precisar cuáles son las obligaciones incumplidas; lo segundo, los defectos o deficiencias constructivas reclamados por la obra ejecutada frente a lo aprobado por la Curaduría Urbana No 5, en la licencia de construcción y su modificación; y, tercero, si se probó el daño en la modalidad reclamada.

1. Las obligaciones del constructor y la reclamación de la Copropiedad

Como las obligaciones pueden surgir de una convención, de la mera voluntad de quien se obliga, del hecho que ha inferido injuria o "por disposición de la ley" (art. 1494 del C.C.), se destaca que la



demandante reclamó, en concreto, daños derivados de defectos o deficiencias en las zonas comunes de un edificio calificados como incumplimientos a normas constructivas, lo que no quiere decir, en estricto sentido, que se trate de una responsabilidad extracontractual, por lo cual el análisis se centrará en la última fuente obligacional enunciada. Y cabe agregar que la copropiedad, como persona jurídica que representa a los titulares de derechos de los bienes privados y de alícuota de los comunes del Edificio Empresarial La Castellana 94, optó por la “indemnización de los perjuicios resultantes de la infracción” en las obligaciones de hacer que tenía Construproyectos Line S.A.S., no por la ejecución o adecuación de las obras respectivas, pretensión que podía invocar, aunque el origen de la obligación no sea contractual sino legal (núm. 3, art. 1610 ibidem). Con esta precisión la Sala acometerá el estudio de los reparos a la sentencia recurrida.

2. Los defectos o deficiencias en el proceso constructivo y el incumplimiento de normas.

Para su demanda la parte actora se basó en el informe 2 de revisión de urbanismo y normas, de junio de 2016, realizado como una interventoría de las zonas comunes, donde se detectaron “incumplimientos” que, como menciona en las conclusiones y recomendaciones, “corresponden a modificaciones de la construcción con respecto a los planos aprobados”. Pero, ha de notarse que no todos los hallazgos del trabajo dirigido por la arquitecta Baquero se trajeron al libelo introductorio del proceso. En efecto, de los mencionados en aquel documento el demandante sólo protestó por 13, que enunció en la pretensión segunda y ratificó en el juramento estimatorio, así:

- a. **La reparación del daño del déficit efectivo en zonas verdes y recreativas, la cual fue tasado por el perito de acuerdo con el daño ecológico en \$344.450.000.00;**



- b. La reparación del daño del déficit de la sala de recepción, la cual fue tasada por el perito de acuerdo con el daño ecológico en \$42.300.000.00;
- c. La reparación del daño de la disminución de la sala de reunión, la cual fue tasada por el perito de acuerdo con el daño ecológico en \$50.500.000.00
- d. La reparación del daño de la disminución de la escalera costado sur, la cual fue tasada por el perito de acuerdo con el daño ecológico en \$2.999.000.00
- e. La reparación del daño de la supresión del área de 13 bicicletas, la cual fue tasada por el perito de acuerdo con el daño ecológico en \$130.000.000.00
- f. La reparación del daño de la supresión del área del parqueadero No. 30, la cual fue tasada por el perito de acuerdo con el daño ecológico en \$103.500.000.00
- g. La reparación del daño de la reducción zona de acceso movilidad reducida, la cual fue tasada por el perito de acuerdo con el daño ecológico en \$21.000.000.00
- h. La reparación del daño de la ausencia montacargas piso 6 – terraza, la cual fue tasada por el perito de acuerdo con el daño ecológico en \$42.000.000.00
- i. La reparación del daño de la ausencia de ventilación y reventilación, la cual fue tasada por el perito de acuerdo con el daño ecológico en \$4.400.000.00
- j. La reparación del daño de la servidumbre del parqueadero No. 34, la cual fue tasada por el perito de acuerdo con el daño ecológico en \$5.175.000.00
- k. La reparación del daño al Reglamento de Propiedad Horizontal, la cual fue tasada por el perito en \$621.000.000.00
- l. La reparación del daño del obstáculo a la libre circulación peatonal del parqueadero No. 1, la cual fue tasada por el perito de acuerdo con el daño ecológico en \$130.000.000.00
- m. La reparación del daño del obstáculo a la libre circulación peatonal del parqueadero No.32, la cual fue tasada por el perito de acuerdo con el daño ecológico en \$51.750.000.00

Estos fueron los que el ingeniero Carlos J. Rivera valoró en su dictamen del 19 de noviembre de 2018⁴.

Entonces, la reclamación que en la apelación introduce el inconforme, por la rampa de ingreso al edificio que adolece de barandas, no puede estudiarse en esta instancia -no estaba contenida en el informe de la arquitecta Baquero ni valorada por el ingeniero Rivera-, así hubiera sido debatida y presentada en los alegatos de conclusión,

⁴ Págs. 30 a 34. Archivo 01 Anexos



porque no corresponde a un hecho "ocurrido después de haberse interpuesto la demanda" (art. 281 C.G.P.).

2.1. Lo aprobado en la licencia de construcción LC 13 5 326 de 13 de marzo de 2013, su modificación LCM LC 13 5 326 de 30 de julio de 2014, y lo construido.

Se estudian aquí los puntos específicos que, de acuerdo con el informe realizado por la arquitecta Martha Baquero Ruíz de Arquitectura y Urbanismo, Group S.A.S., valoró por el ingeniero Rivera y se pedieron por la Copropiedad en su demanda.

a) Zonas verdes y recreativas:

El numeral 5º, del artículo 322 del Decreto 190 de 2004, que compiló el Plan de Ordenamiento Territorial de Bogotá, D. C., vigente para el momento de los hechos, prevé que uno de los objetivos generales de la *"norma urbanística para usos y tratamientos"* es *"propender por un crecimiento ordenado y completo en suelo urbano y de expansión, que supere el desarrollo predio a predio, con una proporción adecuada de zonas verdes recreativas, suelo para equipamientos y áreas libres por habitante"*. A su vez, en el artículo 338, numeral 3º, dispone: *"...del total de equipamiento comunal privado resultante, deberá destinarse el 40% a zonas verdes recreativas, y el 15% para servicios comunales..."*.

Según el informe, el área para zonas verdes recreativas aprobada en la licencia de construcción de 30 de julio de 2014 es de 137,21 m², donde se incluyen *"los antejardines de primer piso y las jardineras de la terraza"*; verificado el plano, al sumar las *"áreas verdes en primer piso"* y *"áreas verdes en cubierta"*, se obtiene el total de



125,99, lo que revela "un déficit entre lo exigido y aprobado" de 11,22 m². Directamente en la construcción la profesional sumó los antejardines y jardineras de la terraza, concluyendo que había un total de áreas verdes en sitio de 68,32 m², y evidenciando "un déficit efectivo de zonas verdes recreativas de 68.89 m²".

De tal conclusión, lo primero a considerar es que lo realmente aprobado por la Curaduría Urbana No. 5^o en la modificación a la licencia LCM LC 13 5 326 de 30 de julio de 2014, fue de 131.17 m²⁵ de zonas recreativas, aunque en el plano respectivo continuó apareciendo con 137,21 mt²⁶, tal como se observa en el siguiente recuadro de la propia licencia y plano, así:

4.4 EQUIPAMIENTO COMUNAL PRIVADO		
DESTINACIÓN	%	Mts
ZONAS RECREATIVAS	98	131,17
SERVICIOS COMUNALES	44	59
ESTACIONAM. ADICIONALE	N.A.	0

PROPUESTO	
-AREA VERDE (PRIMER PISO + TERRAZA)	(17%) = 135,15m ²
-SERVICIOS COMUNALES (PRIMER PISO)	(17%) = 59,00m ²
PROPUESTO = 194,15m ²	

Lo segundo, es que al inicio de su análisis enunció las áreas verdes recreativas que en el plano de construcción se ubicaron en el primer piso, pero en la sumatoria realizada en el sitio no las incluyó, sino que se limitó a realizar el ejercicio con aquellas ubicadas en la cubierta o terraza, restándole así certeza al dato final obtenido sobre los metros faltantes de zonas verdes por construir o adecuar. En su declaración se le preguntó si el edificio había cumplido con las áreas verdes aprobadas y contestó: "hubo unas áreas que no fueron construidas... no construyeron todas las que estaban en el plano"⁷, ilustrando su respuesta con el siguiente plano⁸:

⁵ Pág. 3, Archivo 06ContestaciónDemanda.

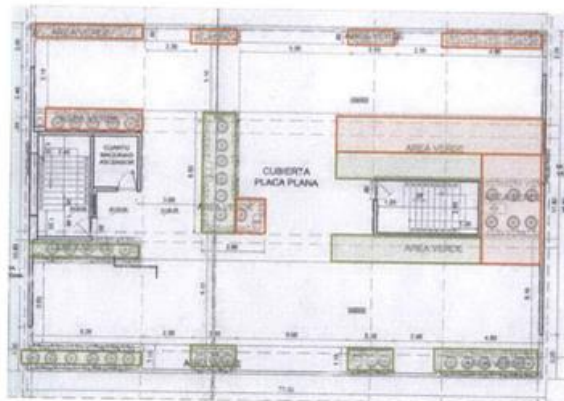
⁶ Archivo Plano arquitectónico de la segunda licencia, firmados por el Arquitecto MILTON GÓMEZ, identificados como 1DE3. Carpeta planospdfwrvsolicitudautorizacindrivedocum

⁷ Min. 1:54:00, Archivo 25VideoTestimonio.

⁸ Pág. 16, Archivo 01Anexos.



Zonas verdes y recreativas – Terraza



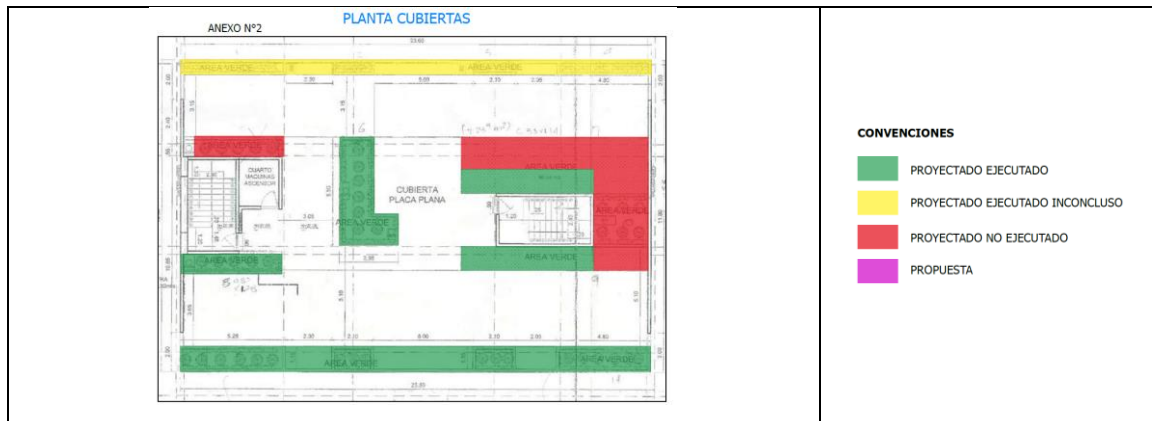
Para dilucidar el punto, en segunda instancia se dispuso de nuevos dictámenes, uno de cada parte. El presentado por la constructora dijo que “no se encuentra que haya déficit alguno” sino un excedente de 1.54 m². A esa conclusión llegó incluyendo en el cómputo de áreas verdes las “zonas de recreación pasiva con su destinación”, que son sillas en concreto (A4, A8, A10 y A11), área aledaña a las sillas y la de horno microondas, mesón y lavaplatos (A9 y A12)⁹, pero no explicó en qué basó la consideración de ser tratadas como zonas verdes las áreas que llamó de recreación pasiva. Lo mismo había referido el representante legal de Construproyectos, en interrogatorio, manifestando que los sitios “adoquinadas”, también hacían parte de las áreas verdes, pues “en la zona de la cubierta se colocan unos sectores pequeños con matas y unas zonas duras que corresponden a las zonas recreativas, porque... la recreación no necesariamente tiene que ser activa... hay una recreación pasiva... poderse sentar en una banca, tomar el sol”. Explicó que en la cubierta se dejaron “unos sectores de zonas verdes, unas materitas y unas zonas de recreación, que lógicamente se adoquinaron”¹⁰. Sin embargo, esa interpretación de lo que se entiende por zonas verdes no cuenta con apoyo normativo o técnico que permita deducirlo así.

⁹ Págs. 39 y 40 Archivo 25 DICTAMEN PARTE DEMANDADA. Carpeta Cuaderno Tribunal

¹⁰ min. 1:17:08 - 1:19:37, Archivo 19VideoAudiencialnicial.



En contrario, el dictamen de la demandante, sin entrar en las distinciones que propone la demandada, mostró cuál es el área verde ejecutada, cuál quedó inconclusa o sin ejecutar, de la siguiente forma:



Entonces, la Sala acogerá este dictamen reconociendo un defecto constructivo en las zonas verdes del proyecto para adecuación de jardineras inconclusas de 13,70 m² y áreas faltantes de 24,55m².

b) Sala de recepción portería o lobby de acceso

En la zona de recepción, indicó el informe, el área aprobada fue de 16,96 m², pero la construida es de 18,74 m², con lo que se aumentó en 1,78 m²; sin embargo, el desacuerdo surgió porque "el diseño del plano difiere de lo construido" y que "los copropietarios manifiestan su inconformidad con relación a la oferta de ventas"¹¹. Evidenciaron su queja con las siguientes fotografías:



¹¹ Pág. 15, Archivo 01Anexos



En su declaración la arquitecta manifestó como "hallazgo" que "en sitio se construyeron unos volúmenes que disminuyen el área útil de los espacios... En la sala de recepción se perdieron 1,78" que redundan en "un desmejoramiento en la calidad de los espacios en razón a que la expectativa de amueblamiento ofrecida en los brochures ya no es posible"¹². Lo ilustró así:



del informe 3.3 Equipamientos.

En este punto específico lo que se trata de establecer es si el constructor incumplió alguna norma al modificar la distribución de los muebles que aparecen en el Brochure de la recepción frente a lo aprobado en la licencia de construcción, situación que, aunque ocurre, no constituye un incumplimiento normativo ni defecto constructivo. Por tanto, ese reparo no prospera.

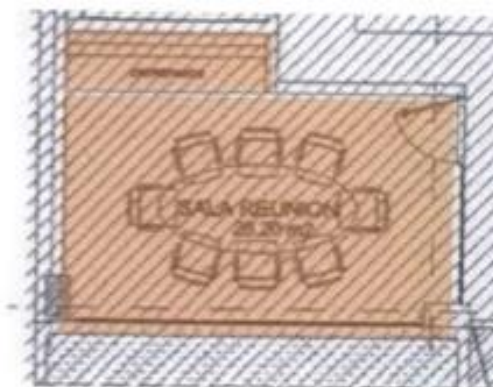
c) Sala de reunión o juntas

El reproche de la demandante surgió por las medidas de sus "áreas útiles", que se obtuvieron en el informe que se analiza; allí la arquitecta dijo que la aprobada para la sala de reuniones o de juntas fue de 20.20 m², pero que en las mediciones resultó de 18.87 m². Agregó que la verificación en sitio permitió ver construcciones que hicieron perder en "la sala de juntas 1,33 m²", con el mismo argumento de

¹² Min. 20:33, Archivo 25VideoTestimonio.



"desmejoramiento en la calidad de los espacios" frente a la "expectativa de amueblamiento ofrecida en los broshures". Y, nuevamente, lo ilustró:



Aunque la profesional atacó la disminución de medidas, afirmó también que "se presenta[n]... diferencias entre la oferta de ventas y lo construido. La imagen de ventas presenta una división completa de vidrio, un aplique de muro con el logo del edificio y el espacio amoblado. La división fue modificada y ni el aplique, ni los muebles fueron suministrados"¹³. La foto fue la siguiente:



Frente al cambio de áreas, el representante legal de Construproyectos atestó: "sí, en efecto... la curaduría aprueba áreas generales y eso lo aprobó, pero si usted mira la licencia de construcción, que fue protocolizada después como reglamento de propiedad

¹³ Pág. 16, Archivo 01Anexos.



horizontal, aparece un adendo... de la Curaduría que indica `cuadro de áreas del Edificio Empresarial La Castellana P.H.; muy claro encontrará que en esa escritura pública del 30 de julio del 2014, se indica que la Sala de reuniones tiene un área de 15.49 m²"¹⁴. Lo que en efecto encuentra respaldo en ese instrumento, escritura No. 1389, porque uno de los documentos protocolizados, que se encuentra sellado por la Curaduría Urbana No. 5, es el "cuadro de áreas" del edificio que "se elaboró para la investidura de dicho inmueble al régimen de propiedad horizontal"¹⁵, en el que aparece la "sala de reuniones", con esa medida.

En ese orden de ideas, pierde sustento el reclamo de la demandante, en tanto la modificación que ocurrió en las zonas mencionadas, fue presentada a la Curaduría, aprobada e incluida así en el reglamento de propiedad horizontal.

d) Disminución de la escalera costado sur

No se advierte cuál es la falencia puesto que el informe de la arquitecta dice:

El edificio cuenta con dos núcleos de escaleras uno al costado norte y otro al sur. El primer núcleo va desde el nivel del segundo sótano hasta la cubierta. El segundo núcleo va desde el primer piso hasta el 6 piso.

El ancho mínimo de los dos núcleos de escaleras es de 1.20mts, por lo tanto, **CUMPLE**

Con respecto a las puertas de acceso a las escaleras se verifica que cuentan con sistema de cierre automático y material resistente al fuego, por lo tanto, **CUMPLE**

Los muros del núcleo de escalera principal (Costado norte) están contruidos en materiales resistentes al fuego y por lo tanto **CUMPLE**.

Y enseguida agregó:

¹⁴ min. 1:09:45 al 1:10:50, Archivo 19VideoAudienciaInicial.

¹⁵ Págs. 106 y 108, Archivo 06ContestaciónDemanda



Durante la primera revisión se verifico que las escaleras contaban con pasamanos en un solo costado. Al cierre de este informe se verifico que la constructora subsano esta deficiencia instalando los pasamanos faltantes cumpliendo así con la normativa. **CUMPLE**

Las huellas y contrahuellas de las escaleras tienen las medidas de norma **CUMPLE**. Adicionalmente están acabadas en material antideslizante. **CUMPLE**

No existe, entonces, problema constructivo ni de normas que fundamente la reclamación por este diseño.

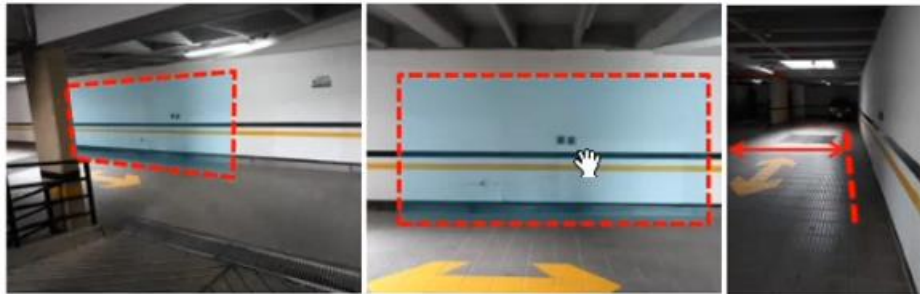
e) Áreas de ciclistas:

El artículo 358 del Decreto 190 de 2004 dispone que "para todos los usos, por cada 2 estacionamientos privados o de visitantes se deberá prever un cupo para el estacionamiento de bicicletas, cuyas dimensiones serán reglamentadas por el D.A.P.D., los cuales se localizarán dentro del área privada garantizando condiciones de seguridad". El reparo dijo que "según la licencia de construcción, están dispuestos 20 cupos para ciclistas, sin embargo, solo se encuentran habilitados 7"; en su defensa, el representante legal de la constructora dijo: "la norma del Distrito indica que se debe dejar un 'cupo' para el estacionamiento de bicicletas... es un área... para que se puedan dejar sus bicicletas y, en efecto, ese se dejó en el sótano uno, frente al costado norte al punto suroriental, cerca de la rampa"¹⁶.

Por su parte, la explicación de la arquitecta fue la siguiente: "el espacio que yo dejo para ciclista debe quedar habilitado para la función... la norma no es precisa... aquí hubo un error con el funcionario que aprobó eso así y el constructor debió haber subsanado..."¹⁷. Ilustró su dicho con las siguientes fotografías:

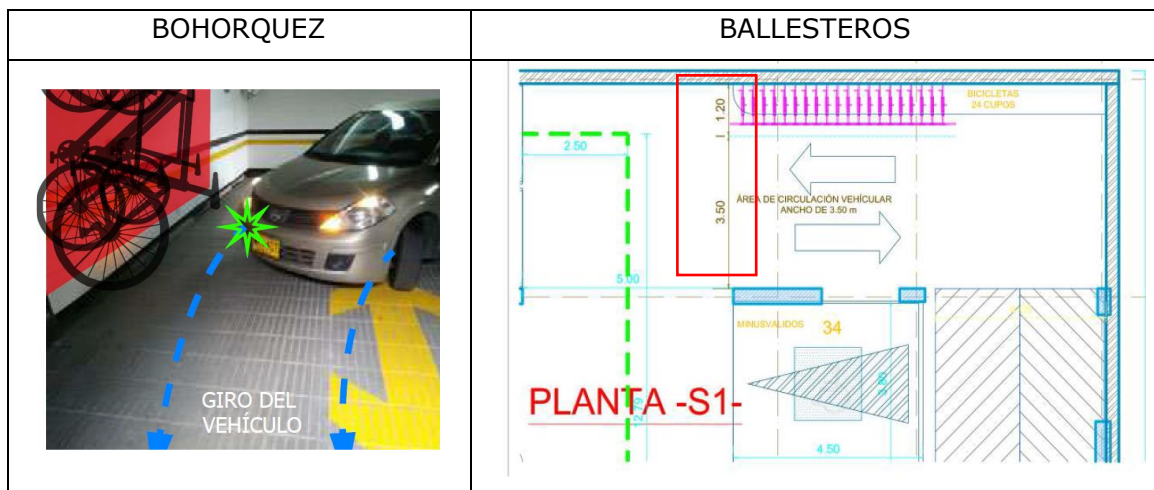
¹⁶ Min. 1:23:17 al 1:24:22, Archivo 19VideoAudienciaInicial.

¹⁷ Min. 1:30:57 al 1:39:00, Archivo 25VideoTestimonio.



Fotos de la ubicación de zona de cicleros aprobados. NO viable por obstrucción de la circulación

Entonces, el concepto de la experta se basó en su propia interpretación y en la consideración de haberse equivocado el funcionario que aprobó la licencia, lo que no es una prueba técnica. Del informe no se puede concluir que el espacio previsto por el constructor no sea funcional, o insuficiente para acomodar o instalar los 13 cicleros restantes. Para dilucidar el punto, se ordenó otra prueba pericial en esta instancia. Los expertos de cada parte llegaron a conclusiones opuestas. El arquitecto Bohórquez traído por la parte actora, conceptuó que “la ubicación propuesta en el proyecto... no es la mejor”. La arquitecta Ballesteros, que “la localización dispuesta es adecuada para su uso funcional, toda vez que el radio de giro de la rampa cumple con la norma”. Cada uno lo visualizó así:



El artículo 9 del Decreto distrital 1108 de 2000 reglamentó el artículo 380 del POT de Bogotá -Decreto 619 de 2000, compilado



luego en el Decreto 190 de 2004-, relativo al total de cupos de estacionamientos de un proyecto, y dispuso que en las "AREAS DE MANIOBRA, SERVIDUMBRES DE CIRCULACIÓN Y RAMPAS DE ACCESO" para vehículos livianos "3) El ancho de la zona de maniobra puede reducirse en la misma proporción en que se incremente el ancho de los cupos de parqueo, en ningún caso menor a 4.00 metros".

Entonces, en la forma planeada por el constructor el espacio de circulación vehicular y el de estacionamiento horizontal para bicicletas se sobreponen de modo que el segundo reduce las posibilidades de maniobrar un automotor en la curva que debe realizar para circular de un sótano a otro, bien para ingresar o salir de la rampa que los comunica. Y aunque ninguno de los expertos realizó labores encaminadas a mostrar con medidas el grado de dificultad para la circulación vehicular que ocasionaría la adecuación de los ciclistas en dicho lugar, para la Sala la misma experticia de la demandada demuestra que el radio de giro de un vehículo quedaría reducido 3.5 metros de ancho, medida reflejada en el plano que aportó el perito Ballesteros, cuya imagen se presentó arriba, infringiendo así la norma mencionada y es, en realidad, la razón principal para que la Copropiedad no haya instalado en ese lugar los aparatos destinados a parquear bicicletas de forma vertical. Por tanto, se accederá a ese reclamo sin que la discusión de este punto pueda extenderse a los 7 que fueron instalados en otro lugar del sótano 2, como lo propone el perito Bohórquez, pues ese tema no fue ni siquiera planteado en la demanda.

f) Supresión del área del parqueadero 30

Según el informe de la arquitecta Baquero, corresponde a la obstaculización para la circulación de personas con movilidad reducida al ascensor en el sótano 1 por el parqueadero que está localizado allí y



porque "no hay rampa para salvar la altura desde el nivel del parqueadero al andén y adicionalmente porque el ancho del andén No tiene los 90 cms. mínimos exigidos por la norma". El Decreto 1538 de 2005¹⁸, en el numeral 2º del artículo 12, contiene las "Características de los estacionamientos para personas con movilidad reducida" y prevé: "2. Las diferencias de nivel existentes entre los puestos de estacionamiento accesibles y los senderos o rutas peatonales, serán resueltas mediante la construcción de vados o rampas, a fin de facilitar la circulación autónoma de las personas con movilidad reducida". La irregularidad se evidenció de la siguiente forma:



Según el plano el ascensor que llega al sótano 1 cuenta con un área peatonal con una salida, como zona libre, directamente al frente de la plataforma de depósitos y vehículos, otra, hacia un costado donde aparece una demarcación para parqueadero 27 y el depósito No. 1, pero que están señalizadas, ahora, con los números 29 y 30 para uso de parqueadero según graficó el perito Bohórquez.

¹⁸ Reglamentario de la Ley 361 de 1997 que establece los mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad



Plano Sótano 1	Estado actual. Perito Bohórquez

La misma disposición normativa, en el numeral 1º de su artículo 9º, señala: “Al menos uno de los accesos al interior de la edificación, debe ser construido de tal forma que permita el ingreso de personas con algún tipo de movilidad reducida y deberá contar con un ancho mínimo que garantice la libre circulación de una persona en silla de ruedas”. En este punto, la Sala encuentra probado que hubo un incumplimiento normativo porque la obstrucción es evidente.

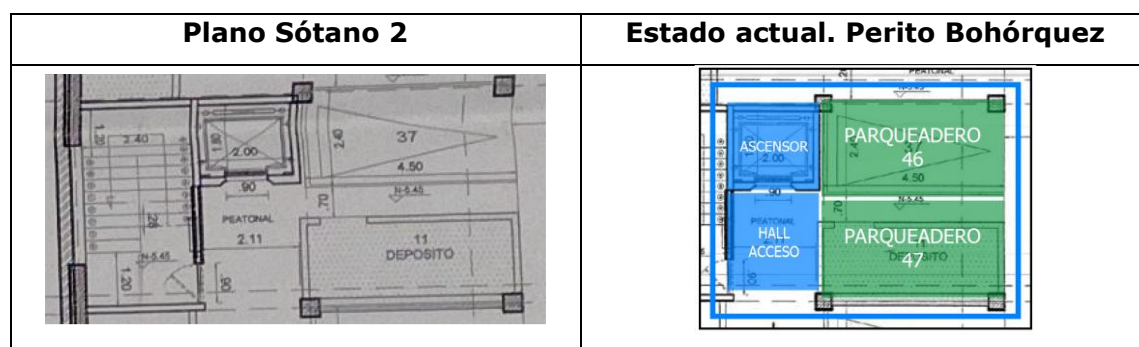
g) Reducción zona de acceso movilidad limitada

Se trata del mismo reparo anterior, pero por la situación similar que se presenta en el sótano 2 para el acceso de personas con limitaciones de movilidad al ascensor. La demandante, en el informe que acompañó, lo presentó así:

<p>Así mismo a nivel de sótano 2, el parqueadero N° 32 (En planos Depósito N° 11), impide la libre circulación de peatones hacia el área del ascensor, lo cual en el evento de una emergencia, puede ocasionar dificultades en la evacuación.</p>	
--	--



En el plano la demarcación es para garaje 37 y el depósito No. 11, pero ahora lo están con los números 46 y 47 para uso de parqueadero, según mostró el perito Bohórquez:



Entonces, la conclusión será la misma: que hubo incumplimiento de la norma.

h) Ausencia montacargas piso 6 – terraza

Este punto fue planteado de manera diferente en el informe de la arquitecta Baquero diciendo que corresponde a “accesibilidad a los servicios comunales” (num. 5.1.4): “El acceso a la terraza se hace a través del ascensor hasta el 6 piso y del 6 a la terraza por medio de una escalera por lo cual NO CUMPLE”; agregó, en sus conclusiones y recomendaciones, que entre los incumplimientos es el “más notorio la accesibilidad a la zona de la cubierta que en la práctica forma parte de los equipamientos y por lo tanto debe ser accesibles a todos”¹⁹. El perito Rivera, en el avalúo que se aportó con la demanda, lo justificó en la norma técnica NSR 10 Capítulo K.3.2.7. “Sistemas de evacuación para discapacitados”²⁰.

En el libelo la parte alegó la ausencia de montacargas del piso 6 -terrace- sin “dejar los espacios proyectados para evacuación de

¹⁹ Archivo 01 Anexos, págs. 23 y 29.

²⁰ Ib. págs. 32.



discapacitados” (hecho 17). La constructora contestó: “La licencia de construcción no contempla el acceso a la cubierta o terraza mediante medio mecánico alguno, sino únicamente mediante los dos núcleos de escaleras uno al costado norte y otro al costado sur. La construcción de tal aditamento hubiese sido una clara violación de lo aprobado, lo que generaría un incumplimiento a Ley 810 de 2003”²¹.

En el debate de la primera instancia la arquitecta Baquero dijo en audiencia que “el sitio de la cubierta se está usando como terraza... entregada como equipamiento, o sea, en la práctica lo que hay es una terraza... es normal que cualquier persona deba subir a la terraza”²². Por tanto, no es un equipo de carga sino para permitir el acceso de las personas a la terraza, más concebido para las que tienen movilidad limitada, pues las demás pueden llegar usando cualquiera de los dos núcleos de escaleras. Y por concernir con un tema de orden legal, accesibilidad de personas en situación de discapacidad (ley 361 de 1997), eliminación de barreras físicas o arquitectónicas (Decreto 1538 de 2005, artículo 2), similar al de la obstrucción de los depósitos 1 y 11 al hall del ascensor en los sótanos de parqueaderos, en las pruebas de segunda instancia se le preguntó a la arquitecta y dijo que “La terraza fue aprobada como un equipamiento y eso implica que debería garantizarse el acceso a personas con movilidad reducida, a cualquier persona, que no fuera discriminatorio. Cuando se hizo la revisión, simplemente se encontró que no había una solución para accesibilidad... que puede ser un ascensor... un salva escalera o, como lo propone el perito, un montacarga que hiciera las veces”²³.

Entonces, se trata de un incumplimiento normativo y para determinar cómo superar esta situación en la misma audiencia se

²¹ Archivo 06ContestacionDemanda, pág. 164.

²² Min. 1:50:20, Archivo 25VideoTestimonio

²³ Min. 1:27:55, Archivo 16AUDIENCIA DE PRUEBAS SUSTENTACIÓN Y FALLO 14-06-2022 parte1



ordenó un peritaje que determinara cuál era la solución más factible y adecuada para lograr que las personas con limitaciones de movilidad puedan acceder desde el sexto piso a la cubierta o terraza y cuál es el costo de instalación. El perito Bohórquez dijo que era “aumentar una parada más al actual ascensor” y la arquitecta Ballesteros que la “oruga salvaescaleras es el más factible y adecuado”. Cuando se preguntó por la posibilidad de modificar el ascensor la segunda dijo que podría tener dificultades estructurales y de cargas en la placa que forma la terraza que el primero no supo justificar porque no hizo ese tipo de análisis²⁴. Por tanto, se tomará como solución la oruga salvaescaleras, que también fue considerada por el perito de la demandante.

i) Ausencia de ventilación y reventilación

La reclamación planteada en el informe dice que “los núcleos de baños en cada piso tienen como sistema de ventilación ductos, que en principio deberían salir a la cubierta” y se trataba de pedir a la constructora que informara “cuál es la salida... a la cubierta”²⁵. Sobre la falla mencionada no existe en el expediente prueba de la ausencia de ductos ni dónde se interrumpe su recorrido para llegar a la cubierta. En este estado probatorio nada puede reconocerse como defecto constructivo o incumplimiento normativo.

j) El parqueadero 34 y el cuarto de planta de emergencia

Afirmó la parte demandante que por su ubicación el parqueadero 34 genera servidumbre de paso. Y el informe que acompañó lo presentó así:

²⁴ Archivo "31AudienciaPruebasSustentaciónyFallo30-08-2022Parte2"

²⁵ Archivo 01 Anexos, pág. 26.



Sobre el punto la arquitecta Baquero, en la audiencia del 11 de junio de 2021, manifestó que *“haciendo la prueba del sistema contraincendios... porque el sistema funciona con la planta de emergencia y cuando fuimos a entrar había un obstáculo porque ese parqueadero, ese sitio, estaba ocupado”*²⁶. Adicionó que *“se puede ver claramente que no hay depósitos son dos parqueaderos, que en este caso corresponden al número 34 y número 32”*²⁷, mostrando las fotos:

SOTANO 1 - Espacio 1 - corresponde a parqueaderos 34 y 32
El parqueadero 34 obstaculiza el ingreso al cuarto de la planta de emergencia donde opera el control automático del sistema Contra incendios, siendo este espacio un área de servicios asociado a la seguridad, se recomendó las des habilitación del parqueadero.



La juez le preguntó quién realizó la modificación de depósito a parqueadero y señaló que *“Esa zona es común de uso exclusivo... que se asignó específicamente a un propietario... Por el relato que hacían algunos propietarios en mesas de trabajo... haber escriturado el espacio como depósito en la práctica lo usan como*

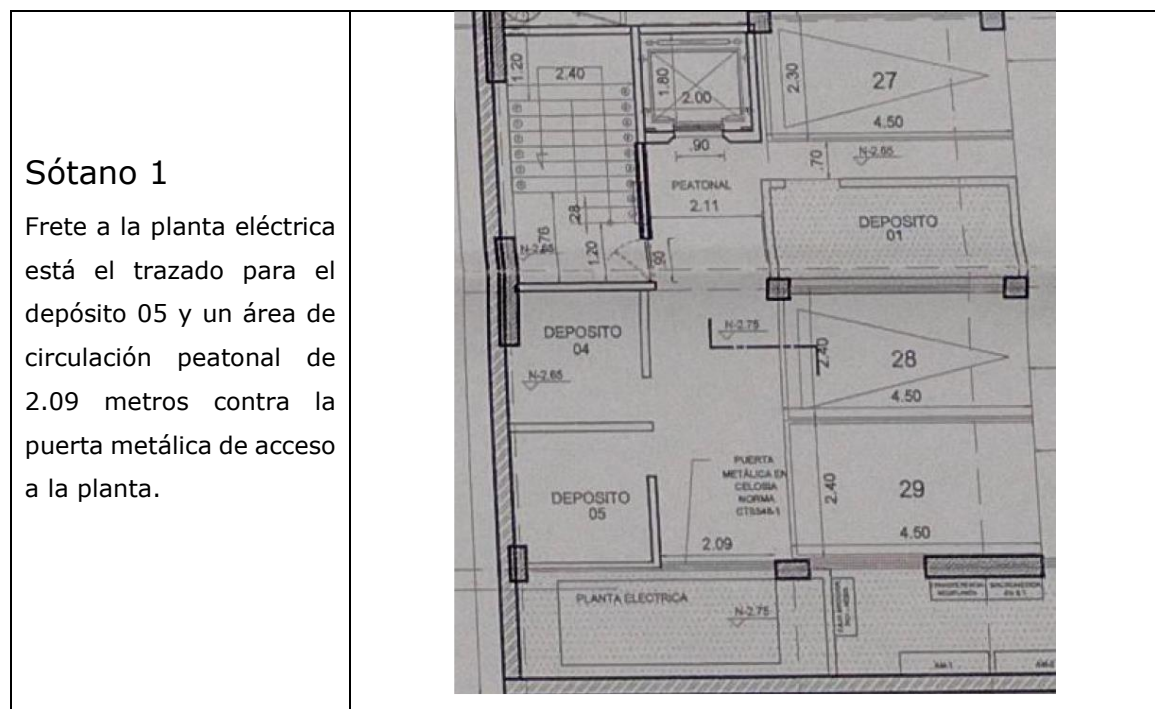
²⁶ Min. 18:18 al 29:10, Archivo 25VideoTestimonio.

²⁷ Archivo videoaudio 25VideoTestimonio, min. 30:15.



parqueadero. Eso es una ambigüedad, pero lo que prima es lo que está en los planos”²⁸. Y dijo que “hasta el momento que llegamos la copropiedad no había tocado nada de las zonas comunes... cuando nosotros llegamos, que es lo que nos consta, ya estaba en esas condiciones... Además, los copropietarios nos comunicaron eso, que les habían hecho las escrituras como depósito, pero que también, al tiempo, habían recibido parqueaderos”²⁹.

Una vista más detallada de los planos permite apreciar que el constructor diseñó en el sótano lo siguiente:



El reglamento de propiedad horizontal, en su artículo 41, entre las prohibiciones generales a los propietarios y usuarios, proscribire “Obstruir la puerta, pasillos, escaleras, hall andenes, zonas de circulación y demás sitios que sirvan para la locomoción”³⁰. Por tanto, como la ubicación prevista por el constructor para el depósito 5, con

²⁸ Ib. Min: 39:57

²⁹ Ib. Min 1:30:54

³⁰ Archivo 06ContestaciónDemanda, pag.76



posibilidad de uso como parqueadero, obstruye la puerta de acceso a la planta eléctrica, como se alegó, se concederá ese resarcimiento.

k) Modificación al Reglamento de Propiedad Horizontal

La demanda apoya esta pretensión diciendo que “con base en los daños anteriores se requiere la modificación del Reglamento de Propiedad Horizontal y coeficiente de copropiedad por el cambio de 12 depósitos por parqueaderos” (hecho 20). El informe que se acompañó con la demanda dijo:

7. ZONAS COMUNES DE USOS EXCLUSIVO.

Revisado el Reglamento de Propiedad Horizontal, Escritura N° 1389 de la Notaria 12, se encontró, que para las zonas comunes de usos exclusivo, aunque se define su naturaleza en el artículo Dieciséis (16), no están descritas de manera particular y por lo tanto, se asume como aprobado, lo que figura en los planos. En la descripción de los bienes comunes de uso exclusivo, se hace la asignación de usos de cada uno estos, señalados en los planos.

En los planos tanto de arquitectura, como de propiedad horizontal, figuran los depósitos N° 01, 02, 03, 04, 05, 09, 10 en área de 1 sótano y 11, 12, 13, 14 y 15 en área de 2 sótano, en total 12. En sitio se encuentra que tales depósitos no existen y en cambio existen doce (12) estacionamientos, según se señala en las siguientes imágenes

En las conclusiones y recomendaciones afirmó que el “cambio de uso de 12 depósitos a estacionamientos a nuestro criterio es el más grave ya que tiene connotaciones de orden jurídico, tanto para los actuales propietarios, como para los vendedores, que en este caso es la Constructora, por lo cual aquí la única recomendación de la interventoría es entrar a sanear de manera inmediata, este error”³¹.

Según el reglamento de Propiedad Horizontal, escritura 1389 del 20 de noviembre de 2014, estos son espacios que hacen parte de los bienes comunes, pero de uso exclusivo. A continuación, refiriéndose a las áreas privadas, comunes y comunes de uso exclusivo, el artículo 16 consagró, en uno de sus apartes: “*se entienden también como áreas comunes de uso exclusivo, aquellas que expresamente se*

³¹ Archivo 01Anexos, págs. 27 y 29



conceden a los propietarios en la determinación de las unidades privadas tales como las demarcadas en los planos de propiedad horizontal como depósitos y su espacio adyacente a efecto de que puedan ser utilizadas excluyentemente a favor del propietario a quien le son asignadas, como estacionamiento de vehículos automotores"³².

Los depósitos quedaron previstos en el documento "cuadro de áreas" del edificio que "se elaboró para la investidura de dicho inmueble al régimen de propiedad horizontal", adjunto a la licencia, y solo fueron mencionados en el reglamento como de doble uso (art. 16). Ahora bien, si el destino que puede darse ha sido determinado por el propietario a quien se le asignó "el depósito y su espacio adyacente", autorizado por el reglamento, no se puede concluir que el reglamento tiene un 'error' ni que la responsabilidad sea del constructor. Por eso la reclamación solo tiene respaldo respecto de los depósitos 1 y 5 del sótano uno y 11 del sótano dos -usados como parqueadero-, por las razones que quedaron analizadas en los literales f), g) y j). Los nueve restantes mencionados en la demanda y el informe -numerados, 2, 3, 4, 9, 10, en el sótano uno y los 12, 13, 14 y 15 en el sótano dos- no adolecen del mismo vicio de ubicación que se detectó en los tres inicialmente mencionados o, por lo menos, no se aportó prueba en ese sentido. Tampoco se probó que la modificación al reglamento genere un costo cierto o determinado para la copropiedad como el que tasó el perito Rivera por esa reclamación, lo que da lugar a negar esa pretensión.

l) Obstáculo a la libre circulación peatonal. Parqueadero 1

La queja se esbozó en el informe diciendo que el "estacionamiento No. 1 (en planos depósito 1) obstaculiza la libre

³² Archivo 06ContestacionDemanda, pág. 20.



circulación... impide que exista la ruta de libre acceso a peatones con movilidad reducida” y propone anularlo para “generar paso de circulación a norma para movilidad reducida”³³. En planos el Depósito 1 queda contra el hall del ascensor del sótano 1 y, por tanto, es el mismo punto tratado en el literal f).

m) Obstáculo a la libre circulación peatonal. Parqueadero 32

El informe de la arquitecta Baquero denuncia esta inconformidad diciendo: “Así mismo a nivel de sótano 2 el parqueadero N. 32 (En planos Depósito N. 11) impide la libre circulación de peatones hacia el área del ascensor lo cual en el evento de una emergencia puede ocasionar dificultades en la evacuación”³⁴. Luego, otra vez, se trata del mismo caso planteado por la reducción de la zona de acceso tratado en el literal g).

3. El daño reclamado y el probado. El daño ecológico.

El demandante reclamó la responsabilidad por los defectos constructivos pero el daño cuya reparación pretende lo denominó ecológico. Luego el tema se reduce a establecer la responsabilidad por este tipo de lesión a un bien jurídicamente protegido, como lo es el medio natural. Dada la reciente importancia de los temas ambientales conviene al caso hacer precisión sobre la diferencia conceptual entre el daño ambiental y el ecológico.

El Consejo de Estado se ha pronunciado en ese sentido de la siguiente manera:

³³ Archivo 01Anexos, pág. 28.

³⁴ Ib.



“...el daño ambiental se define como *“las alteraciones, efectos nocivos o molestias causadas a los bienes materiales o de recursos, a la salud e integridad de las personas, así como a las condiciones mínimas para el desarrollo y calidad de vida, y que pueden limitar el ejercicio de determinados derechos [v.gr. derecho de propiedad]”*³⁵. Se comprende, también, que el daño ambiental es *“toda agresión derivada de la actividad humana en el medio natural, que causa como consecuencia la modificación o alteración en los bienes y recursos disponibles, o efectos nocivos en la salud e integridad de las personas”*³⁶.

En tanto que el daño ecológico se define como la *“degradación, deterioro o modificación del medio natural causada como consecuencia de cualquier tipo de actividad. La nota distintiva de esta definición se encuentra en que no está referida a interés individual o humano alguno, sino que se enfoca hacia la tutela del medio natural en su conjunto, como interés independiente de aquel”*³⁷. Dicho daño, para complementar su definición, comprende la *“destrucción de especies, la degradación de los recursos naturales (agua, aire, flora), la alteración de las condiciones de los suelos, el deterioro y la modificación de los sistemas ambientales en la que se integran”* (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 22 de noviembre de 2017. Medio de control de reparación directa. Exp.53.000).

También se debe notar que esta tipología de daños suele reclamarse en el marco de las acciones dirigidas a proteger intereses colectivos, como la acción popular o la de grupo.

³⁵ Citando a BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, La protección del ambiente como principio de responsabilidad de la administración pública por daños ecológicos. Tesis de la obligación positiva del Estado, ob., cit., p.619.

³⁶ Citando al mismo autor y el auto de 10 de diciembre de 2014, expediente 46107 del Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección C.

³⁷ Cita del mismo autor pp.620 y 621.



En el caso presente no puede la Sala desconocer la función social y ecológica de la propiedad privada, como lo puso de presente el perito Rivera, pero para que se consolide el daño reclamado debe probarse que se han generado efectos nocivos para el equilibrio ecológico o la estabilidad ambiental, estar frente a actos u omisiones capaces de afectar el estado natural y potencial de un sistema ecológico, de un entorno, o medio ambiente, y que por ello se produzca la destrucción, alteración o degradación de un hábitat. Nada de eso se probó aquí. En verdad, estamos frente a una afectación circunscrita a los habitantes, usuarios o visitantes de un inmueble de propiedad privada por incumplimientos normativos relacionados con el equipamiento comunal del edificio, sin potencialidad real de producir una afectación medio ambiental que califique dentro del concepto de daño ecológico. Y si ese alcance no lo tienen los incumplimientos alegados, menos podría afirmarse que logra repercutir en la salud o la vida de las personas que puedan frecuentar la edificación.

El daño es otro. El derivado de incumplimiento de normas que imponen obligaciones a quienes ejercitan la actividad de construcción. El Decreto distrital 419 de 2008, reemplazado luego por el 572 de 2015, regulando las funciones asignadas a la Subsecretaría de Inspección, Vigilancia y Control de Vivienda de la Secretaría Distrital del Hábitat, introdujeron las definiciones de “deficiencias constructivas” y “desmejoramiento de las especificaciones técnicas”³⁸ (art.2), como las invocadas en la demanda, tanto si se presentan “en bienes privados o

³⁸ **Deficiencia Constructiva:** Es una afectación presentada en los bienes privados o de dominio particular o en los bienes comunes por incumplimiento de las normas o reglamentos a los que debe estar sometida la persona natural o jurídica que desarrolle las actividades de construcción o enajenación de inmuebles destinados a vivienda. **Desmejoramiento de especificaciones técnicas:** Es una modificación total o parcial de las especificaciones del proyecto por parte del constructor o enajenador respecto de las aprobadas y ofrecidas legalmente, las contenidas en los planos y estudios de suelos, en los modelos de contratos aprobados, en los acuerdos suscritos por las partes o las mínimas establecidas en las normas vigentes.



de dominio particular como de bienes comunes” (art. 14), y que pueden dar lugar ejecutar reparaciones, en trámite de mediación siempre y cuando su reparación sea técnicamente viable (arts. 8 y 11), a sanciones económicas (art. 15), o a imposición de órdenes u obligaciones no dinerarias (art. 16). Así mismo, como se mencionó en la Resolución 399 del 14 de agosto de 2015 que aportó la demandada, son aplicables el Capítulo 5 “sanciones urbanísticas” del Decreto 1052 de 1998 en concordancia con la Ley 388 de 1997, Capítulo XI, artículos 104 y 105.

Lo explicado anteriormente reduce la pretensión de la copropiedad demandante al no haber probado todos los defectos, errores y deficiencias en el proceso constructivo que reclamó y, de paso, que resulte parcialmente admisible el medio defensivo que sobre ellos propuso la demandada, sin que ello comporte darle la razón al estudio del ingeniero Bernardo A. Socha, quien no encontró ninguna “patología de la construcción”, puesto que el enfoque de su trabajo fue la detección de fallas estructurales, problema al que se encaminó el juicio.

Entonces, están probados algunos de los incumplimientos normativos por los que se demandó al constructor frente a los copropietarios reclamantes y el coste para subsanarlos, quedando en una situación abiertamente sancionable que lo lleva a asumir las consecuencias derivadas del no acatamiento de normas urbanísticas o constructivas, importe económico que no debe pesar sobre los copropietarios. En consecuencia, corresponde a la Sala estimar su monto.

a) Para dotar el inmueble de las zonas verdes en terraza ofrecidas, el perito consideró dos facetas: una adecuación de las jardineras inconclusas y otra la implantación de las áreas verdes faltantes. Cada una las estimó por los costos de material más la



administración, imprevistos y utilidad (AUI) en \$1 195 517 y \$2 873 506, respectivamente. Total \$4 070 023.

b) Con independencia del uso que se haya dado a los espacios, pues el reglamento lo permite, las áreas demarcadas como depósito 1 y 5 en el primer sótano y depósito 11 en el segundo, no debieron quedar en la locación prevista en planos porque, en dos casos, obstaculizan acceso y movilidad a personas en condiciones de discapacidad y, en otro, al cuarto eléctrico de emergencia. Ahora bien, la reparación a la copropiedad no se hará considerando el área asignada a parqueaderos por el constructor (10.08 o 10.35 metros cuadrados, según planos), pues la afectación recae en tres depósitos que en planos no tienen determinada su área. Para su estimación se acogerá el dictamen de la arquitecta Ballesteros, quien explicó cómo a partir del método comparativo de mercado era posible asignar a un parqueadero de uso común el valor de \$21 060 000, y cómo, acudiendo al derecho que se asigna por la Ley 675 de 2001 al propietario que goza de la "prebenda" de uso exclusivo, se "puede cuantificar... un incremento del del 15%" a los parqueaderos con esa característica (\$24 219 000); a su vez, que el parámetro para valorar el garaje de uso privado "tendrá un mayor valor" por contar con "matrícula inmobiliaria independiente", permitiendo al propietario "realizar negociaciones" (27 378 000). Y si los tres depósitos, usados como estacionamientos, son bienes de uso exclusivo asociados a unidades de dominio probado, se atenderá la valuación de la experta Ballesteros para los parqueaderos con esa categoría, pero considerada el área mínima señalada en la norma -9.9 metros cuadrados- (artículo 4 del Decreto distrital 1108 de 2000), es decir, \$24 219 000 por cada uno. Total \$72 657 000.

No hay que perder de vista que la demanda promovida contó con el beneplácito de los copropietarios, como lo reconoció el



administrador en su interrogatorio³⁹ y que, al solicitar la indemnización por los incumplimientos normativos, no están reclamando a la constructora la adecuación o modificaciones sino la “compensación”. Luego, le corresponderá a la Copropiedad acordar con los propietarios lo que corresponda a cada uno de ellos para solucionar las afectaciones a sus derechos particulares, asunto que no compete a la jurisdicción, en la forma que se planteó la demanda.

c) Ahora bien, siendo una situación innegable la falta de 13 cupos o espacios para ciclistas en sentido vertical y que según quedó explicado por los peritos en la audiencia del 30 de agosto, cada bicicleta necesita un espacio de 0.75 m² y el metro se estimó en un valor distinto por cada uno, pero que apenas difiere en \$455 425, la Sala tomará el valor medio, lo multiplicará primero por la fracción de metro necesario por cada bicicleta y luego por el número de cupos reclamados:

$$\$2.354.985 * 0.75 * 13 = \$22.961.109$$

La indemnización no incluye el equipo o aparato para colocación de las bicicletas, porque lo que se está reconociendo es la compensación por el cupo donde el constructor no asumió el costo del elemento a utilizar.

d) Por el sistema oruga salva escaleras cada perito presentó un valor. La demandante de \$29 155 000, adjuntando la cotización de GRAM en la que dice: “La oruga de movilidad asistida es un elevador móvil único y muy económico. Representa una alternativa favorable a salva escaleras con plataforma. Gente en silla de ruedas está capacitada para bajar y subir escaleras rectas en su propia silla de ruedas sin ayuda de un asistente” (se destaca). La arquitecta valoró un

³⁹ Min. 37:08, Archivo 19Videoaudienciainicial.



equipo oruga en \$14 784 050, sin cotización adjunta, pero haciendo referencia a uno que se encuentra en LOCATEL, ofrecido como ORUGA ANTANO SALVAESCALERA Referencia: LG2004 Registro Sanitario: 2016DM-0015178. La Sala atenderá el valor presentado por el arquitecto Bohórquez dado que justificó su costo con la prueba pertinente.

e) En relación con la ejecución de la obra para las rampas de acceso de la plataforma de estacionamiento al hall del ascensor en los sótanos 1 y 2, se escogerá el valor dado por el arquitecto Bohórquez, quien explicó que "se necesitan salvar 9 centímetros, pero para que se garantice que no se va a rodar la silla, el largo de 3.20 y el ancho de 1.20 con una pendiente solamente del 3%"⁴⁰, por ser la que brinda mayor facilidad y comodidad para la persona con limitaciones frente a la obra propuesta por la arquitecta Ballesteros.

Por lo anterior, la llamada excepción de improcedencia de perjuicios por estricto cumplimiento, basada en la aprobación de la licencia por la curaduría y el cierre de la investigación que adelantó la Alcaldía Local de Barrios Unidos (Resolución 0399 del 14 de agosto de 2015), resultará impróspera frente a la estimación del perjuicio que se ha hecho.

Resumen:

	Concepto	Descripción	Valor
a	Adecuación de la terraza para completar las zonas verdes	Adecuación jardines 13,7 m2	\$ 1.196.517
		Áreas verdes faltantes 24,55 m2	\$ 2.873.506

⁴⁰ Min. 52:32 a 52:50 archivo "31AudienciaPruebasSustentaciónyFallo30-08-2022Parte2"



b	valor actual de un área o espacio para un parqueadero de uso exclusivo por compensación de los depósitos 1, 5 en sótano 1 y 11 en sótano 2	Parámetros: área mínima de 9,9 m2 cubierto, sin servidumbre Valor metro cuadrado \$24 219 000. Número requerido: 3	\$ 72.657.000
c	valor actual de un cupo o espacio de uso común necesario para bicicleta en el Edificio mencionado	Parámetros: Espacio por bicicleta: 0,75 m2 Número requerido: 13 Valor metro cuadrado \$2.354.985	\$ 22.961.104
d	Solución para lograr que las personas con limitaciones de movilidad puedan acceder desde el piso 6 a la terraza o cubierta	Oruga salvaescalera	\$ 29.155.000
e	Rampas de acceso para personas con movilidad reducida para superar el desnivel entre la placa de parqueaderos y el hall del ascensor en los sótanos 1 y 2.	Parámetro: pendiente de inclinación 3' longitud 3.20 m ancho 1.20 m Número 2	\$ 1.087.765
TOTAL DE LAS OBRAS			\$ 129.930.892

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala Primera Civil de Decisión, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **REVOCA** la sentencia del 29 de septiembre de 2021 proferida por el juzgado 41 civil del circuito y en su lugar **RESUELVE**:

1. DECLARAR probada parcialmente la excepción de inexistencia de defectos, errores y deficiencias en el proceso constructivo y desestimar la de improcedencia de perjuicios propuestas por la demandada.

2. DECLARAR que la sociedad Construproyectos Line S.A.S., en la construcción del Edificio Empresarial La Castellana, incumplió normas que constituyen deficiencias constructivas de las zonas comunes en (i) la terraza o cubierta, por no cumplir con la cantidad de área verde ofrecida en planos, (ii) la ubicación del cupo necesario para el parqueo de 13 bicicletas, (iii) la disposición de tres



espacios para depósitos o parqueaderos como zona común de uso exclusivo que obstruyen los acceso a otros bienes comunes y la movilidad de personas en situación de discapacidad, (iv) la omisión de rampas que superen el desnivel de la plataforma de parqueaderos al hall donde se encuentra ubicado el ascensor de los sótanos 1 y 2, y (v) generar una barrera arquitectónica que impide que aquellas personas puedan subir del sexto piso a la zona verde recreativa de la cubierta y terraza.

3. En consecuencia, CONDENAR a Construyproyectos Line S.A.S. a pagar a la propiedad horizontal Edificio La Castellana 94, como representante de los copropietarios, la suma de \$129 930 892 como indemnización por los perjuicios causados, dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

4. Negar las demás pretensiones de la demanda.

5. Condenar en costas a la demandada en un porcentaje del 10% de las causadas en el proceso. El juez fijara las agencias en derecho que correspondan a la primera instancia. No habrá condena en costas en segunda instancia por la prosperidad parcial del recurso (art. 365, num. 4 y 5, C.G.P.).

NOTIFÍQUESE,

Firmado Por:

Ricardo Acosta Buitrago
Magistrado
Sala Civil Despacho 015 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Marco Antonio Alvarez Gomez
Magistrado

Sala 006 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jesus Emilio Munera Villegas
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: **f46ad00c0e333eb91f938b895784d3812ec3e7f3aff8e675609ddb6c5b4d4d8e**

Documento generado en 14/09/2022 04:41:32 PM

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

Declarativo
Demandante: Luis Alberto Pinilla Rincón
Demandado: Amanda del Carmen Rojas de Rincón y otros
Exp. 044-2018-00538-01

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., catorce de septiembre de dos mil dieciocho

En el efecto suspensivo, se admite el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia. Por secretaría, contabilícense los términos pertinentes.

El plazo para definir la alzada se deberá contabilizar a partir del trece del presente mes y año, comoquiera que en esa calenda ingresó el expediente a este despacho, luego de que se dejaron sin valor y efecto las decisiones adoptadas por otra oficina de esta sala especializada.

Téngase en que cuenta que, si bien la decisión de primer grado fue emitida el veintiocho de mayo de dos mil veintiuno, el proceso fue remitido al tribunal el nueve de agosto de la presente anualidad.

Notifíquese,

LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado

Firmado Por:

Luis Roberto Suarez Gonzalez

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: **f78361cd299ffa73cccbd5eb2ea70c475b3a544d8e42bbb728bcec06eea8a67a**

Documento generado en 14/09/2022 02:52:10 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. 110013103000202102343 00**

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

**REF. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN DE SAIDA
ELIANA CAMACHO RIAÑO Y OTROS CONTRA ASEGURADORA
SOLIDARIA DE COLOMBA Y OTROS.**

Magistrado Sustanciador. **CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ**

Procede el Tribunal a resolver sobre la admisión del recurso de revisión formulado por Saida Eliana Camacho Riaño, Yacna Juliana Camacho Riaño y Edinson Camacho Riaño, respecto de la providencia proferida el 21 de octubre de 2019 por el juzgado Diecinueve Civil del Circuito de esta ciudad, dentro del trámite del proceso declarativo que en esa sede judicial cursó contra Aseguradora Solidaria de Colombia, Madelbi Andrea Ballesteros Castillo y Lyda Esther Celedon Zapata.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 354 del Código General del Proceso prevé que *“El recurso extraordinaria de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas”*.

Descendiendo al estudio del caso que ahora ocupa la atención de esta Corporación, se observa que los señores Saida Eliana Camacho Riaño, Yacna Juliana Camacho Riaño y Edinson Camacho Riaño impetró recurso de revisión contra el auto que terminó el litigio por desistimiento tácito, en contravía de lo normado del artículo 354 *ejusdem*, determinación que no puede ser susceptible de estudio a través de revisión, ya que no se configura el supuesto normativo previsto en la norma adjetiva por tal motivo se declarará inadmisibile el

recurso de súplica aquí pretendida.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR INADMISIBLE el recurso extraordinario de revisión presentado por los demandantes, contra el auto proferido el 23 de octubre de 2019, por el juzgado Diecinueve Civil del Circuito de esta ciudad en la que se declaró terminado el proceso 110013103019201700312 00 por desistimiento tácito.

SEGUNDO: Una vez en firme el presente proveído archívense las diligencias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


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: c71ccf2e6ff2b4f75cc38c531a99730a1ff4a0fee470173732990c82ace6968c

Documento generado en 14/09/2022 01:04:52 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
SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN
Rad. 110012203000202201823 00

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre del año dos mil veintidos (2022)

INADMITESE la anterior demanda, so pena de rechazo, para que en el término de cinco (5) días, conforme lo impera el inciso 5° del artículo 358 del Código General del Proceso se subsane (n) el (los) siguientes defectos:

1.- Apórtese el certificado de tradición del bien objeto del proceso actualizado y reciente (*núm. 2° art. 90 C.G. del P. concordante núm. 5° art. 375 ibíd.*).

2.- Alléguese certificado catastral actualizado y reciente del bien pedido en pertenencia (*núm. 2° art. 90 C.G.P. concordante núm. 11 art. 82 y núm. 3° art. 26 ejus.*).

3.- Adecúese las pretensiones y hechos de la demanda indicando de manera clara y precisa cual es la causal por la que se presenta el recurso de revisión y los reparos concretos contra la sentencia proferida por el juzgado Tercero Civil Circuito Transitorio de esta ciudad (*núm. 4° art. 82 del C.G.P. concordante art. 355 y núm. 3° art. 90 ibíd.*).

Presente nuevo escrito de demanda con las correcciones del **caso** conforme lo prevé el inciso 2° del artículo 89 del Código General del Proceso.

Notifíquese y Cúmplase,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'César Ángel Tuley-Roa'.

**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: **f738bf2674976ee2b233ffc09d91a095aeb2a562d91c694e8386ab198f98de0**

Documento generado en 14/09/2022 01:04:55 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. Recurso de revisión interpuesto por **ELISENIA SALAMANCA** en contra de la sentencia proferida el 28 de noviembre de 2019, por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, dentro del proceso verbal promovido por **JESÚS VEGA LEÓN** en contra de la recurrente. **Rad.** 11001-2203-000-2022-01937-00.

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

I. ASUNTO A DECIDIR

Se resuelve lo pertinente con respecto a la demanda por medio de la cual Elisenia Salamanca, a través de apoderada, interpuso recurso extraordinario de revisión frente al fallo emitido el 28 de noviembre de 2019, por el Estrado Quinto Civil del Circuito de esta capital, al interior del proceso verbal de Jesús Vega León en contra de la promotora de ese medio de impugnación.

II. ANTECEDENTES

1. La parte actora, por intermedio de procuradora judicial, presentó demanda contentiva del recurso de revisión, en contra de la memorada decisión, la cual fue repartida a este despacho el día 9 de septiembre del año en curso.

2. Como fundamento de ese mecanismo, se invocó la causal contemplada en el numeral 1 del artículo 355 del Código General del Proceso, la cual se aduce configurada porque se dejó de lado la prueba de la existencia de la sociedad civil de hecho que conformó con Jesús Vega León, desconociendo los derechos que la hoy demandante tiene sobre el inmueble distinguido con

el folio de matrícula 50S-48881, siendo “*ilegal e injusto*” que se le ordene en el fallo materia del recurso su entrega total¹.

III. CONSIDERACIONES

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de revisión de la referencia, según lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 31 del Código General del Proceso, ya que se instauró en contra de una sentencia dictada por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de esta ciudad.

El canon 355 de la misma Codificación regula las causales del medio de impugnación en comento, incluyendo en el numeral 1 la correspondiente a “*1. Haberse encontrado después de proferida la sentencia documentos que habrían variado la decisión contenida en ella, y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria*”.

A su vez, el inciso tercero de la regla 358 del referido Estatuto previene que “[s]in más trámite, la demanda será rechazada cuando no se presente en el término legal, o haya sido formulada por quien carece de legitimación para hacerlo”.

Acerca de la oportunidad para ejercer el medio de impugnación bajo análisis, el inciso primero del canon 356 *ejúsdem*, dispone que “*podrá interponerse dentro de los dos (2) años siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia cuando se invoque alguna de las causales consagradas en los numerales 1, 6, 8 y 9 del artículo precedente*”.

En el caso presente, se cuestiona el fallo del 28 de noviembre de 2019, el cual se notificó por estado del día 29 siguiente², providencia respecto de la cual no se pidió aclaración y complementación; sin embargo, fue apelada por la demandada en ese juicio, medio de impugnación que se declaró desierto en auto del 21 de enero de 2020³, por lo que su ejecutoria se produjo el 4 de diciembre de ese año, de acuerdo con lo previsto en el canon 302 del

¹ Archivo “02.DemandaRecursoRevision.pdf”.

² Archivo “06.Sentencia Juzgado 5 Civil del Circuito.pdf”.

³ Archivo “07.Auto Resuelve Recurso 201800359F resuelve recursos.pdf”.

Estatuto Ritual Civil, a cuyo tenor:

“Las providencias proferidas en audiencia adquieren ejecutoria una vez notificadas, cuando no sean impugnadas o no admitan recursos.

“No obstante, cuando se pida aclaración o complementación de una providencia, solo quedará ejecutoriada una vez resuelta la solicitud.

“Las que sean proferidas por fuera de audiencia quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos”.

En ese orden, se establece que el recurso de revisión es extemporáneo, porque entre la ejecutoria de la providencia cuestionada -4 de diciembre de 2019- y la radicación del mecanismo de impugnación extraordinario -9 de septiembre de 2022-, transcurrieron más de los 2 años previstos en el inciso primero del canon 356 *ejúsdem*, plazo que se cumplió el 23 de marzo de la presente anualidad.

Entonces, desde el 5 de diciembre de 2019 (día siguiente a la ejecutoria), hasta el 15 de marzo de 2020, pasaron más de 3 meses, pues entre el 16 de marzo de ese año y el 1 de julio de 2020, se suspendieron los términos judiciales, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 564 de 2020, a cuyo tenor:

“Artículo 1. Suspensión términos de prescripción y caducidad. Los términos de prescripción y de caducidad previstos en cualquier norma sustancial o procesal para derechos, acciones, medios de control o presentar demandas ante la Rama Judicial o ante los tribunales arbitrales, sean de días, meses o años, se encuentran suspendidos desde el 16 marzo 2020 hasta el día que el Consejo Superior de la Judicatura disponga la reanudación de los términos judiciales.

El conteo de los términos de prescripción y caducidad se reanudará a partir del día hábil siguiente a la fecha en que cese la suspensión de términos judiciales ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura. No obstante, cuando al decretarse la suspensión de términos por dicha Corporación, el plazo que restaba para interrumpir la prescripción o hacer inoperante la caducidad era inferior a treinta (30) días, el interesado tendrá un mes contado a partir del día siguiente al levantamiento de la suspensión, para realizar oportunamente la actuación correspondiente”.

Norma que se declaró exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-213 de 2020, a excepción de la expresión “*caducidad*”, prevista en el párrafo del artículo 1 del citado Decreto, cuya inexecutable se proclamó.

Ahora, mediante el Acuerdo PCSJA20-11567⁴, emitido por el Consejo Superior de la Judicatura, se dispuso en el artículo 1, lo siguiente:

“Artículo 1. Levantamiento de la suspensión de términos judiciales. 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”.

Luego, el plazo se reanudó el 2 de julio de 2020, vale decir, el día hábil siguiente, conforme a la regla contenida en el canon 1 del Decreto 564 de 2020, debiendo continuarse con el conteo desde esa calenda.

Así, entre la anotada fecha y el 8 de septiembre de 2022 -día anterior a la presentación del recurso de revisión-, corrieron dos años, 2 meses y 6 días, a los que deben sumarse los 3 meses y 10 días ya transcurridos desde el 5 de diciembre de 2019 (día siguiente a la ejecutoria de la sentencia censurada en revisión) hasta el 15 de marzo de 2020, arrojando un total de 2 años, 5 meses y 16 días.

Es de resaltar que, al tratarse de una suspensión de términos, como claramente se definió en el Decreto 564 de 2020 y en el Acuerdo PCSJA20-11567, el plazo transcurrido hasta antes del aplazamiento debe ser tenido en cuenta, pues en este caso no operó la interrupción.

Para distinguir entre ellos, la doctrina ha explicado lo siguiente:

“Estos dos fenómenos tocan con las vicisitudes que pueden darse en los eventos previstos en los incisos cuarto y quinto del art. 118 del CGP, el primero de los cuales consagra la interrupción del término, hipótesis en cual el plazo corrido deja de contarse y de ser el caso, volverá a correr íntegramente el mismo, mientras que en el evento de la suspensión el término que había corrido mantiene sus efectos pero se suspende su cómputo para reanudarlo posteriormente en lo que faltó. En otras palabras, interrupción del término conlleva borrón y cuenta nueva; suspensión mantener lo corrido pero dejar de computar para más tarde reiniciar el conteo”⁵.

Puestas de este modo las cosas y teniendo en cuenta que la demanda del recurso de revisión se radicó el 9 de septiembre de 2022, se revela claro que la formulación de la impugnación resulta extemporánea, por lo que es evidente la configuración del fenómeno de la caducidad.

⁴ “Por medio del cual se adoptan medidas para el levantamiento de los términos judiciales y se dictan otras disposiciones por motivos de salubridad pública y fuerza mayor”.

⁵ López Blanco Hernán Fabio, Código General del Proceso, Parte General, Segunda Edición. Dupré Editores, Bogotá, D.C., Colombia 2019, página 490.

Cabe advertir que, contrario a lo sostenido por la parte actora, el fallo censurado no alcanzó ejecutoria el 21 de septiembre de 2020, sino el 4 de diciembre de 2019, como ya se indicó, por cuanto la declaratoria de desierta de la apelación interpuesta en contra de esa determinación supone la renuncia a ese recurso, entendiéndose que éste no fue formulado y, por lo tanto, su firmeza se alcanza sucedidos 3 días después de su notificación por estado.

Así, lo ha explicado la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, al decir:

“Ahora, cuando se desiste⁶ o se declara desierto el remedio propuesto, la jurisprudencia de la Sala ha entendido que lo que se presenta es una renuncia a este y, por ende, como si nunca se hubiera planteado, por lo que dicho fenómeno procesal acaecerá una vez notificado el pronunciamiento y finiquitado el término previsto en la norma para su formulación⁷.

En el asunto bajo examen, la causal de revisión alegada fue la prevista en el numeral 1° artículo 355 del Vigente Estatuto Adjetivo Civil, de donde se tiene que el término para formular el presente recurso extraordinario es de dos (2) años, contados a partir de la ejecutoria del fallo impugnado.

*Ahora bien, la sentencia de segunda instancia confutada fue dictada en audiencia el 6 de abril de 2018⁸, quedando en firme el **16 de abril de 2018**⁹, ante la declaratoria de deserción del recurso extraordinario de casación propuesto por los recurrentes, por falta de sustentación, (...)*

*En efecto, como se anotó en el punto anterior de las consideraciones, **la aludida circunstancia produce que la firmeza de la sentencia se adquiera no con la providencia que declaró desierto el mecanismo extraordinario, sino al vencimiento del plazo dentro del cual era factible presentar dicha impugnación.***

En un caso idéntico al presente, dijo la Corte lo siguiente:

(...)

En efecto, en el auto de 19 de junio de 2001, Rad. 2001-0062-01, donde se rechazó de plano un recurso de revisión por ser extemporánea su proposición, la Corte expresó:

*‘(...) el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de segundo grado fue declarado desierto por la Corte, por no sustentarse oportunamente, fenómeno que automáticamente trajo consigo la ejecutoria de la sentencia recurrida (...) Empero, dicho pronunciamiento no adquirió firmeza con la ejecutoria de la providencia que declaró la deserción del recurso, como pretende la parte recurrente, **pues si el hecho que dio lugar a dicha declaración, tácitamente implica el desistimiento del recurso por su proponente,** es decir, su renuncia, situación que procesalmente equivale a la ausencia de impugnación, la ejecutoria de la sentencia que por tal medio pretendió recurrirse, se produjo, conforme al artículo 331 el Código de Procedimiento Civil, al vencerse el término dentro del cual podían interponerse los recursos procedentes, concretamente, el recurso de casación, por ser el único admisible’ (resaltado a propósito).*

En ese mismo sentido, en auto de 12 oct. 2001, Rad. 2001-0156-01, insistió la Sala en que

‘Obra en el expediente (...) una copia informal del auto (...) por medio del cual se declaró desierto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia atrás mencionada (...) Es evidente, entonces, que como consecuencia de esa deserción, existió un desistimiento tácito, un abandono del recurso de casación; por ello, desaparece como

⁶ Aquí cabe también la aclaración, adición y corrección.

⁷ Al respecto, entre otros, CSJ AC814-2018, AC2428-2018 y AC2997-2020.

⁸ Archivo D11001020300020210047200_PROCESO_2021218144920.pdf., Exp. Digital.

⁹ Luego de transcurrido el término de cinco (5) días previsto para la interposición del recurso extraordinario de casación (Inc. 1°, Art. 337 del C.G.P.).

*impugnación y, según lo reglado por el artículo 331 del citado Código de Procedimiento Civil, quedó de antaño en firme la sentencia. **No es posible confundir la ejecutoria del auto que declaró desierto el recurso, con la ejecutoria misma de la decisión que a través de éste se buscó controvertir.** En otras palabras, luego de que se lo declaró desierto, fáctica y jurídicamente sólo puede aludirse a un simple conato de recurso de casación, que no empiece la ejecutoria de la sentencia, no prolonga ese perentorio plazo. Más elípticamente aún: es como si jamás se hubiera interpuesto en verdad el recurso de casación' (énfasis adrede). (CSJ, AC2997-2020)¹⁰ (resaltado para destacar).*

En tales condiciones, forzoso resulta rechazar de plano la demanda contentiva del recurso de revisión, con respecto al fallo cuestionado.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la suscrita Magistrada de la Sala Civil del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

V. RESUELVE

Primero. RECHAZAR la demanda de revisión de Elisenia Salamanca frente a la sentencia del 28 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, dentro del proceso verbal de Jesús Vega León contra la recurrente.

Segundo. Se reconoce personería a la doctora Olga Niño Carrillo, como apoderada de la parte actora, en los términos y para los efectos del mandato conferido.

Tercero. En firme esta providencia, por la Secretaría de la Sala archívese el expediente digital, previas las constancias a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Aida Victoria Lozano Rico

Magistrada

Sala 016 Civil

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

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, AC2440-2021, Rad. 2021-00472-00, 18 de junio de 2021.

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: **857f933d1d47df95df5a31b683ab6a0eb9c8eae1b4950c8f7a2131683fcc5efe**

Documento generado en 14/09/2022 03:20:27 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. Sala Civil

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Rdo. 001202000190 01

Se admite el recurso de apelación que los fideicomisos demandados interpusieron contra la sentencia de 22 de junio de 2022, proferida por el Juzgado 1º Civil del Circuito de la ciudad dentro del proceso de la referencia.

Oportunamente, retorne el proceso al Despacho.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Marco Antonio Alvarez Gomez

Magistrado

Sala 006 Civil

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

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

Código de verificación: **a025d7ce2f981bce129ec993c8cbfe1c42cf3330ade74eca9da03eca7d57cece**

Documento generado en 14/09/2022 10:03:14 AM

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

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

Exp.: 001202000190 01

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., catorce de septiembre de dos mil veintidós

Ponencia presentada y aprobada en Sala Civil de Decisión según acta de 31 de agosto de 2022

Proceso: Verbal.
Demandante: Wille Inversiones S.A.S.
Demandada: Fabio Alberto Méndez Pinilla y otros.
Radicación: 110013199002201700390 11
Procedencia: Superintendencia de Sociedades
AI-153/22.

Decide la Sala las peticiones de aclaración, corrección y/o adición que presentaron ambas partes respecto de la decisión proferida el 4 de agosto de 2022.

Antecedentes

1. En escrito presentado dentro del término de ejecutoria de la sentencia proferida por esta Sala de Decisión, el apoderado de la parte actora solicitó aclaración, corrección y/o adición de la sentencia con los siguientes puntos: i) *“La sentencia no es clara respecto del reparo relacionado con la violación al debido proceso por la omisión en el decreto y práctica de una prueba pericial debidamente solicitada por Wille.”* ii) *“El H. Tribunal en la sentencia aplica la teoría de “saneamiento” de la nulidad o ratificación de los actos celebrados en conflicto de interés, no es clara respecto del actuar contrario a la buena fe y lealtad”.* iii) *“La sentencia no es clara respecto al fundamento de exigir la impugnación de decisiones sociales en los términos del artículo 191 del Código de Comercio, para cuestionar la nulidad de actos en conflicto de interés”,* iv) *“El H. Tribunal omitió pronunciarse respecto de los efectos de la no contestación de la demanda por parte de Sunn LLC”.*

Por otro lado, el apoderado de Manufacturas y Procesos Industriales Ltda. solicitó adición en el sentido que aquella no resultó beneficiaria de la condena impuesta en costas contra Wille Inversiones S.A.S.

Por su parte, el apoderado de Ingeniería Infraestructura y Telecomunicaciones -INFRATEL Ltda.-, Méndez Pinilla S.A.S.,

Parque Ambiental Mundo Limpio S.A.S., Impermeabilizaciones Especiales -Impes S.A.S.-, Proquimsa S.A.S., Sunn LLC, Sunn Colombia S.A.S., Ladislado Sistiva Vargas, Diego Luís Serrano Pinilla, Carlos Enrique Méndez Pinilla y Javier Ulloa Duarte, peticionó adición de la providencia en el sentido de condenar en costas a la actora a favor de Impermeabilizaciones Especiales -Impes S.A.S.- y de Javier Ulloa Duarte.

Consideraciones.

1. Respecto de la aclaración de providencias el artículo 285 de la ley 1564 de 2012 prevé:

“La 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”

Conforme a la norma en cita, la aclaración opera cuando lo resolutive de una providencia, o su motivación fundamental, son ambiguas, confusas o insondables, de modo tal que obstaculicen la comprensión de la decisión judicial, o de los argumentos que soportan esa resolución, según el caso. Sobre el particular, se ha insistido en que:

“(…) la aclaración (…) procede cuando se incluyan concepto o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, bien porque se encuentren en la parte resolutive, ora porque influyan en ella, aserción que pone en evidencia la necesidad de verificar la presencia de algunos requisitos (...): (i) petición o pronunciamiento de oficio en los términos de ejecutoria; (ii) presencia de conceptos o frases equívocas; y (iii) ambigüedad en la resolución o que el equívoco se determine desde la motivación.

La figura supone la intención del legislador de conjurar la imposibilidad de cumplimiento de una providencia por ininteligibilidad de lo que ella dispone, e implica que tan sólo sucede cuando la frase o el concepto, tomados en conjunto con el cuerpo del fallo, puedan interpretarse en sentidos diversos o generen “verdadero motivo de duda”, según textualmente expresa la norma”¹.

2. El canon 286 de la Ley 1564 de 2012 prevé la procedencia de corrección de providencias por errores aritméticos, cambio de palabras o alteración de éstas, en estos dos últimos casos *“siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella”*.

3. En cuanto a la adición, el artículo 287 del estatuto procesal civil dispone que procede *“Cuando la sentencia omite resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis, o sobre cualquier otro punto que de*

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, providencia AC4594-2018 del 22 de octubre de 2018, MP. Luís Alfonso Rico Puerta; reiterada por dicha Corporación mediante providencia AC5534-2018 del 19 de diciembre del mismo año, con ponencia del mismo Magistrado.

conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento”, y ello procede de oficio, o a solicitud de parte, siempre y cuando sea dentro del término de ejecución.

De la norma en cita, se concluye que la complementación de la sentencia procede cuando se dejen de resolver puntos planteados por una de las partes, o cuando se omita pronunciamiento integral sobre lo pedido.

4. Con las anteriores precisiones, emerge coruscante la improcedencia de la aclaración, corrección o adición de la sentencia emitida en el *sub lite*, tanto así que el demandante no atina a identificar ninguna e indistintamente solicitó bajo la mención de las tres hipótesis jurídicas, como sí se trataran del mismo fenómeno.

En una lectura integral, minuciosa y completa de la sentencia emitida por esta Corporación, encontrara el libelista los argumentos de orden fáctico, probatorio y jurídico en que se erigió la decisión, con los que se resolvieron todos y cada uno de los reproches planteados contra la sentencia de primer grado; sin que su desacuerdo con el trabajo hermenéutico y la resolución, constituyan motivo para adicionar, corregir o aclarar la sentencia.

En efecto, se resolvieron los reparos referentes a la presunta violación al derecho de defensa y debido proceso por la omisión del decreto y práctica de una prueba; porfía el litigante en traer a colación el tema del dictamen pericial sobre el que se definió en providencias que causaron ejecutoria tal cual como se le recordó en el numeral 3.1.1. de la providencia; y so pretexto de aclaración pasa a cuestionar la sentencia de segundo grado diciendo que *“es importante señalar que cuando la norma refiere a que la autorización no puede ser autorizada cuando causa un “detrimento” a la Compañía, realmente no refiere al concepto de daño o “detrimento” como lo define el H. Tribunal sino que, por el contrario, refiere al concepto de perjuicio.”* [sic], cuando sin duda la discrepancia de la parte con la decisión no hace viable la aclaración.

De allí que su ruego para que se *“aclare cuál es el fundamento jurídico para indicar que que las pruebas solicitadas debían ser conducentes para probar un daño y no para probar perjuicios, como lo pretendía la demanda, (fundamento que utiliza para denegar la prueba pericial), sin embargo el decreto 1925 de 2009 y el artículo 23 de la ley 222 de 1993, establecen que la autorización no podrá otorgarse si ocasiona perjuicios a la compañía”*, es absolutamente improcedente.

De otro lado, tergiversa el razonamiento del Tribunal, pues en ningún momento se afirmó que los demandados sacaron provecho de su culpa, simplemente se citó lo que el actor dijo, tal cual como lo transcribe el litigante: *“Ahora, que el demandado saque provecho o no de su propia culpa como lo sostiene el demandante, es de memorar que se trata de una nulidad saneable y atendiendo a los postulados expuestos el hecho de haber puesto a consideración de la junta de socios el eventual conflicto de interés en todo caso saneó la nulidad. Adicional a que tiene*

efectos retroactivos como ya se argumentó.”; y soslaya todo el análisis jurídico, jurisprudencial, doctrinal y probatorio precedente, del que ya se había indicado que “Como primer aspecto relevante, no se encuentra que alguno de los contratos celebrados entre Manufacturas y Procesos Industrial Ltda. se infrinjan las buenas costumbres o el orden público ni contraríen la ley, por el contrario, con la ratificación ejercida se encuentra que el objetivo fue mantener los intereses vitales de la compañía, la existencia, preservación y armonía de su actividad. Dicho mecanismo, para este asunto, tiene como objeto mantener la organización, productividad y equidad del sistema económico.”

Todos los reparos fueron abordados, estudiados y de esa tarea se concluyó la infundabilidad de los mismos; lo que echa de menos el demandante esta ampliamente explicado, así los aspectos relacionados con la supuesta ausencia de análisis de la buena fe y la lealtad, fue temática a la que se le dedicó especial y amplio examen (numeral 3.3.); de igual forma, se desarrolló lo atinente a la impugnación de decisiones sociales en los términos del artículo 191 del Código de Comercio (numeral 3.3.5., 3.3.9.). Se insiste el demandante cuando reclama que *“se hace necesario que el H. Tribunal aclare que, el hecho de que una decisión social quede en firme, bien sea porque caducó la acción de impugnación o porque se resolvió desfavorablemente, no implica que esa decisión saneé una nulidad por violación al conflicto de interés, cuando ocasiona perjuicios a la compañía.”*, no está pidiendo aclaración de algún argumento ambiguo, sino que manifiesta su disenso con lo considerado y decidido, para que se acoja su planteamiento, lo que no es procedente.

Pero claro, si se toman unas líneas aisladas de la providencia, como lo hace el peticionario, el lector no hallara las respuestas a sus inquietudes, porque la sentencia es un todo que debe ser comprendido en su integridad, engranando todos los argumentos allí vertidos.

Tampoco es procedente la petición de corrección, en la medida que no hay ningún yerro aritmético o mecanográfico en la parte resolutive o, en la parte considerativa que incida en aquella.

Por último, en lo que atañe a la falta de valoración de la ausencia de contestación de Sunn LLC, se memora que no hubo reparo por parte del demandante en ese sentido, pero en todo caso acerca de la relación con esa entidad, véase el justiprecio probatorio consignado en el numeral 3.3.6. porque es que las pruebas se analizan una a una y en conjunto, sin que pueda el juzgador basar su decisión sólo en alguna de ellas soslayando el restante material probatorio; tener por cierto la existencia de contratos con esa compañía es una cosa, pero lo que se destacó es que el actor no probó en qué consistieron tales negocios, ni sus condiciones puntuales, *“la naturaleza y alcance de esas operaciones”* puesto que no aportó la traducción oficial de los respectivos documentos.

En ese orden de ideas, no existe la inexactitud, penumbra o ambigüedad alegada y tampoco la ausencia de resolución de alguno de los puntos sometidos a estudio, máxime cuando en la petición se exponen apartes de providencia distorsionado en su interpretación las conclusiones a las que llegó la Sala basada en la ponderación y análisis de los contratos y actas sometidas a estudio judicial.

5. Manufacturas y Proceso Industriales Ltda. solicitó adición en el sentido que aquella no resultó beneficiaria de la condena en costas impuesta contra Wille Inversiones S.A.S., en el mismo sentido pidieron Impermeabilizaciones Especiales -Impes S.A.S.- y Javier Ulloa Duarte; no obstante, basta con leer el numeral 3.3.11, en el cual se expuso el motivo por el cual no podía condenarse en costas al demandante en favor de todos los demandados.

6. En tal virtud, ninguna de las peticiones de corrección, adición y de aclaración son procedentes.

Decisión

En armonía con lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Civil de Decisión, **RESUELVE:**

1. **NEGAR** las peticiones de aclaración, corrección y adición de la sentencia proferida por esta Sala el 4 de agosto de 2022.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Magistrada

110013199002201700390 11

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Magistrada

110013199002201700390 11

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

Magistrado

110013199002201700390 11

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: **f17549173a577d764aec263e95cbb9779b53a7041a538464b39a01b5487ad3a5**

Documento generado en 13/09/2022 07:05:49 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., catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

1. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Magistrada Ponente: **CLARA INÉS MÁRQUEZ BULLA**
Radicación: 110013199002 2020 00170 01
Demandante: Omar Eduardo Suárez Gómez
Demandados: Camila Trujillo Mejía y otros
Proceso: Verbal
Asunto: Recurso de Súplica

Discutido y Aprobado en Sala Dual de Decisión del 8 de septiembre de 2022. Acta 37.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se resuelve el recurso de súplica interpuesto contra la providencia proferida el 22 de agosto de 2022, por la Magistrada Ponente Aída Victoria Lozano Rico, dentro del proceso **VERBAL** interpuesto por **OMAR EDUARDO SUÁREZ GÓMEZ** contra **CAMILA TRUJILLO MEJÍA, PAULA ANDREA LOAIZA CHARRY, JAIRO ENRIQUE BASTIDAS MORÁN, FRANCISCO JAVIER DUQUE GONZÁLEZ, PAULO ARMANDO ARANGUREN RIAÑO, JORGE LUIS MOSCOTE GNECCO, WILLIAM MONTES GARZÓN, ALFREDO**

ENRIQUE BUSTILLO ARIZA, ÁLVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO Y MARICELA ARB INFANTE.

3. ANTECEDENTES

3.1. El pronunciamiento objeto de censura es aquel mediante el cual la Funcionaria inadmitió el recurso de apelación concedido contra el auto 2022-01-48947 del 3 de febrero de 2022, proferido por la Superintendencia de Sociedades –Jurisdicción Societaria II-¹, al estimar que la decisión que declaró probada la excepción previa de cláusula compromisoria enarbolada por los demandados, no es pasible de la alzada².

3.2. El demandante interpuso recurso de súplica. Expuso, en lo medular que el auto censurado es susceptible de apelación en el entendido que resolvió terminar el proceso, acorde con el numeral 7 del artículo 321 del Código General del Proceso. Al efecto, resaltó dos pronunciamientos del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, de esta Colegiatura que dirimieron la alzada en casos de similares aristas y doctrina nacional³. Impetró revocar la decisión.

4. CONSIDERACIONES

4.1. El recurso de súplica previsto en el artículo 331 del Código General de Proceso se justifica porque existiendo autos dictados por el Magistrado sustanciador que, por su naturaleza son apelables, no resulta viable su conocimiento por parte de la honorable Corte Suprema de Justicia. El Legislador con miras a preservar los derechos de los litigantes dejó entonces abierta la posibilidad de impugnar ante el Magistrado que sigue en turno, garantizando la

¹ 06AutoInadmite.pdf

² Archivo “75AutoResuelveExcepcionYTerminaProceso2022-01-048947.pdf” del “01CuadernoPrincipal”

³ 07RecursoSuplica.pdf

legalidad de las decisiones que profiera.

Así las cosas, resulta fácilmente apreciable que son dos los presupuestos que deben concurrir para la procedencia del mismo: que el proveído frente al cual se interpone corresponda a aquéllos que por su naturaleza serían apelables; y, que se haya dictado en el curso de la segunda o única instancia, o durante el trámite de la apelación de un auto, siempre que en cualquiera de tales eventos traduzca una decisión del Magistrado sustanciador.

El mismo texto normativo la admite contra la providencia que resuelve sobre la admisión del recurso de apelación o casación, y por vía de excepción contra los autos en el trámite de los recursos extraordinarios de casación o revisión proferidos por el Magistrado sustanciador, siempre que por su naturaleza hubieran sido susceptibles de alzada.

4.2. La apelación únicamente está habilitada para aquellos casos taxativamente previstos por el Legislador, de donde se infiere que el sistema que acoge el ordenamiento jurídico patrio es *númerus clausus*, el que, de suyo, impide conceder la impugnación aplicando la analogía. Por tal razón, corresponde efectuar un exhaustivo recorrido por la ley procedimental a efecto de precisar si concurre norma alguna que la consagre, pues en silencio sobre el particular deberá concluirse necesariamente que no es susceptible del mismo.

4.3. En el caso *sub-examine*, con prontitud se vislumbra el acierto de la funcionaria sustanciadora, pues, en efecto, la auto materia de impugnación corresponde a aquel que declaró probada la excepción previa de “*compromiso o cláusula compromisoria*”, Consecuentemente, culminó el proceso, pronunciamiento que no cuenta con la posibilidad de revisarse en sede de apelación.

Ahora bien, tal como lo expone el suplicante, aunque el Código General del Proceso en el ordinal 7 del canon 321, prevé que es posible de alzada la providencia que “...*por cualquier causa le ponga fin al proceso...*”, como lo sería en el supuesto de la terminación de la causa como acaeció en el presente asunto como consecuencia de la resolución de la prenombrada defensa, lo cierto es que las normas especiales que regulan el trámite de las excepciones previas, -artículo 100 a 102-, no permiten dicha impugnación para el proveído que las resuelve, precepto que, como lo anotó la señora Magistrada, prevalece sobre la de carácter general contenida en el numeral 7 de la articulación reseñada, en virtud del principio *lex specialis*, según el cual, si en la codificación se hallaren disposiciones incompatibles entre sí, la “...*relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga el carácter general...*” -numeral 1, artículo 5° de la Ley 57 de 1887-, por manera que, *stricto sensu*, si las defensas previstas en el artículo 100 que fueron las fundantes de la decisión confutada tienen esa característica, se insiste, atendiendo a su contenido y alcance finalista, es la que disciplina el *sub-examine*, esta Sala respalda tal criterio, con independencia de la postura que tengan otros integrantes de la Corporación.

Tratándose del remedio vertical para tales enervantes, el Código General del Proceso, en contraste con el Estatuto Procedimental anterior, no lo habilitó, como si lo regulaba, para algunos supuestos, el numeral 13 del artículo 99.

Al efecto, téngase en cuenta que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, trayendo a colación un pronunciamiento de esta Corporación, anotó: “... *Ciertamente, conforme las reglas del estatuto procesal vigente, el auto que resuelve sobre las excepciones previas no es apelable pues el artículo 321 de la ley 1564 de 2012, como tampoco los artículos 100 a 102 ídem, relativos a las excepciones previas, ni en ningún otro precepto consagró el legislador tal*

prerrogativa.

Síguese de lo dicho que inadmisibile es el recurso de apelación concedido respecto de la determinación que halló probada la excepción previa comentada, ...”⁴.

Es más, en otra determinación relievó que la decisión que inadmite zanjar un medio de defensa de tal naturaleza “...no constituye afectación al derecho fundamental de la actora, pues se ajusta a la normativa general y especial que consagra las providencias susceptibles del remedio vertical, en la medida en que la decisión atinente a la definición de excepción previa ... está desprovista de alzada, ...”⁵

En ese estado de cosas, no resulta viable la réplica de la censura, por manera que ningún reparo merece la decisión confutada. Ante el fracaso del recurso, se condenará en costas a quien lo enarbó.

5. DECISIÓN

En virtud de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,**

RESUELVE:

5.1. CONFIRMAR la providencia calendada 22 de agosto de 2022.

5.2. CONDENAR en costas de la instancia al recurrente. Líquidense en la forma prevista por el artículo 366 del Código General del Proceso. La Magistrada ponente señala como agencias en derecho la

⁴ Sentencia STC5291-2018 del 25 de abril de 2018, Radicación 11001-02-03-000-2018-00854-00. Magistrado ponente LUIS ALONSO RICO PUERTA.

⁵ Sentencia STC8575-2021 del 13 de julio de 2021, Radicación 50001-22-14-000-2021-00104-01. Magistrado Ponente LUIS ALONSO RICO PUERTA

suma de \$ 1000.000.oo.

5.3. ORDENAR que en firme esta decisión, regresen las diligencias a la Magistrada Ponente para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE.

Firmado Por:

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: **5070c35d5cee181d50a7d50f2a6f3ac4c81aebcf267ed5030fa7d0cf80f6555e**

Documento generado en 14/09/2022 11:02:12 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. 110013199002202100157 01**

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

**REF. PROCESO VERBAL DE NOLBERTO DÍAZ CASTILLO,
DIANA ROSARIO ÁVILA OLAYA Y ACANTO GRUPO
CONSTRUCTOR S.A.S., CONTRA DE FÉNIX CONSTRUCTORA
S.A.S.**

I.- ASUNTO

Resuelve el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada, contra la providencia calendada el 23 de septiembre de 2021, mediante la cual se fijó caución, dentro del proceso de referencia.

II.- ANTECEDENTES

1.- Los señores Nolberto Díaz Castillo, Diana Rosario Ávila y la sociedad Acanto Grupo Constructor S.A.S., por medio de apoderado judicial, instauraron demanda de impugnación de actos de asamblea de accionistas contra DE FÉNIX CONSTRUCTURA S.A.S.

2.- Mediante el auto del 31 de mayo de 2021, la Superintendencia de Sociedades admitió la demanda.

3.- Por auto del 23 de septiembre de 2021, la Superintendencia de Sociedades determinó previo al decreto de las medidas cautelares solicitadas fijar caución prestada por la demandante por la suma de \$1.099.670.890 "(...) que corresponde al 20% del patrimonio neto de la compañía De Fénix Constructora S.A.S., según la información consignada en

el Registro Único Empresarial y Social —RUES—. (...)”¹.

4.- Inconforme con la anterior decisión, el apoderado del extremo pasivo interpuso recurso de reposición en subsidio el de apelación, alegando que en la caución impuesta el *aquo* cometió un yerro, en tanto empleó en su cálculo el patrimonio neto de la sociedad demandada, para lo cual, indicó “(...) *determinar la caución que por ley está obligada a otorgar el solicitante de la medida cautelar con base en el patrimonio neto de la demandada, conllevaría una protección deficiente frente a la eventual ocurrencia del daño, por cuanto solo estaría amparada una parte mínima de su patrimonio, más aún cuando se trata de unas pretensiones no determinadas en un valor fijo o límite y por ello, susceptible de resultados inciertos para la demandada (...)*”².

5.- para lo cual el disentimiento fue resuelto por el funcionario *aquo* en auto del 20 de enero de 2022³, quien confirmó la decisión atacada y concedió la alzada el cual se procede a resolver, previas las siguientes,

III. CONSIDERACIONES

1.- De manera preliminar, se debe recordar que el recurso de apelación tiene como objeto que el superior funcional examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, tal y como lo expone el artículo 320 del Código General del Proceso.

2.- Las medidas cautelares son instrumentos procesales para asegurar la efectividad de los derechos judicialmente declarados, y han sido consideradas como un componente del derecho de acceso a la administración de justicia, en virtud de que comprende no solo la pretensión de obtener un pronunciamiento judicial, sino la materialización de las medidas que los hagan efectivos.

¹ *Página 1 del archivo denominado “11AutoFijaCaución2021-01-570722.pdf” ubicado en la carpeta “01.Expediente” del expediente digital.*

² *Página 5 del archivo denominado “29AnexoAAASustentaciónRecursoApelación2022-01-028183.pdf” ubicado en la carpeta “01.Expediente” del expediente digital.*

³ *Archivo denominado “23AutoConcedeRecursoSubsidiarioDeApelacion2022-01-016954” de la carpeta “Cuaderno Principal” de la carpeta “01. Expediente” del proceso digital.*

Por tal motivo, se ha reiterado que las medidas cautelares desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, por ser un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a ella y contribuyen a la igualdad procesal (C.P. arts. 13, 228 y 229) y las impregna un carácter preventivo, en tanto se decretan por existir un derecho aparente que justifica adoptar los instrumentos necesarios para la realización de ese derecho, ante el peligro que entraña, entre otras razones, la demora en decidir y la posibilidad de que se haga imposible la ejecución de los dictados de la decisión definitiva de la acción, conocido como el *periculum in mora*.

Sobre las mismas, la jurisprudencia ha reiterado que “(...) las medidas cautelares, son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. (...)”⁴.

3.- Sobre las medidas cautelares en los procesos declarativos dispone el artículo 590 del Código General del Proceso:

“(...) En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares:

1.- Desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares:

a) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro y el secuestro de los demás cuando la demanda verse sobre dominio u otro derecho real principal, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de

⁴ Corte Constitucional C-379 de 2004.

otra, o sobre una universalidad de bienes. (...)

b) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro que sean de propiedad del demandado, cuando en el proceso se persiga el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual. (...).

2.- Para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares, el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones de la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica. Sin embargo, el juez, de oficio o a petición de parte podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida. (...) (Destacado propio).

4.- En el asunto que ocupa la atención de la Sala, los demandantes pretenden que se declaren “(...) **absolutamente nulas**, al no contar con los votos previstos en los estatutos y en la ley, las decisiones contenidas en el documento denominado “Extracto ACTA No. 001-2021”, correspondiente según su texto a la reunión por derecho propio de la asamblea de accionistas de DE. FÉNIX CONSTRUCTORA S.A.S. llevada a cabo el 5 de abril de 2021. (...)”⁵.

5.- En materia de decisiones tomadas por órganos sociales, el inciso 2° del artículo 382 del Código General del proceso faculta al extremo activo de la relación procesal para solicitar como medida previa la suspensión provisional de los efectos del acto impugnado, en el cual se precisa que: “(...) En la demanda podrá pedirse la suspensión provisional de los efectos del acto impugnado por violación de las disposiciones invocadas por el solicitante, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado, su confrontación con las normas, el reglamento o los estatutos respectivos invocados como violados, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. El demandante prestará caución en la cuantía que el juez señale (...)”. Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-378 de 2008 ha indicado que con la referida

⁵ Página 3 del archivo denominado “Anexo-AAB” de la carpeta “2021-01-311993” de la carpeta “01. Demanda2021-01-311993” del “Cuaderno Principal” del expediente digital.

suspensión se pretende precaver los perjuicios graves hasta tanto se produzca decisión que dirima el asunto.

La configuración del legislador designó en cabeza del juez la determinación de la cuantía en los montos que considere pertinentes con el propósito de cubrir los costos y perjuicios causados, atendiendo a las reglas del artículo 590 del Código de los Ritos Civiles anteriormente citado.

6.- En el caso *sub examine*, el juez de instancia determinó el valor de la caución por el 20% del valor registrado en el RUES como patrimonio neto, situación que fue motivo de la inconformidad de la demandada y que esta Sala considera conforme a derecho para lo cual se habrá de reiterar que la caución en el ámbito de las medidas cautelares se otorga con el fin de cubrir posibles perjuicios que se susciten por la suspensión de los efectos de la decisión cuestionada., en concordancia con el artículo 65 del Código Civil el cual define las cauciones como: *“(..). cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda”*.

Luego, para definir el monto de la caución no basta mirar la afectación patrimonial del demandado frente a su patrimonio bruto, como se propone, sino su integridad, pues la caución se constituye en favor de la sociedad comercial, como persona jurídica que es, tomando en consideración los activos y pasivos.

En este orden de ideas, el quantum del patrimonio bruto que corresponde a los activos deducidos los pasivos de la sociedad sí se muestra como un punto de referencia para establecer el valor de la caución, que no perturba los derechos de terceros acreedores, que de decretarse la medida pueden verse afectados.

En razón de lo expuesto, el auto apelado se confirmará.

IV.-DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto del 23 de septiembre de 2021 proferido por la Delegatura para procedimientos mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, por las motivaciones anotadas en este proveído.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Devuélvase la actuación al despacho de origen para que se incorpore al expediente.

Notifíquese y Cúmplase,

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: 063413aa80c6ae5b41621030d408d04d0cd7849067eaaebc2cd7f8aeffbbd6c2

Documento generado en 14/09/2022 01:04:53 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
SALA CIVIL DE DECISIÓN

Bogotá, DC, catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós
(2022)

Radicación n.º **11001319900220210021101**

En atención al memorial aportado por la apoderada del extremo activo, mediante el cual se desiste del recurso de apelación que fue interpuesto contra la sentencia del 3 de agosto de 2022 proferida por la Superintendencia de Sociedades, el cual también fue suscrito por el representante legal de la parte pasiva, de conformidad con el artículo 316, numeral 1, del Código General del Proceso, el Despacho

RESUELVE:

PRIMERO: Aceptar el desistimiento presentado por la demandante.

SEGUNDO: En firme el presente proveído, devuélvanse las diligencias a la Superintendencia de Sociedades, dejando las constancias respectivas.

Notifíquese y cúmplase,

LIANA AIDA LIZARAZO V.
Magistrada

Firmado Por:
Liana Aida Lizarazo Vaca
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 008 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: **df5a2e78bea21ba70eb81334216e389c92510701c19985152b4ef6bdd81a055b**

Documento generado en 14/09/2022 03:12:15 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., catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: RICARDO ACOSTA BUITRAGO

Proceso : Verbal
Demandante : GV Proyectos y Valores S.A.S.
Demandado : Productora Avícola del Sinú S.A.S.
Recurso : Apelación auto

ASUNTO.

Se decide el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra el auto de 18 de julio de 2022 proferido por la Superintendencia de Sociedades mediante el cual se negaron las medidas cautelares solicitadas.

LOS RECURSOS

El apoderado de la parte actora interpuso recurso de reposición, y en subsidio el de apelación, alegando que (i) la Superintendencia parte de una base equivocada al manifestar que *“la demanda se sustenta en que el quorum de la asamblea general de accionistas del 31 de marzo de 2022 no se verificó con el libro de registro de accionistas”*, lo cual es errado porque no lo fue de ninguna manera, como se señaló en los hechos 2.7, 2.9.2 y 2.9.3, (ii) su representada no pudo acceder a la información para comprobar la asistencia, ni durante el ejercicio del derecho de inspección, ni a través del derecho de petición debido a una supuesta reserva, (iii) el quorum podía constatarse con el libro de actas de asamblea o con otros documentos que demuestren la composición de

la demandada, aunque tampoco existen, (iv) *“la Superintendencia premia el actuar irregular de la sociedad demandada permitiendo que decisiones cuya votación se hizo incorrectamente, tengan vigencia y afecten a la sociedad, en perjuicio de GV”*, (v) se indicó que, según la grabación aportada, a la asamblea compareció el 100% de los accionistas, lo cual no es cierto, *“...porque, en seguida, se requirió información sobre cómo se verificó el quórum, sin que se hubiera dado respuesta alguna por parte de la representación legal”*, y que *“a raíz de estas consultas surgió el tema de reconstrucción de los libros de la sociedad, los cuales, al parecer, se encuentran perdidos”*, sin haberse denunciado la situación con anterioridad o comunicarla a los accionistas, y (vi) por la alegada reserva no se puede dar por hecho que el acta de la asamblea exista, como lo hizo la Superintendencia, contrariando los principios de la prueba del hecho negativo y de la carga dinámica¹.

El 5 de agosto de 2022 el *a quo* confirmó la decisión y concedió el recurso de apelación en el efecto devolutivo².

El expediente se radicó en la secretaría de esta Corporación el 12 de agosto de 2022.

CONSIDERACIONES

Las medidas cautelares son instrumentos procesales para asegurar la efectividad de los derechos judicialmente declarados que han sido consideradas componentes del debido proceso y de acceso a la administración de justicia; comprenden no solo la posibilidad de obtener un pronunciamiento judicial oportuno sino, también, su materialización y efectividad. De manera general, se decretan cuando se justifica adoptar acciones necesarias para la salvaguarda de ese derecho y se fundan,

¹ Cfr. Carpeta “11 RecursoReposición 2022-01-576365”, Archivo “Anexo-AAA.pdf”

² Cfr. Archivo “12 AutoResuelveRecurso2022-01-594325”

entre otras razones, en el peligro que entraña la demora en decidir un pleito y la probabilidad de que se haga imposible la ejecución del fallo definitivo.

En el *sub lite*, la parte demandante solicitó como cautelas: (i) la suspensión de los efectos de las decisiones tomadas en la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de Productora Avícola del Sinú S.A.S., (ii) ordenar a los administradores de la sociedad en mención que se abstengan de cumplir o ejecutar las decisiones impartidas en dicha asamblea y (iii) la inscripción de la demanda en el registro mercantil.

Para negar las medidas el juez de primera instancia consideró que no se cumple con el presupuesto previsto en el art. 590 del C.G.P., relativo a la apariencia del buen derecho, porque a la fecha no se cuenta con algún documento que permita establecer con precisión si se configuró o no debidamente el quorum en aquella oportunidad. Además *“la grabación de la reunión aportada por el demandante, al parecer, apunta a que a dicha sesión asistieron los accionistas que representan el 100% del capital suscrito y pagado de la compañía”*. Así mismo, no se puede inferir la inexistencia del acta y tampoco es claro cómo esta situación daría lugar a la ineficacia o nulidad de las decisiones cuestionadas, por cuanto en la etapa procesal *“no se han acreditados las probabilidades de éxito de las pretensiones”*³.

Ahora bien, el artículo 382 del C.G.P. regula todo lo concerniente a las acciones sobre impugnación de actos de asambleas y, en su inciso 2º, concede la facultad al demandante de pedir como cautela la suspensión provisional de los efectos del acto impugnado, *“por violación de las disposiciones invocadas por el solicitante”*, si encuentra que *“tal violación surja del análisis del acto demandado, su confrontación con las normas,*

³ Cfr. Archivo “07 AutoMedidasCautelares 2022-01-562964”

el reglamento o los estatutos respectivos invocados como violados, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”.

Entonces, es imprescindible que el pedimento esbozado en la demanda cumpla con el criterio de la apariencia del buen derecho, referente a que, por regla general, toda orden de medida cautelar debe tener como fundamento la plausibilidad del objeto de la pretensión, es decir, que *“si el derecho cuya protección o satisfacción se reclama luce factible o probable, si el juez encuentra que el soporte probatorio da pie para considerar prima facie que la pretensión eventualmente podría ser concedida; si, en fin, la reclamación ofrece una apariencia ‘racional de buen derecho, es viable decretar una medida cautelar, con apego a la autorización legal”*⁴, lo que no significa “acreditar los hechos de la demanda”, sino justificar la protección en la verosimilitud del derecho invocado por quien las solicita.

Los supuestos fácticos narrados en el libelo⁵ consistieron en señalar que en la asamblea ordinaria de accionistas, celebrada el 31 de marzo de 2022, no se verificó el quorum porque, según lo informó el representante legal de la sociedad demandada, *“el libro de registro de accionistas está en custodia del señor William Hernández, al cual se le ha solicitado en múltiples ocasiones, a lo cual (sic) no tenemos disponibilidad nosotros, ni custodia del libro”* y que tampoco se remitió a los accionistas el acta de asamblea.

A partir de este relato concluyó que todas las decisiones que se adoptaran serían ineficaces de pleno derecho, pues ante la inexistencia del mencionado libro la convocatoria es incorrecta, por cuanto no se tiene la certeza de quiénes son los accionistas, no se exhibieron los documentos previstos en el art 447 del C. de Cio., y no se pudo verificar

⁴ Álvarez Gómez, M.A.: “Las Medidas Cautelares en el Código General del Proceso”

⁵ Cfr. Carpeta “01Demanda2022-01-516124”, Archivo

si se cumplía con el porcentaje para deliberar y decidir en los términos del art. 427 *ibidem*. Sin embargo, con la sola presentación de la demanda y sus anexos no luce factible o probable, que el quorum haya contrariado la ley o los estatutos debido a que en este estado procesal aún no se cuenta con una prueba siquiera sumaria que permita considerar que la falencia denunciada ocurrió. En cuanto a la ineficacia, por la inexistencia del acta de asamblea, se advierte que esa es la sanción legal cuya declaración pretende la demanda y, aunque opera por disposición de la ley, no por ello puede sustraerse al debate probatorio. Por eso decae la viabilidad para decretar las cautelas anticipadas.

Quiere ello decir, como lo expuso también el funcionario al resolver el recurso de reposición, que *“mal haría este Despacho en acceder en el decreto de unas cautelas -incluida la suspensión de decisiones sociales-, cuando el material probatorio que reposa dentro del expediente en esta temprana etapa, así como las circunstancias fácticas descritas en la demanda, no parecen apuntar, por lo pronto, a la ineficacia o nulidad de las decisiones controvertidas”*⁶.

Por lo tanto, sean los anteriores motivos más que suficientes para confirmar el proveído censurado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá-Sala Civil,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto de 18 de julio de 2022 proferido por la

⁶ Cfr. Archivo “12 AutoResuelveRecurso2022-01-594325”

Superintendencia de Sociedades.

SEGUNDO: Sin condena en costas por no aparecer causadas.

TERCERO: Devuélvase las diligencias al despacho de origen.

NOTIFÍQUESE,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

*Bogotá D. C., catorce (14) de septiembre de dos mil
veintidós (2022).*

*Ref: VERBAL de ELETICIA CHACÓN PÉREZ
contra POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. Exp. 003-2021-01859-01.*

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

*Discutido y aprobado en Salas de Decisión del 3 de
agosto y 14 de septiembre del 2022.*

*Decide el Tribunal el recurso de apelación
interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida en audiencia
del siete (7) de marzo de 2022 por la Superintendencia Financiera de Colombia.*

I. ANTECEDENTES

1.- Eleticia Chacón Pérez entabló acción de protección al consumidor financiero contra Positiva Compañía de Seguros, en virtud de la cual pretendió que se ordene a la entidad aseguradora reconocer y pagar el valor asegurado a propósito del Certificado Individual No. 9-17-3000005 de la Póliza de Seguro –SEGURO DE VIDA GRUPO FAMILIAR PARA LOS EDUCADORES DE COLOMBIA-, solicitud de certificado individual No. 15462, por \$50'000.000, “teniendo en cuenta que cumple con los criterios establecidos tanto por el contrato o clausulado, así como lo estipulado por el art. 1077 del Código de Comercio”, amén de reconocer los intereses legales vigentes a la máxima tasa de usura, desde la fecha que presentó la reclamación, así como los gastos, costas y honorarios.

2.- Las súplicas se edifican en los hechos que enseguida se sintetizan¹:

2.1- Refirió que es pensionada, en ese orden, que fue docente de la Institución Educativa Municipal Leónidas Acuña en Valledupar - César-, adscrita al Magisterio Municipal de ese lugar.

¹ 001 Demanda ELETICIA POSITIVA ASEGURAMOS II. Expediente Digital.

2.2.- Sostuvo que adquirió la póliza de seguro de vida grupo en mención, en la que figura como aseguradora la convocada. En ese orden, que el único documento que le fue entregado fue el certificado individual de la póliza de seguro, en el que se identifica: “SEGURO DE VIDA GRUPO FAMILIAR PARA LOS EDUCADORES DE COLOMBIA”, con número individual de póliza 9-17-3000005 y certificado individual No. 15462.

2.3.- Según se indicó en el citado certificado la póliza fue expedido el 15 de enero de 2015, vigente desde esa misma data.

2.4.- Precisó que al momento de adherirse al contrato, la pasiva no le entregó copia del clausulado en el que aparecieran las condiciones generales y particulares de la convención.

2.5- Afirmó que “padece de ciertas enfermedades patológicas denominadas: Disfonía, Nódulos en las cuerdas vocales, Reflujo Gastroesofágico, Hepatitis Crónica, Síndrome del Manguito Rotador el cual tiene un cuadro de evolución de Cinco (5) años a partir de la fecha del dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral que fue emitido el día 25 de octubre de 2020”.

2.6- De conformidad con lo dispuesto en el canon 1077 del Código de Comercio, el 17 de febrero de la pasada anualidad remitió a la dirección de la casa matriz la documentación respectiva.

2.7.- No obstante, la entidad aseguradora mediante comunicación de 24 de abril siguiente a propósito del amparo por incapacidad total y permanente, indicó que “una empresa llamada REN contratada y pagada por esta entidad Aseguradora (Juez y Parte) le realizaron (sic) la Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral (...), arrojando un porcentaje de PCL del 23%, y agregan que debido a esto deciden negar el Seguro de vida (...)”.

2.8.- Afirma que no fue notificada por la entidad aseguradora, “para presentar la Historia Clínica Completa para realizar dicha Calificación, violando así lo consignado en la ley 23 de 1981 en su artículo 34, la cual determina que la Historia Clínica es un documento privado, y como es privado, es un documento confidencial. En consecuencia, solo las personas autorizadas por la ley pueden tener acceso a la historia clínica”.

2.9.- Recalcó que quienes hacen parte del magisterio pertenecen a un régimen especial y exceptuado en cuanto al reconocimiento de la pérdida de capacidad laboral, de modo que, “los dictámenes de pérdida de capacidad laboral emitidos por la entidad por la cual se tiene contratados los servicios médicos asistenciales tienen la fuerza demostrativa suficiente para acreditar la ocurrencia del siniestro para los efectos del art. 1077 del Código de Comercio, norma que no establece una tarifa legal o cargo del asegurado para su demostración”.

3.- *La demanda se presentó ante la Superintendencia Financiera, entidad que por auto de 5 de mayo de 2021 la admitió, ordenando notificar a la accionada.*

3.1.- *Positiva Compañía de Seguros S.A. por intermedio de su apoderado judicial, contestó el libelo introductorio se pronunció frente a las pretensiones y postuló las excepciones denominadas: i). “Inexistencia de la Obligación Ausencia de Siniestro”; ii). “Invalidez o ineficacia del dictamen de incapacidad total o permanente de UT Red Integradada Foscal-Club”; iii). “Límite a la suma asegurada”; iv). “Limite en el alcance reconocido del interés moratorio”; v). “Prescripción o caducidad de las acciones derivadas del contrato de seguro”; vi). “Buena fe en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo”, y, la titulada “genérica o innominada”.*

3.2.- *Mediante auto de 28 de octubre de 2021 se fijó fecha para audiencia de que trata el artículo 372 del Código General del Proceso, el 6 diciembre de esa anualidad, data en la que se declaró fallida la conciliación.*

3.3.- *Más adelante, en la diligencia de 4 de febrero del año siguiente, se practicaron los interrogatorios, fijaron los hechos susceptibles de prueba y el litigio, decretaron las pruebas solicitadas por las partes, y se dispuso una nueva fecha para continuar.*

3.4.- *Finalmente, el juez a-quo dictó en audiencia de 7 de marzo del año que transcurre la sentencia que accedió a las pretensiones. En efecto, declaró no probas las excepciones de: i). “Inexistencia de la obligación Ausencia del Siniestro”, ii). “Invalidez o ineficacia del dictamen de incapacidad total y permanente de UT Red Integradada Foscal Club”, iii). “Límite en el alcance reconocido del interés moratorio”, y, iv). “Prescripción o caducidad de las acciones derivadas del contrato de seguro”; probada la nominada: “Límite a la suma asegurada”, así pues, declaró contractualmente responsable a la pasiva por el incumplimiento del contrato contenido en el certificado de la póliza No. 9-17-3000005 del certificado individual No. 15462 por el amparo de incapacidad total o permanente, de modo que, la condenó al pago de la suma de \$50'000.000 “los cuales deberán pagarse a favor de la señora ELETICIA CHACÓN PÉREZ junto con los intereses de mora que establece el artículo 1080 del Código de Comercio desde el 19 de marzo de 2021 y hasta la fecha efectiva de pago, el cual deberá realizarse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la decisión”, entre otras.*

4.- *Contra esa determinación el extremo demandado propuso recurso de apelación que ahora se analiza.*

EL FALLO CENSURADO

5.- *El Juez a-quo luego de hacer un recuento de los hechos y pretensiones, descendió al análisis de las excepciones propuestas a tono con la regulación atinente al contrato se seguro como a la actividad*

aseguradora, así, refirió que no había controversia sobre la naturaleza del negocio que subyacía al litigio. Con ese norte, negó la excepción de prescripción o caducidad de la acción a tono con lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio, precisando que correspondía a la Delegatura establecer si la pasiva se encontraba obligada a reconocer el amparo de incapacidad total o permanente de acuerdo a las condiciones pactadas.

En esa línea, sostuvo que, aunque la aseguradora demandada afirmó que la parte actora no acreditó el siniestro de conformidad con la cláusula convenida, pues la firma Red Consultores adscrita a la entidad realizó la respectiva calificación con un resultado de pérdida de capacidad laboral del 23,95%; tal disposición resultaba abusiva, y por ende, debía tenerse por no escrita, al constituir una limitante a la libertad probatoria que posee el asegurado para acreditar dicho requisito, esto, con fundamento en la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá dentro del radicado 1001319900320180227202 con Ponencia de la Dra. Adriana Ayala, amén de otra decisión expedida por un juzgado civil del circuito. En ese contexto, resaltó que la aseguradora no podía exigir como medio de prueba un dictamen emitido por un médico que aquella designara, acudiendo al contenido del Decreto 1507 de 2014 que en su artículo 3° que define la invalidez como la pérdida igual o superior al 50% de la capacidad laboral.

De otro lado, en punto a la información que a propósito del contrato de seguro debía suministrársele a la asegurada, concretamente, las condiciones de la póliza y la restricción descrita, sostuvo que no existió claridad o conocimiento de la forma en que se cumplió con dicha obligación, en tanto que la convocada se circunscribió a afirmar que no contaba con las evidencias del caso, es más, se equivocó en la información que allegó al expediente, suministró datos inexactos, y aunque se presentó la respectiva aclaración, se entendió que la “información” fue únicamente la otorgada por parte de la tomadora o en su defecto del intermediario.

En ese contexto, se enfocó en establecer si la interesada acreditó el siniestro, para referir que la afectación y el evento se produjeron en vigencia de la póliza, y que atendiendo a las condiciones particulares de la demandante, no podía seguir desempeñando su profesión u oficio, máxime si el producto -seguro- fue especialmente diseñado para un nicho específico del mercado, esto es, los profesionales del magisterio, condición de la que tenía conocimiento la compañía aseguradora, por lo que, aquella ya había estructurado el producto en ese sentido.

Frente al desconocimiento o inoponibilidad del dictamen adosado por la parte actora, resaltó que no podía entrarse a debatir su legalidad dentro de la actuación en el marco de un régimen de calificación especial, pues tal elemento debía valorarse frente a la carga y universo probatorio. Así las cosas, con estribo en los artículos 41 y 42 de la Ley 100 de 1993, insistiendo en que el amparo reclamado hacía alusión a la incapacidad total y permanente, mas no al concepto de invalidez, precisó que, de la valoración del dictamen emitido por una entidad habilitada para tal fin, al tenerlo como prueba documental, no se advirtió diferencia frente a las evaluaciones realizadas por la aseguradora. Por tanto, “no es el despacho el que daba entrar a establecer las circunstancias que conllevaran a no cumplirse

una forma o la otra en la forma en que fueran efectuadas las dos calificaciones, sino a mirar las cargas que se establecen a la luz del artículo 1077”, así pues, la parte actora acreditó su carga, sin que la aseguradora probara algún eximente de responsabilidad. En cuanto a la cuantía, indicó que no es necesario en cuanto a la póliza establece el respectivo valor.

Finalmente, en cuanto a los intereses -moratorios-suplicados, sostuvo que al haberse acredita el siniestro y la cuantía, debió atenderse el pago dentro del mes siguiente a que la demandante presentó la respectiva reclamación, concretamente, el 18 de febrero de 2021, así pues, los reconoció desde el 19 de marzo siguiente hasta la fecha efectiva de pago.

EL RECURSO DE ALZADA

6.- La parte demanda inconforme con la decisión, presentó los siguientes reparos:

6.1. La importancia de lo pactado en el contrato de seguro, puesto que la calificación debe realizarse de conformidad con el Manual Único establecido por el Gobierno Nacional para determinar la incapacidad total y permanente, esto es, el Decreto 1507 de 2014. Por tanto, las calificaciones que se aportaron para probar el siniestro se sustentan en el Decreto 1655 de 2015, norma especial, que aplica a los docentes del magisterio.

En consecuencia, la decisión de primer grado es errada, porque desconoce la preceptiva relativa a la incapacidad total y permanente, esto, comoquiera que se trata de regímenes especiales y excepcionales. Al respecto, debe tenerse en cuenta el contenido del canon 1056 del Código de Comercio, habida cuenta que la aseguradora a la hora de asumir a “su arbitrio “ciertos riesgos”, “necesita de aquélla regla clara y se necesita de dicha condición que proporcione seguridad jurídica de qué de cómo vamos a calificar dicha incapacidad total o permanente (...) lo que se aportó como prueba del siniestro fueron calificaciones realizadas por un decreto diferente a la regla que se estableció en el contrato de seguro”.

6.2.- Adicionalmente, el funcionario cognoscente fundó su decisión en providencias que no han sido ratificadas por la Corte Suprema de Justicia en una sentencia de unificación y tampoco pueden catalogarse como doctrina probable.

6.3.- Es válido que la calificación la realice Positiva Compañía de Seguros S.A., pues se trata de una facultad de tipo legal “porque está contemplada en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012”, por lo que, es necesario para la seguridad jurídica del vínculo como de los intervinientes que “existan dichas reglas claras”, no se trata de un acto abusivo o que la compañía se convierta en juez y parte a la hora de calificar, es más, la situación ya fue objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional en la sentencia C 120 de 2020, por tanto, en la norma se encuentran las instancias que deben agotarse en cualquier controversia, privarle entonces del cumplimiento del

Decreto 1352 de 2013 numeral 3° del artículo 1° y canon 2°, transgrede su derecho a la defensa.

6.4.- No es cierto que la compañía no entregó la información de forma clara, oportuna y veraz, puesto que esta actividad la llevó a cabo el intermediario y el tomador tal como lo estipula el artículo 1046 del Código de Comercio, es más, con el testimonio sobre el que prosperó la tacha, quedó evidenciado que mediante una cartilla se les dio a conocer las especificaciones del contrato de seguro, y si bien existen unas pruebas que fueron aportadas al expediente que no correspondían con el asunto, se dilucidó en el interrogatorio respectivo que fue un error; sin duda, esa circunstancia no tiene la capacidad de invalidar la actuación del intermediario y el tomador.

En esa tónica, insistió en que es un deber de todo ciudadano conocer lo que está adquiriendo, “más una persona que tiene estudios universitarios (...)”, en consecuencia, al consumidor se le brindó asesoría sobre cómo probar el siniestro y ello incluía las condiciones en que debía hacerse la reclamación.

7.- Por auto adiado 23 de junio de 2022 se concedió la alzada en efecto suspensivo.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

8.- Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico procesal, no hay duda que se encuentran reunidos y como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se impone emitir fallo de mérito que decida la controversia.

9.- Con miras a desatar la apelación formulada por el extremo convocante, debe decirse que este recurso se endereza a que el Superior revise la actuación del juzgador de primera instancia, pero inmerso siempre dentro del criterio dispositivo, por lo que es al apelante a quien le corresponde determinar el ámbito dentro del cual ha de moverse el ad-quem al momento de tomar la decisión.

10.- Conforme al anterior derrotero, advierte la Sala que a dos cuestiones se contrae la impugnación, que por intermedio de apoderado judicial, presentó Positiva Compañía de Seguros. En efecto, la primera: A juicio de la entidad referida la cláusula relativa al amparo por incapacidad total o permanente no puede calificarse como abusiva, habida cuenta “la importancia de lo pactado”, puesto que la calificación a la que allí se alude debe realizarse acorde con lo dispuesto en el Manual Único establecido por el Gobierno Nacional con ocasión del Decreto 1507 de 2014; no obstante, la actuación que se arrimó a fin de acreditar el siniestro se funda en lo contemplado en el Decreto 1655, norma especial, aplicable a los docentes adscritos al magisterio.

A juicio del profesional, el artículo 1056 del Código de Comercio permite a las aseguradoras asumir a su arbitrio ciertos riesgos, por lo que, necesitan de reglas claras que proporcionen “seguridad jurídica” a efectos de establecer, en este caso, cómo se califica la incapacidad en cuestión, adicionalmente, el juez a quo fundó su decisión en pronunciamientos que no han sido avalados por la Corte Suprema de Justicia ni tienen la aptitud de consolidarse como doctrina probable.

En ese orden, considera que la posibilidad de realizar la respectiva evaluación es un facultad legal “porque está contemplada en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012”; temática que por incluso, fue objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional en virtud de la sentencia C 120 de 2020, “privarse entonces del cumplimiento del Decreto 1352 de 2013 numeral 3° del artículo 1° y 2° de notificarle la calificación la privó de presentar consideraciones y contradecir la calificación conforme al decreto 1507”.

Y, la segunda, relativa a controvertir las afirmaciones realizadas por el funcionario de primer grado, atinentes a que la entidad no entregó la información clara, oportuna y veraz sobre las condiciones del contrato de seguro, puesto que la misma fue suministrada por la empresa intermediaria al tomador de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1046 del Código de Comercio, es más, con ocasión del testimonio que tachó como sospechoso, quedó claro que mediante una cartilla se les dieron a conocer las particularidades de la convención, además, se explicó la razón de haber adosado al expediente información que no correspondía con el objeto del litigio, cuestión que no tiene la entidad de “invalidar” las actuaciones desplegadas por el intermediario y el tomador, amén que es deber de todo ciudadano indagar las particularidades del producto que adquiere, máxime si cuenta con “estudios universitarios (...)”.

11.- Desde esta perspectiva, se tiene que la Constitución Colombiana, específicamente en su artículo 78 estableció la expresa protección de los derechos del consumidor como un derecho colectivo, según el cual será la ley la encargada de regular el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Con la expedición de la Ley 1328 de 2009, a voces del literal d) de su artículo 2°, el consumidor financiero se definió como: “todo cliente, usuario, o cliente potencial de las entidades vigiladas”, cuya protección “se inspira en el deber de fortalecer sus derechos frente a los productores y distribuidores, dada la desigualdad y la asimetría en que se desenvuelve la persona que acude al mercado, de cualquier bien o servicio, para satisfacer sus necesidades”², sin embargo, ésta no fue la primera norma que previó la protección al consumidor financiero, pues desde la promulgación de la Ley 45 de 1990 se estableció como uno de los principios orientadores: “tutelar los derechos de los tomadores de los asegurados y crear condiciones apropiadas para el desarrollo del mercado asegurador”.³

² (Corte Constitucional, C-909 de 2012)

³ Artículo 29 de la ley 45 de 1990.

12.- Ahora, debe decirse en relación con el contrato de seguro que el artículo 1036 del Código de Comercio, establece las siguientes particularidades: es consensual, así pues se perfecciona con el solo consentimiento de las partes; bilateral, porque funda compromisos para las mismas; oneroso, puesto que concibe beneficios para los extremos; aleatorio, porque está sujeto a una contingencia de ganancia o pérdida para alguno de los contratantes y de ejecución sucesiva, porque su cumplimiento se desarrolla en un lapso, ello si puede decirse, hasta la ocurrencia del siniestro.

Y es claro que en ese contrato pueden intervenir cuatro sujetos: el **tomador**, quien por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos a una persona jurídica, la **empresa aseguradora**, quien los asume, a cambio del pago de una contraprestación (art. 1037 *ibídem*), denominada prima; **el asegurado**, “titular del interés asegurado -en los seguros de daños-, esto es, del vínculo -o relatio- que tiene con el bien jurídico amenazado in potentia, por la realización del riesgo cubierto (arts. 1045, nral. 1º, 1083 y 1137 *ib. Vid. Cas. civ. 21 de marzo de 2003, Exp. 6642*), y el **beneficiario** –en su carácter prototípico de titular creditoris-, persona a quien se le atribuye, legal o convencionalmente, a título oneroso (como en los seguros de daños) o gratuito (como en los seguros de personas), el derecho a reclamar y recibir la prestación asegurada, una vez se acredite la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, en los casos en que ello sea necesario, claro está (arts. 1077 y 1080 *ib.*)” 4, (Resaltado fuera de texto).

12.1.- Así como todo contrato, el de seguro, tiene unos elementos de la esencia que no deben faltar en su celebración, so pena, de no producir efecto alguno, los que son: **i) interés asegurable; ii) riesgo asegurable; iii) prima o precio del seguro y, iv) obligación condicional del asegurador** (art.1045 del C.C.).

12.2.- Toda persona tiene **interés asegurable** en su patrimonio cuando pueda resultar afectado, de manera directa o indirecta, por la realización de un riesgo o la ocurrencia del siniestro (1083); también puede definirse en palabras del Tratadista Efrén Ossa como “...la relación económica, amenazada en su integridad por uno o varios riesgos, en que una persona se halla consigo misma o con otra persona, o con otras cosas o derechos tomados en sentido general o particular”5.

Existirá interés asegurable en el contrato de seguro cuando lo que es objeto de cobertura cumple con los requisitos de licitud y que sea de orden patrimonial; esto es, que el interés que pretenda proteger el asegurado, no puede ser contrario al orden público, a las buenas costumbres, ni a norma alguna imperativa de la ley y, además, que el mismo tenga como objeto un interés de carácter económico, es decir, que se presente una relación económica entre el asegurado y el objeto de su interés; en los seguros de responsabilidad el objeto del interés asegurable no es otro que el patrimonio como un todo indivisible, expuesto a eventual detrimento, no con ocasión de la pérdida o deterioro de los bienes o derechos que constituyen su activo, pero sí

⁴ Cfr. C.S.J. Sal. Cas. Civ. Sent. 16-10-03. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Exp. No. 6704.

⁵ (Teoría General del Contrato de Seguro. Ed. Témis, 1991, Pág. 73).

por el incremento del pasivo que puede verse acrecentado como consecuencia del siniestro.

12.3.- Preceptúa el art. 1054 del Código de Comercio que se denomina riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurador o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador.

Algunos hechos no constituyen riesgo asegurable, tales como: a) los hechos ciertos, salvo la muerte que si es objeto de riesgo asegurable; b) los hechos físicamente imposibles; c) la incertidumbre subjetiva cumplida; y, d) la incertidumbre subjetiva incumplida.

Entre tanto, el legislador señala taxativamente unos actos que no pueden ser objeto de contrato de seguro, a saber: a) el dolo; b) la culpa grave; c) los actos meramente potestativos; d) las sanciones de carácter penal; y, e) las sanciones policivas (art. 1055 ibídem). Señala esta disposición que cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno.

*12.4.- Otro de los elementos esenciales del contrato de seguro, como ya se anotó, es **la prima o precio del seguro** (artículo 1045 del C. Co.), la que puede definirse como el monto que el tomador o asegurado tiene que cancelar a la compañía aseguradora por los riesgos amparados o que ella asume.*

*El tomador del seguro está obligado al pago de la prima, salvo disposición legal o contractual en contrario y deberá hacerlo a más tardar dentro del **mes siguiente contado a partir de la fecha de la entrega de la póliza** o, si fuere el caso, de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella (artículo 81 Ley 45 de 1990). Quiere ello significar, que en principio la prima debe ser cancelada por el tomador o asegurado a la compañía aseguradora dentro del mes siguiente a la entrega de la póliza o de los certificados o anexos de ésta, pero tal plazo puede ser modificado por la ley o por los mismos contratantes; cuando la modificación proviene de las partes contratantes el plazo y el monto se fijan a su arbitrio, no siendo esa estipulación contraria a derecho ni a las buenas costumbres, porque el mismo legislador lo permite.*

12.5.- Ahora bien, una vez celebrado el contrato de seguro, así como expedida la póliza con el lleno de los requisitos legales (artículos 1036, 1037, 1045, 1046, 1047 y 1048 del Código de Comercio) y sobrevenido el siniestro, esto es, la realización del riesgo asegurado, siempre que la aseguradora haya tenido noticia de éste, oportunamente (artículo 1075 ibídem), ésta se encuentra en la obligación de pagar la prestación asegurada o siniestro “...dentro del mes siguientes a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aun extrajudicialmente su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077...”⁶.

*Pero en ocasiones la compañía aseguradora, aún sucedido el siniestro, puede eximirse de cancelar la indemnización que el legislador le obliga solucionar, a saber: **a)** cuando “...el siniestro se inicia*

⁶ (artículo 1080 ejusdem, modificado artículo 83 Ley 45 de 1990. Modificado por el art. 111 de la Ley 510 de 1999).

antes y continúa después que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta del asegurador” (inciso 2º artículo 1073 del C. Co.); b) cuando omite declarar los seguros coexistentes (artículo 1076); c) cuando el asegurado o beneficiario de mala fe presenta la reclamación (artículo 1078); d) cuando se declara la nulidad relativa del contrato por reticencia o inexactitud por parte del tomador o asegurado sobre los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo (art. 1058); e) cuando se produce la terminación del contrato por falta de notificación de los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local (art. 1060); f) cuando se produce la terminación automática del contrato por mora en el pago de la prima (art. 1068 modificado por el art. 82 Ley 45 de 1990); y, g) cuando se produce la revocación unilateral del contrato (art. 1071).

13.- Descendiendo al caso puesto a consideración de la Sala, se advierte que en el asunto sub lite se encuentra acreditada la existencia del contrato de seguro de vida para los educadores de Colombia según certificación arrojada al plenario (demanda y contestación), sumado al hecho que cursó pacífico en la controversia la existencia del mismo, por ende, debe decirse de forma liminar, que no hay discusión en punto a la existencia de la convención, es más, tampoco hay controversia en punto a su vigencia.

Ahora bien, de cara a la condición que aquí se discute, se advierte en punto al amparo por incapacidad total y permanente pago de capital, que “POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A, QUIEN EN ADELANTE SE DENOMINARÁ POSITIVA, PAGARÁ SALVO LAS EXCLUSIONES INDICADAS EN LAS CONDICIONES GENERALES DE LA PÓLIZA Y LAS PARTICULARES DEL PRESENTE AMPARO, LA SUMA ASEGURADA CONTRATADA INDICADA EN EL CERTIFICADO DE SEGURO PARA ESTE AMPARO SI DURANTE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA Y ANTES DE CUMPLIR EL ASEGURADO LA EDAD DE 65 AÑOS, QUEDARE INCAPACITADO EN FORMA TOTAL Y PERMANENTE”, así pues, la aseguradora definió para efectos del beneficio, “LA SUFRIDA POR EL ASEGURADO COMO RESULTADO DE UNA LESIÓN O ENFERMEDAD, QUE LE IMPIDA TOTAL Y PERMANENTEMENTE REALIZAR SU OCUPACIÓN HABITUAL U OTRA CUALQUIERA COMPATIBLE CON SU EDUCACIÓN, FORMACIÓN O EXPERIENCIA”.

Más adelante se anotó: “EN TODOS LOS CASOS SE AMPARA LA INCAPACIDAD TOTAL Y PERMANENTE CUANDO ÉSTA, ASÍ COMO EL EVENTO QUE DA ORIGEN A LA MISMA, SE PRODUZCAN DENTRO DE LA VIGENCIA DE ESTE AMPARO. LA INCAPACIDAD TOTAL Y PERMANENTE DEBERÁ SER CALIFICADA POR POSITIVA, CON BASE EN EL MANUAL UNICO DE CALIFICACIÓN DEFINIDO POR EL GOBIERNO NACIONAL DONDE EL PORCENTAJE DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL DEL ASEGURADO DEBERÁ SER MAYOR O IGUAL AL 50%”.

En tal sentido, pertinente resulta recordar que en materia de interpretación de los contratos ha pregonado la jurisprudencia que en esta labor crítica debe el fallador tener en cuenta primeramente la regla contenida en el artículo 1618 del Código Civil, según la cual, conocida

claramente la intención de los contratantes debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras, de suerte que sólo puede acudir a las demás pautas de hermenéutica cuando no surja con toda nitidez la necesaria coincidencia entre el escrito y el pensamiento de las partes.

Ello también significa que, como igualmente lo prevé el artículo 1602 del Código Civil, en el derecho positivo colombiano se otorgue prevalencia al postulado de la autonomía de la voluntad en esta materia, pues las normas que regulan los contratos y convenciones en general deben mirarse como supletorias del querer de las partes, desde luego, siempre y cuando el convenio respete el orden público y las buenas costumbres, y además se ajuste estrictamente a las formas propias que respecto de algunos acuerdos expresamente exija la ley.

*14.- Al cariz de lo expuesto, pronto se advierte que lo decidido por el juez a-quo, deberá confirmarse, habida cuenta que se trata de una cláusula abusiva, por tanto, catalogable como ineficaz, en la medida que restringe que el asegurado acredite el siniestro por otros medios distintos a los allí contemplados, puesto que es la aseguradora quien determina **cómo** debe probarse (Art. 1077 del Código de Comercio). Y para arribar a esta conclusión, basta traer a colación el precedente que citó el juez cognoscente, en el que valga la pena señalar, dos de los magistrados que hoy componen la Sala de Decisión hicieron parte, y en el que se indicó: “Existe un ‘principio de libertad probatoria del siniestro’, en la medida en que la carga de la prueba del mismo recae sobre el asegurado y éste tiene la posibilidad de acreditarlo judicial o extrajudicialmente, además de que no existe algún precepto legal que consagre restricciones al respecto. Inclusive, se ha dicho que no pueden imponerse limitaciones a ese principio de libertad probatoria, so pena de caer en la estipulación de condiciones abusivas.”⁷⁸.*

Y es que para sustentar tal posición, en aquella oportunidad se trajo a colación lo dispuesto por la H. Corte Suprema de Justicia, concretamente, que “existe ‘la imposibilidad de establecer ex contractu modificaciones limitativas al principio de libertad probatoria del siniestro, la lesión y su cuantía por contradecir el contenido del imperativo del artículo 1080 del Código de Comercio, el cual, ‘sólo puede modificarse en sentido favorable al tomador, asegurado o beneficiario’ acentuando la naturaleza vejatoria o abusiva de las estipulaciones negociales restrictivas’ [(...) sentencia del 27 de agosto de 2008, expediente 11001-3103-022-1997-14171-01⁹]”.

⁷ Corte Constitucional. T-902 de diciembre 3 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa.

⁸ Cfr. Sentencia de 27 de Julio de 2021. Radicado 11001319900320180227202. M.P. Adriana Ayala Pulgarín.

⁹ Proceso ordinario de Distribuidora Nissan S.A. contra la Aseguradora Grancolombiana S.A. MP. William Namén Vargas En esa oportunidad se examinó, entre otros, el caso de una aseguradora que se negaba a hacer efectiva una póliza de daños porque el siniestro no se había probado como ella consideraba que debía hacerse. La Corte comprendió que en este caso operaba la libertad probatoria del siniestro, y que la indemnización debía pagarse, porque el mismo se demostró adecuadamente mediante un mecanismo conducente. Por su parte, la Superintendencia Financiera de Colombia en Concepto No. 2015016246-002 de 27 de abril de 2015 señaló: “Hecha la anterior precisión, debemos centrarnos en el siniestro que en términos del artículo 1072 del Código de Comercio, “es la realización del riesgo asegurado”. Para el caso particular, el siniestro corresponde al estado de invalidez del asegurado o su estado incapacidad total y permanente de acuerdo con lo pactado en el contrato y, en tal evento, conforme lo previsto en el artículo 1077 del Código de Comercio, al asegurado le bastará con demostrar su ocurrencia del siniestro (incapacidad total y permanente), siempre y cuando el medio probatorio elegido sea idóneo, conducente y pertinente para

Lo anterior, teniendo en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011, son abusivas las cláusulas que “producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del equilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza”.

Si así son las cosas, la asegurada estaba en total libertad para acreditar su incapacidad total o permanente, sin que entonces, fuera imperativo que dicha incapacidad la calificara Positiva Compañía de Seguros, mucho menos, de acuerdo al Manual Único de Calificación definido por el Gobierno Nacional (Decreto 1507 de 2014), última conclusión a la que se arriba, comoquiera que: i). De conformidad con la solicitud/certificado individual (...) se trata de un seguro de vida grupo familiar para los educadores de Colombia (fl. 39, 016 Pruebas (...)); ii). Figura como tomadora la Fundación Social LM Aseguramos Educadores y Trabajadores de Colombia –Funeducol; iii). En el certificado al que se hizo alusión, se indica que los asegurados Alfredo José Ballesta Contreras como Eleticia Chacón Pérez tenían como ocupación la docencia; y, iv). Se estableció como incapacidad total o permanente la sufrida por el asegurado como resultado de una lesión o enfermedad, que le impida – al asegurado- total o permanentemente realizar su ocupación habitual u otra cualquiera compatible con su educación, formación o experiencia; de modo que si la demandante ejercía la docencia lo propio era que para determinar su pérdida de capacidad laboral, y por tanto, establecer su grado de incapacidad, acudiera a las entidades que de acuerdo al régimen especial de seguridad social que cobija a dicha población, estuvieran calificadas para emitir el respectivo concepto, se reitera, esto con ocasión de la especial materia a la que se dedicaba.

Así las cosas, si la cláusula es ineficaz, la accionante tenía plena libertad para acreditar la ocurrencia del siniestro, sin que tuviera la obligación de informar a la aseguradora del trámite que para dicho efecto estaba adelantando. Finalmente, aquélla debía demostrar el siniestro, y así, ocurrió, es más lo hizo a través de medios legítimos.

En definitiva, pese a lo pactado por las partes en el respectivo contrato, no podía exigírsele a la convocante que la calificación a efectos de probar la ocurrencia del siniestro se realizara por la pasiva conforme el manual único mencionado, es decir, de acuerdo al contenido del Derecho 1507 de 2014 “Por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional”, aplicable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º “(...) a todos los habitantes del territorio nacional, a los trabajadores de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes y del sector privado en general, independientemente de su tipo de vinculación laboral, clase de ocupación, edad, tipo y origen de discapacidad o condición de afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral, para determinar la pérdida de capacidad laboral y ocupacional de cualquier origen”, habida cuenta que pertenece a un régimen exceptuado, del que trata

demostrar claramente tales hechos, y que este se haya presentado durante la vigencia del seguro. A la compañía le corresponderá, en términos del mismo artículo “demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad”

el Decreto 1655 de 2015 “Por el cual se adiciona el Decreto 1075 de 2015, Único Reglamentario del Sector Educación para reglamentar el artículo 21 de la Ley 1562 de 2012 sobre la Seguridad y Salud en el Trabajo para los educadores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones”, cuyo ámbito de aplicación, recae en “los educadores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la fiduciaria administradora y vocera del patrimonio autónomo conformado con los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los prestadores de servicio de salud, las entidades territoriales certificadas en educación y los directivos docentes”.

En ese escenario, tiene dicho la H. Corte Constitucional:

“El artículo 48 de la Constitución Política consagra que el servicio público de Seguridad Social se prestará con sujeción al principio de eficiencia; y el artículo 2 de la Ley 100 de 1993 define ese postulado como “(...) la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente.” Siguiendo el mandato de eficiencia, el sistema de seguridad social asignó la competencia de calificar pérdidas de capacidad laboral a una variedad de instituciones, dependiendo del régimen al cual pertenezca el interesado y de las especialidades que se necesiten para examinar el caso. Así, dispuso que las pérdidas de capacidad laboral de las personas que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social sean dictaminadas por las Juntas de Calificación; que las condiciones físicas de los miembros de la Fuerza Pública sean evaluadas por entidades pertenecientes a la institución castrense; que la de los empleados de Ecopetrol sean estudiadas por las entidades competentes dentro de su régimen; y que la de los miembros del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio sea examinada por la autoridad correspondiente que preste los servicios médicos asistenciales. Solo se acepta que las personas exceptuadas acudan a las juntas regionales de calificación en segunda instancia ‘(...) después de efectuarse la calificación correspondiente en su respectivo régimen’”¹⁰ (El resaltado no es original).

De suerte que la aseguradora, a propósito de su actividad profesional, debía conocer las particularidades del grupo de individuos a los que ofreció su producto, sin que puede tenerse como argumento válido que cuestiones como la contemplada en la cláusula cuestionada permita brindar seguridad jurídica, pues como se mencionó líneas atrás, la ley determina la forma en que este tipo de empleados debe ser evaluado, comoquiera que los dictámenes de pérdida de la capacidad laboral los debe hacer en primera instancia la entidad con la cual se tienen contratados los servicios médicos asistenciales, y en segunda instancia las Juntas Regionales de Calificación, cuestión que por demás, permite establecer la incapacidad total o permanente de los sujetos, pues en efecto, se trata de establecer si pueden ejercer o no su ocupación habitual.

¹⁰ Cfr. C.C. Sentencia T 902 de 2013

*En efecto, “[e]sa asignación de competencias desarrolla la eficiencia del sistema de seguridad social, porque permite que los recursos administrativos se utilicen de la manera más óptima posible. **Por una parte, entidades especializadas, realizan los dictámenes del personal con régimen excepcional, repartiendo la competencia de calificación entre aquellas instituciones que mejores atributos tienen para conocer las dificultades de sectores de la economía que necesitan tratamiento diferente. Y de otra parte, aliviana la carga de trabajo de las Juntas Regionales de Calificación y de la Junta Nacional de Calificación, en tanto las personas que hacen parte de regímenes exceptuados sólo pueden acudir a ellas en segunda instancia, si existe alguna controversia en torno al nivel de discapacidad otorgado, y ningún caso pueden acceder a Junta Nacional como medio de revisión excepcional**”¹¹ (Se resalta).*

*Así las cosas, los dictámenes aportados por la parte actora demuestran la ocurrencia del siniestro amparado por el seguro, en la medida que indican que Eleticia Chacón Pérez tiene una pérdida de capacidad laboral superior al 50% aludido¹², pues se estableció finalmente como pérdida de la capacidad laboral el 100%, y que evaluación fue realizada según el manual de calificación de invalidez correspondiente, es más, en el documento denominado: “**DICTAMEN DE DETERMINACIÓN DE ORIGEN Y/O PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL Y OCUPACIONAL**” expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Magdalena, en los fundamentos de derecho se indica: “Ley 962 del 2005, artículo 52, Ley 1562 de 2012, Decreto 1072 de 2015, Decreto 1477 de 2014. **Calificado con el Baremo Decreto 1507 de 2014**” (Se resalta); cuestión que en definitiva permite sostener que la accionante a la fecha no puede desempeñar su ocupación, de suerte que, dicha documental permite demostrar el siniestro, contenido que valga la pena no desvirtuó la pasiva.*

Ahora bien, en punto a la aplicación del artículo 142¹³ del Decreto Ley 019 de 2012 “Por el cual se dictan normas para suprimir

¹¹ Ib.

¹² 056 Anexo CalificaciónpensionJRM15julio2021.pdf

¹³ El artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, quedará así: "Artículo 41. Calificación del Estado de Invalidez. El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.

Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.

El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de las anteriores entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional.

o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”, basta señalar que a propósito del régimen exceptuado en el que se encuentra la asegurada, no resulta procedente su examen, habida cuenta que “el sistema de seguridad social asignó competencia de calificar pérdidas de capacidad laboral a varias instituciones, dependiendo del régimen al cual pertenezca el interesado ”¹⁴.

Por último, del Decreto 1352 de 2013 “Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, y se dictan otras disposiciones”, invoca la pasiva el numeral 3° del artículo 1° según el cual “[d]e conformidad con las personas que requieran dictamen de pérdida de capacidad laboral para reclamar un derecho o para aportarlo como prueba en procesos judiciales o administrativos, deben demostrar el interés jurídico e indicar puntualmente la finalidad del dictamen, manifestando de igual forma cuáles son las demás partes interesadas, caso en el cual, las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez actuarán como peritos, y contra dichos conceptos no procederán recursos, en los siguientes casos: a) Personas que requieren el dictamen para los fines establecidos en este

Cuando la incapacidad declarada por una de las entidades antes mencionadas (ISS, Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-, ARP, aseguradora o entidad promotora de salud) sea inferior en no menos del diez por ciento (10%) a los límites que califican el estado de invalidez, tendrá que acudir en forma obligatoria a la Junta Regional de Calificación de Invalidez por cuenta de la respectiva entidad.

Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.

PARÁGRAFO 1. Para la selección de los miembros de las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez, el Ministerio del Trabajo tendrá en cuenta los siguientes criterios:

La selección se hará mediante concurso público y objetivo, cuya convocatoria se deberá hacer con no menos de dos (2) meses de antelación a la fecha del concurso e incluirá los criterios de ponderación con base en los cuales se seleccionará a los miembros de estos organismos. La convocatoria deberá publicarse en un medio de amplia difusión nacional.

Dentro de los criterios de ponderación se incluirán aspectos como experiencia profesional mínima de cinco (5) años y un examen escrito de antecedentes académicos sobre el uso del manual de pérdida de capacidad laboral y de invalidez, el cual se realizará a través de una entidad académica de reconocido prestigio. Los resultados del concurso serán públicos y los miembros de las Juntas serán designados por el Ministro del Trabajo, comenzando por quienes obtuvieran mayor puntaje.

La conformación de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez podrá ser regionalizada y el manejo de sus recursos será reglamentado por el Gobierno Nacional de manera equitativa. El proceso de selección de los integrantes de las juntas de calificación de invalidez se financiará con recursos del Fondo de Riesgos Profesionales.

PARÁGRAFO 2. Las entidades de seguridad social, los miembros de las Juntas Regionales y Nacional de Invalidez y los profesionales que califiquen serán responsables solidariamente por los dictámenes que produzcan perjuicios a los afiliados o a los Administradores del Sistema de Seguridad Social Integral, cuando este hecho esté plenamente probado".

¹⁴ Cfr. C.C.C 120 de 2020.

numeral; b) Entidades bancarias o compañía de seguros; c) Personas con derecho a las prestaciones y beneficios contemplados en la Ley 418 de 1997”, así como el canon 3° de la misma normatividad:

“La actuación de los integrantes de las Juntas de Calificación de Invalidez estará regida por los principios establecidos en la Constitución Política, entre ellos, la buena fe, el debido proceso, la igualdad, la moralidad, la eficiencia, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad, la publicidad, la integralidad y la unidad.

Su actuación también estará regida por la ética profesional, las disposiciones Manual Único de Calificación de Invalidez o norma que lo modifique o adicione, así como las contenidas en el presente decreto y demás normas que complementen”.

Normatividad que tampoco resultaría ajustada al caso, aun cuando se siguiera la línea argumentativa propuesta la pasiva, pues tales preceptos hacen alusión a la posibilidad de que las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez actúen como peritos, cuando una persona requiera un dictamen de pérdida de capacidad laboral para reclamar un derecho o para aportarlo como prueba en un proceso judicial o administrativa; sin embargo, es de memorar, según la estipulación contenida en el contrato de seguro, quien debía emitir la calificación era Positiva Compañía de Seguros.

De cara al argumento relativo a que las sentencias citadas por el juez a-quo no han sido ratificadas hasta el momento ni por la Corte Suprema de Justicia en un fallo de unificación ni tiene la calificación de doctrina probable, basta señalar que, en punto a la emitida por esta Corporación, se trata de un precedente, en la que se citó una decisión proferida por la H. Corte Suprema de Justicia.

15.- Decantado lo anterior, la Sala abordará el examen del segundo motivo de inconformidad, atinente a la entrega completa de la información relativa a las condiciones generales y particulares del contrato de seguro por el intermediario y tomador.

Sobre el tópico, el Estatuto de Consumidor (Ley 1480 de 2011) de conformidad con lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 1°, tiene como objetivos proteger, promover y garantizar la efectividad y libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respecto a su dignidad y a sus intereses económicos, y en especial, lo referente a: “El acceso de los consumidores a una información adecuada, de acuerdo con los términos de esta ley, que les permita hacer elecciones bien fundadas” (El subrayado no es original).

Más adelante, en el artículo 23 de esa misma codificación, establece que: “Los proveedores y productores deberán suministrar a los consumidores información, clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan y, sin perjuicio de lo señalado para los productos defectuosos, serán responsables de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información. En todos los casos la información mínima debe estar en castellano (...)”.

Puntualmente en el artículo 39 siguiente, de cara a las condiciones negociales generales y contratos de adhesión, refiere:

“Cuando se celebren contratos de adhesión, el productor y/o proveedor está obligado a la entrega de constancia escrita y términos de la operación al consumidor a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes a la solicitud. El productor deberá dejar constancia de la aceptación del adherente a las condiciones generales. El Gobierno Nacional reglamentará las condiciones bajo las cuales se deberá cumplir con lo previsto en este artículo”.

Y en este específico tema, el artículo 1046 del Código de Comercio, dispone:

“El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión.

Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza, el que deberá redactarse en castellano y firmarse por el asegurador.

La Superintendencia Bancaria señalará los ramos y la clase de contratos que se redacten en idioma extranjero.

PARÁGRAFO. El asegurador está también obligado a librar a petición y a costa del tomador, del asegurado o del beneficiario duplicados o copias de la póliza.

Puestas así las cosas, conforme a los elementos de convicción que obran en el expediente, tenemos que en el escrito de demanda, Eliticia Chacón Pérez afirmó que no recibió la información suficiente sobre las condiciones generales y particulares del negocio que hoy sustenta la acción, por lo que, en la respectiva contestación, Positiva Compañía de Seguros afirmó: “No es cierto. La Fundación ASEGURAMOS tomadora del seguro le entregó la información clara, completa y oportuna para contratar en (sic) seguro. Prueba de ello firma con su huella la solicitud de seguro No. 15462 del 15/07/2015”; no obstante, revisado el documento: “SEGURO DE VIDA GRUPO FAMILIAR PARA LOS EDUCADORES DE COLOMBIA. SOLICITUD/CERTIFICADO INDIVIDUAL No. (...)”, se advierte la leyenda: “MANIFIESTO QUE CONOZCO Y ACEPTO LAS CONDICIONES DE LA PÓLIZA A LA QUE ACCEDE ESTE CERTIFICADO DECLARO QUE MI EDAD Y CONDICIONES FÍSICAS SE ENCUENTRAN DENTRO DE LOS PARAMETROS DE LA PÓLIZA MÁTRIZ ENTREGADA AL TOMADOR LA CUAL CONOZCO PLENAMENTE Y QUE LOS MIEMBROS DEL GRUPO FAMILIAR CUMPLEN CON LAS CONDICIONES DE SALUD (...) REQUERIDOS EN EL CLAUSULADO DE ESTA PÓLIZA. QUE MI ACTIVIDAD Y LA DE MI GRUPO FAMILIAR SE DESARROLLA DENTRO DEL MARCO DE LA LEY (...)”, sin que ello sea suficiente para tener por

sentado que el intermediario o la aseguradora entregó copia de la respectiva convención, pues solo se refiere a la aceptación del contenido.

Se hace notar que en desarrollo de la audiencia de que trata el artículo 372 del Código General del Proceso, la Representante Legal de la demandada como su apoderado judicial aclararon el tema relativo a la aducción por error de ciertos documentos que no correspondían al litigio¹⁵, y más adelante, la primera indicó a propósito de una prueba por informe que se decretó, que la colocación del seguro se hizo a través del intermediario, mas sobre la información pendiente, adujo: “No Doctor, como mencionó el Doctor Castañeda la información que obra dentro de la compañía es la referida a quién es el tomador, quien fue en su momento el intermediario y teniendo en cuenta, digamos que, este tipo de situación no se encuentran centralizadas en casa matriz y en su momento quienes en sucursal atendían el negocio, digamos no hemos logrado encontrar antecedentes de la situación, ha sido un poco complejo, de pronto para nosotros naturalmente si va a ser de mucho apoyo de acuerdo a las pruebas de oficio que se solicitaron, pues poder aclarar la situación. Es un hecho desafortunado realmente que no contemos con la información, pero es la realidad”.

A su turno, en el interrogatorio de parte, la accionante indicó que conoció del seguro porque se lo ofrecieron a su esposo¹⁶, puesto que también es docente, reparó: “se lo ofrecieron en el Colegio donde él laboraba y él lo tomó y me colocó a mí también ahí en ese grupo”. Más adelante, a la pregunta, ¿Qué información le dio su esposo (...)?, precisó: “Si él me mostró, no sé si me permite mostrar (...), él me mostró que había adquirido una póliza donde cubría incapacidad total o permanente y el certificado individual de la póliza (...)”, continuó, al interrogante, ¿A usted o a su cónyuge le hicieron entrega de un clausulado o contrato del seguro de vida denominado: Seguro de Vida Grupo Familiar para los Educadores de Colombia”, contestó: “No señor, a mi esposo le dieron el certificado individual de la póliza, que es el que tenemos”, y, para terminar, sobre el conocimiento de la cláusula “en el que obliga a los docentes a ser calificados únicamente y exclusivamente por ellos (...)”, afirmó, “No señor, siendo así mi esposo no hubiera tomado esa póliza, nosotros no sabíamos de esa cláusula”.

De otra parte, el tercero Alfredo Ballesta esposo de la accionante, a las cuestiones: ¿Cómo conoce usted de este seguro?, ¿Qué información le dieron?, ¿Cómo conoce a las personas que se lo ofrecieron?, ¿Qué le indicaron?, refirió: “(...) en el 2015 yo estaba en las Institución Educativa Leónidas Acuña, allá fueron unos asesores, me ofrecieron el plan, me dieron una cartilla sobre los beneficios, todo lo que tenía que ver, y de una vez (...) tomamos, ese seguro esta tomado por nómina y me dieron una certificación como consta acá en el año 2015 (...)”¹⁷. Y sobre la entrega de una cartilla, ¿Usted todavía tiene esa cartilla?, “No, a mí me entregaron un certificado”, “le corrijo Dr. Es un certificado individual, una hojita que me

¹⁵ Mis. 07:05 y ss. 052 “Anexo Exp2021-1859_Audiencia4febrero2022_90 (...)”.

¹⁶ Mins. 21:33 y ss., ib.

¹⁷ Mins. 58:00 y ss. ib.

dieron”, amen que su esposa tuvo conocimiento del seguro, cuando la mostró el certificado “de que habíamos tomado un seguro (...) un seguro familiar”.

Y más adelante, a la interpelación del apoderado de la demandante, ¿Usted en esa reunión, tuvo la oportunidad de conocer los amparos que se le estaban ofreciendo?, contestó: “Pues ellos nos dieron unos (...) unas charlas sobre eso, pero si lo normal, uno cuando toma el seguro ve los beneficios que muestran en el certificado que le dan”. Insistió, “(...) yo no tengo el catálogo (...)”.

Conforme con lo expuesto, de los medios suasorios obrantes en el expediente y pese a que el testigo tiene conocimiento de ciertos aspectos del contrato de seguro, lo cierto es que de su declaración, no puede inferirse con certeza que aquél como el tomador recibieron copia del contrato incluidas sus cláusulas generales y específicas, pues si bien adujo que recibió una cartilla “sobre los beneficios”, lo cierto es, que con posterioridad corrigió el alcance de lo manifestado, en el sentido de indicar que lo único que obtuvo fue el certificado individual. Y frente a las “charlas” a las que hizo mención, valga la pena señalar que acuerdo a lo previsto en el canon 1046 citado, la obligación es la de entregar copia de la convención.

Conforme con lo expuesto, contrario a lo señalado por el apoderado de la compañía demandada, no se probó que su representada o el intermediario brindaran la información respectiva al tomador como a los asegurados, lo que impone en este aspecto también confirmar la decisión; obligación que por lo demás, no se desdibuja por el grado de estudio de quien adquiere la póliza, pues finalmente se trata de una prerrogativa en favor del consumidor.

Al respecto, importa traer a colación que:

“Dentro de nuevo estatuto de consumo la información no sólo pasó a ocupar un lugar privilegiado dentro de las normas (como obligación y como derecho), sino que se enarboló como un principio general que orienta todo el ordenamiento. Así el (art. 1) plantea que el NED tiene como objetivo proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos, en especial, lo referente a: El acceso a una información adecuada, que les permita hacer elecciones bien fundadas (...).

Para materializar lo anterior el NEC hace de la información no solo un derecho de principal tutela del consumidor, sino como objeto de una prestación propia¹⁸ consagrando una obligación de información (art. 23) que recae sobre los productores y proveedores, de forma independiente -al no requerir la celebración de un contrato para su nacimiento y exigibilidad- lo que a su vez permite una sanción principal, ya no residual -como sucede con los vicios del consentimiento-¹⁹ por incumplimiento en la prestación

¹⁸ En concordancia con lo que ya habíamos anticipado en MONSALVE, V. Dinámica de la Obligación y el deber de informar(se)... cit., pág. 485.

¹⁹ Como sucede vía acción de rescisión consagrada en el código civil.

informativa, constituyendo en sí mismo un derecho subjetivo de crédito²⁰ (...)”²¹.

Además, 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.

16.- Mediando las circunstancias que vienen de puntualizarse, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia, con la consecuente condena en costas a la parte apelante ante la improsperidad de la alzada, de conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

1.- CONFIRMAR la sentencia dictada en audiencia pública celebrada el siete (7) de marzo del año dos mil veintidós (2022) en la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, por las consideraciones expuestas en esta sentencia.

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

2.1.- De conformidad con lo previsto en el numeral 3º del artículo 366 del Código General del Proceso, en concordancia con el

²⁰ Ya en su momento presentamos como al interior de la prestación debida en la obligación de informar se pueden identificar los elementos de validez y existencia que plantea el art. 1502 del Código Civil (sujeto, objeto, causa y vínculo) situación que vendría respaldada con la orientación tuitiva del NEC. Para ver más, MONSALVE, V. Dinámica de la obligación y el deber de informar(se)... cit., pág. 485.

²¹ VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos y GUAL ACOSTA, José Manuel –Directores. Derecho de Consumo –Problemáticas Actuales- “LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL CON OCASIÓN AL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN EN EL NUEVO ESTATUTO DEL CONSUMIDOR (NEC)”. Vladimir Monsalve Caballero. Págs. 237 y ss.

artículo 5° del AcuerdoPSAA16-10554 de 2016, en la liquidación de costas causadas en segunda instancia, inclúyase como Agencias en Derecho la suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes. Para la elaboración de la misma síganse las reglas previstas en dicha norma.

CÓPIESE Y NOTIFIQUESE

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
MAGISTRADA
(com aclaración de voto)

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.,
Firma Con Aclaración De Voto

Código de verificación: **147609f47e9a479a7988cd1ea23199a8f62108e1974aa483d2caeadfd07b7170**

Documento generado en 14/09/2022 12:52:28 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE : ANA MARIA DEL PILAR GIRALDO RUBIO
DEMANDADO : ALIANZA FIDUCIARIA S.A., como vocera
y administradora del FIDEICOMISO
RECURSOS URBAN K, FIDEICOMISO
PARQUEO URBAN K 50C-72300 y
FIDEICOMISO DE PARQUEO URBAN K
50C-318844
CLASE DE PROCESO : VERBAL- PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
FINANCIERO
MOTIVO DE ALZADA : APELACIÓN SENTENCIA

Se ADMITE en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia que profirió la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera, el 6 de mayo del 2022, dentro del proceso de la referencia.

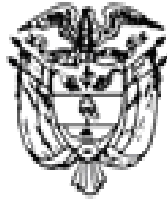
Una vez ejecutoriada esta providencia, la secretaría procederá a contabilizar el término de cinco (5) días que tiene la apelante para sustentar su recurso, pues en caso de no hacerlo, el mismo se le declarará desierto; y de la sustentación que presente correrá traslado a la parte contraria en la forma y términos previstos por el artículo 12, en concordancia con el 9, de la Ley 2213 de 2022.

Tanto la sustentación, como la réplica, se remitirá al correo electrónico secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co. Cada parte, si es del caso, acreditará el envío del escrito a su contraparte para los efectos del artículo 3 y el parágrafo del artículo 9 de la Ley mencionada, lo cual deberá ser tenido en cuenta por la Secretaría.

Notifíquese,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE
MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre dos mil veintidós (2022)

ASUNTO: PROCESO VERBAL (ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR) PROMOVIDO POR EL SEÑOR FERNANDO ALFONSO GONZÁLEZ ALDANA CONTRA LA SOCIEDAD MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. Rad. 003 2021 03126 01

Sentencia escrita conforme al inciso 5° del artículo 373 del C.G.P. y el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, cuyo proyecto

Se decide el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia anticipada que profirió la Superintendencia Financiera de Colombia a través de la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales el 31 de enero de 2022, dentro del asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. El señor Fernando Alfonso González Aldana, por conducto de apoderado judicial, formuló demanda contra la sociedad Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., para que se declare que celebraron un contrato de seguro contenido en la Póliza Individual de Arrendamiento 2119316000691 el 12 de julio de 2016, en el que fungió como tomador y beneficiario, la demandada como aseguradora y el

señor Edgar Mauricio Ortiz Aguirre como afianzado; que el riesgo amparado, consistente en el incumplimiento por parte del arrendatario en el pago de los cánones y cuotas de administración “*a cargo del contrato de arrendamiento 116882 de fecha 21 de junio de 2016*” ocurrió, configurándose, en consecuencia, el siniestro.

Agregó, que la demandada incumplió el contrato de seguro; que la cancelación de la póliza individual de arrendamiento se hizo sin justa causa y contraviniendo tanto las normas legales que rigen para esta clase de seguros como los términos y condiciones acordados entre tomador y asegurado; y que, por tanto, tiene derecho al reconocimiento y pago del siniestro amparado, en los términos y condiciones pactados en la póliza.

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

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

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

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

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

3. Una vez notificada personalmente del auto admisorio de la demanda, la sociedad demandada propuso las defensas de mérito que denominó: **i)** Excepción oficiosa de que trata el artículo 282 del Código General del Proceso; **ii)** Caducidad de la acción de protección al consumidor financiero; **iii)** Exclusiones y garantías contempladas en

el contrato de seguro; **iv)** No cumplimiento del mantenimiento del estado del riesgo y notificación de cambios; **v)** Pago cánones de arrendamiento – Devolución de prima por parte de Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.; **vi)** Cumplimiento de las obligaciones a cargo de Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.; **vii)** Límite del valor asegurado – Límite de las coberturas del contrato de seguro; **viii)** Prescripción extintiva y nulidad relativa; **ix)** Compensación; y, **x)** Buena fe.

4. Con fundamento en lo establecido en el numeral 3° del artículo 278 del código General del Proceso la autoridad de primera instancia declaró probada la excepción de caducidad de la acción de protección al consumidor financiero propuesta por la demandada; negó, en consecuencia, las pretensiones de la demanda; y se abstuvo de imponer condena en costas.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Comenzó por reseñar que en este asunto se propuso la excepción de caducidad de la acción de protección al consumidor financiero, no obstante acogería ese medio de defensa como prescripción, en razón a que este Tribunal¹ con soporte en el numeral 3° del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011 ha dilucidado que el término allí previsto es de prescripción *“conllevando que, a pesar de la denominación de caducidad, al encontrar que los supuestos fácticos que soportan la excepción hacen relación al término para el ejercicio de la acción de protección al consumidor, se encuentra cumplida la exigencia del término prescriptivo de ser invocada como medio de defensa”*.

Lo anterior, porque de conformidad con el artículo 57 de la referida ley la controversia corresponde a una netamente contractual, donde la acción se debe promover a más tardar dentro del año siguiente a la terminación del contrato.

Agregó que con la demanda se allegó el certificado “0” de la póliza donde se evidencia que su vigencia corría del 1° de julio de 2016 al 30 de junio de 2017, con la contestación el certificado “3” con vigor del 1°

¹ Sent. de 21 de enero de 2016 exp. 001-2015-01185-01.

de julio de 2018 al 1 de julio de 2019, así como el certificado “4” de renovación del seguro con fecha de expedición de 28 de enero de 2019 donde se mantuvo la vigencia del certificado anterior.

Adicionó que, de conformidad con el numeral 7° del artículo 1047 y 1048 del Código de Comercio, si se atuviera a la fecha de expedición del anexo de revocación del seguro (del 28 de enero de 2019) el término máximo con que contaba el accionante para promover la acción de protección al consumidor financiero no podría superar el 28 de enero de 2020.

Y que, de existir discusión respecto de la fecha final de vigencia contenida en los certificados 3 y 4 de la póliza, soportado en la revocación expedida en el mes de enero del año 2019, el límite máximo para promover la demanda iría el 1° de julio de 2020; y con la adición del término de suspensión previsto en el artículo 6° del Decreto Legislativo 491 de 2020, en concordancia con las Resoluciones 001 y 0368 de 2020, tal oportunidad sería hasta el mes de agosto de 2020 y la demanda se instauró en el año 2021.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, la apoderada del demandante apeló la sentencia mediante escrito de donde se extractan los siguientes reparos concretos:

i) Está probado que el contrato de seguro se renovó el 12 de junio de 2018 y su vigencia finalizaba el 12 de junio de 2019, no “*como mal lo interpreta el fallador*” a partir de la terminación arbitraria y unilateral de la demandada, aspecto sustancial que debió ser objeto del debate probatorio, al ser uno de los soportes de la demanda; que el supuesto siniestro del riesgo alegado por la convocada para el mes de octubre de 2018 no existía porque el local comercial ya no tenía subdivisión material; y, además, la terminación del contrato era improcedente porque se alega de forma tardía la causal contenida en el contrato, conforme al artículo 1060 del Código de Comercio, y “*si hubo una aceptación no tacita, sino expresa, porque el contrato se renovó*”.

ii) Que al término de caducidad se le debe restar los meses del año 2019 donde hubo cese de actividades, la vacancia judicial de ese año, lapsos en que se suspenden los términos, por lo que erró el funcionario al decretarla.

Por auto de 19 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 el apelante, luego de que el auto que declaró desierto el recurso fuera revocado, sin que su contraparte lo recorriera 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.

2. Para resolver los reparos que la parte apelante le hace a la sentencia anticipada de primer grado, se recuerda que el numeral 3° del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011 prevé que:

Las demandas para efectividad de garantía, deberán presentarse a más tardar dentro del año siguiente a la expiración de la garantía y las controversias netamente contractuales, a más tardar dentro del año siguiente a la terminación del contrato. En los demás casos, deberán presentarse a más tardar dentro del año siguiente a que el consumidor tenga conocimiento de los hechos que motivaron la reclamación. En cualquier caso deberá aportarse prueba de que la reclamación fue efectuada durante la vigencia de la garantía.

Y el numeral 6° de la misma disposición, preceptúa que:

6. La demanda deberá identificar plenamente al productor o proveedor. En caso de que el consumidor no cuente con dicha información, deberá indicar el sitio donde se adquirió el producto o se suministró el servicio, o el medio por el cual se adquirió y cualquier otra información adicional que permita a la Superintendencia de Industria y Comercio individualizar y vincular al proceso al productor

o proveedor, tales como direcciones, teléfonos, correos electrónicos, entre otros.

La Superintendencia de Industria y Comercio adelantará las gestiones pertinentes para individualizar y vincular al proveedor o productor. Si transcurridos dos meses desde la interposición de la demanda, y habiéndose realizado las gestiones pertinentes, no es posible su individualización y vinculación, se archivará el proceso, sin perjuicio de que el demandante pueda presentar, **antes de que opere la prescripción de la acción**, una nueva demanda con los requisitos establecidos en la presente ley y además deberá contener información nueva sobre la identidad del productor y/o expendedor”. (negrita fuera del texto legal)

Por su parte, la mayoría de integrantes de esta Sala es del criterio que el término previsto en el numeral 6° del citado artículo 58 de la Ley 1480 de 2011 es de prescripción puesto que, con independencia de la discusión académica que pueda surgir del tema, el legislador optó por esa figura, siendo una regulación de índole especial que debe primar, postura que ha calificado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sede de tutela, como razonable, al estimar que no es antojadiza ni ilegal, sino que “...obedece en línea de principio, a una legítima exégesis de la normativa que rige la materia y la jurisprudencia depurada sobre el tema ...”². Y, anteriormente, sobre la misma cuestión había precisado que le Juez no puede prever un instituto jurídico diferente al que la misma norma expresamente dispuso, ni siquiera acudiendo a un criterio auxiliar de la actividad judicial como lo es la doctrina (Art.230 C.N.) puesto que, de hacerlo, desconocería la voluntad explícita del legislador, para anteponerle el criterio del intérprete.³

3. No obstante, el funcionario de la entidad de primer grado, pese a advertir que compartía el criterio según el cual la norma alude a prescripción, terminó por amoldar a ella el planteamiento de la defensa referido a la “*Caducidad de la acción de protección al consumidor*” tras considerar que “*a pesar de la denominación de caducidad, al encontrar que los supuestos fácticos que soportan la excepción hacen relación al término para el ejercicio de la acción de protección al consumidor, se encuentra cumplida la exigencia del término prescriptivo de ser invocada como medio de defensa*” (Cfr. archivo 2021159623-022-000.pdf del expediente digital).

² CSJ STC9016-2021 M.P. Hilda González Neira

³ CSJ. STC11048-2017. 26 de Julio de 2017 MP. Álvaro Fernando García Restrepo.

3.1 En esas condiciones, no puede la Sala entrar a corregir dicha argumentación para adecuar su decreto a la de prescripción de la acción del consumidor financiero, en razón a que la parte demandada no la promovió y la misma no opera por el simple paso del tiempo (como sucede con la caducidad) sino que requiere ser alegada por quien se pretenda favorecer de ella, como lo dispone el artículo 2513 del Código Civil, al preceptuar que: *“El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el Juez no puede declararla de oficio”*, de ahí que no resulte cierta la afirmación que se hace en la providencia en el sentido de que *“se encuentra cumplida la exigencia del término prescriptivo de ser invocada como medio de defensa”*, si se tiene en cuenta que la implorada se refirió fue a la **caducidad** prevista en el artículo 58 de la Ley 1480 de 2011 y a **la prescripción de las acciones originadas en el contrato de seguro** (Cfr. fl. 68 archivo Contestación demanda 2021159623.pdf del expediente digital)

Al respecto, debe tenerse en cuenta que en pronunciamiento reciente, la Corte Suprema de Justicia afirmó que: *“...tratándose de la excepción de prescripción, solo en el evento en que haya sido oportunamente expuesta **y esté provista de sustento factual**, podrá el fallador adentrarse a resolverla, para lo cual deberá limitarse a verificar si la modalidad rogada está configurada y así declararlo; de lo contrario deberá desestimarla, sin que en este último evento pueda basarse en otros hechos y, a partir de ellos, reconocer una diversa a la planteada...”*⁴

Por tanto, en el presente asunto no es posible colegir que la convocada invocó la institución de la prescripción, según los argumentos que ventiló como soporte de la caducidad, que fue lo que, en últimas, infirió el fallador de primera instancia, en virtud de que *“cuando la ley emplea el verbo prescribir o el sustantivo prescripción, no le es dable al intérprete disponer que se trata de caducidad”*⁵, argumento éste que también puede aplicarse a la inversa.

⁴ CSJ SCC, Sentencia SC1297-2022 del 6 de junio de 2022, M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque

⁵ LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA. Hineyrosa, Fernando. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 20000. Pág. 239

4. Finalmente, con independencia a la nominación que se le dé al término que tenía el consumidor financiero para promover las acciones a que se refiere el comentado artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, no se debe perder de vista que, en este caso, como lo puso de presente la apelante, existe una pretensión dirigida a que se declare que la cancelación de la Póliza Individual de Arrendamiento 2119316000691 por parte de MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. se hizo **sin justa causa y contraviniendo tanto las normas legales que rigen para esta clase de seguros como los términos y condiciones acordados entre tomador y asegurado**; de ahí que para comenzar a contabilizar el plazo otorgado al demandante para promover la acción contractual, se requería establecer si, en verdad, tal contrato terminó con o sin justa causa, lo que necesitaba agotar el debate probatorio sobre ese aspecto, cosa que no aconteció, toda vez que sólo si se establece cuál fue o debió ser la fecha de su finalización es que se puede contabilizar el término del año que el legislador le otorgó al consumidor para accionar.

5. Así las cosas, al estar edificada la decisión de primera instancia en un aspecto que no se invocó en la contestación de la demandada, prescripción de la acción de protección al consumidor financiero, se impone revocar dicha providencia y ordenar la devolución del expediente a la entidad de origen, a fin de que continúe con el trámite y decisión del proceso. No se impondrá condena en costas en esta sede.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia anticipada que profirió la Superintendencia Financiera de Colombia a través de la Delegatura

para Funciones Jurisdiccionales el 31 de enero de 2022, dentro de este asunto, por las razones decantadas en precedencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia a la parte apelante, conforme lo indicado en la parte motiva.

TERCERO: DEVOLVER el expediente digital a la autoridad de origen, a efectos de que continúe con el trámite y decisión del caso. Secretaría, proceda a efectuar igualmente las anotaciones pertinentes.

NOTIFÍQUESE,

Los Magistrados,

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

(con salvamento de voto)

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.,
Firma Con Salvamento De Voto

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: **86640dedb6fd43b2ee17e4419de437fa9ddf4b417cf94c52a0eb38341f998748**

Documento generado en 14/09/2022 06:06:02 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Proceso: Verbal -Acción de protección al consumidor
Demandante: Fernando Alfonso González Aldana
Demandado: Mapfre Seguros Generales de Colombia
Radicación: 110013199003202103126 01
Asunto: Salvamento de voto

Me permito manifestar las razones por las cuales discrepo de la decisión adoptada por la Sala mayoritaria en el asunto del epígrafe.

1. Como prolegómenos he de señalar que los derechos que les asisten a los consumidores están resguardados constitucional – artículo 78 - y legalmente – Ley 1480 de 2011-, con el fin de garantizarles *“la efectividad y el libre ejercicio de sus derechos”*; *“el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos”* (artículo 1) y, de obtener el resarcimiento del proceder errado o defectuoso de productores, expendedores y proveedores con relación al producto que ofertan al público, para lo cual prevé el legislador, como mecanismo de protección, tres clases de acciones, entre estas la de protección al consumidor.

Indudable resulta que el *“Derecho a la reclamación”* establecido por la Ley en favor de los consumidores que les permite *“tener acceso a las autoridades judiciales o administrativas...”* con el propósito frente al proveedor, productor o prestador, de *“obtener reparación integral oportuna y adecuada de todos los daños sufridos”*, debe ser ejercido en los términos que la Ley 1480 de 2011 establece.

La normativa citada en el Tít. VIII contempla los *“Aspectos Procedimentales e Institucionalidad”* ante *“las autoridades judiciales”* mediante el ejercicio de las *“acciones jurisdiccionales”*. Así el numeral 3o del artículo 56 de dicho estatuto advierte:

“3. <Numeral corregido por el artículo 5 del Decreto 2184 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> La acción de protección al consumidor, mediante la cual se decidirán los asuntos contenciosos que tengan como fundamento la vulneración de los derechos del consumidor por la violación directa de las normas sobre protección a consumidores y usuarios, los originados en la aplicación de las normas de protección contractual contenidas en esta ley y en normas especiales de protección a

consumidores y usuarios; los orientados a lograr que se haga efectiva una garantía; los encaminados a obtener la reparación de los daños causados a los bienes en la prestación de servicios contemplados en el artículo 18 de esta ley o por información o publicidad engañosa, independientemente del sector de la economía en que se hayan vulnerado los derechos del consumidor.”

Para la cual conforme al procedimiento regulado para estas acciones por el artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, advierte “(...) 3. *Las demandas para efectividad de garantía, deberán presentarse a más tardar dentro del año siguiente a la expiración de la garantía y las controversias netamente contractuales, a más tardar dentro del año siguiente a la terminación del contrato. En los demás casos, deberán presentarse a más tardar dentro del año siguiente a que el consumidor tenga conocimiento de los hechos que motivaron la reclamación.*” (Subrayo)

El artículo 58 numeral 3 no identifica el lapso para la presentación de la demanda como de prescripción o de caducidad, razón por la cual ha de considerarse que:

a. Según la doctrina el término acción puede ser entendido en sentido material o en sentido procesal. En el primero se usa “*para identificar el derecho material que se quiere proteger, seguido a veces del nombre de ese derecho y otros calificativos que en el derecho civil o comercial tienen su significado consagrado; así, se habla de acción de estado civil, de filiación natural, de perjuicios contractuales o extracontractuales, de resolución o rescisión de contratos,...de simulación, etc., y de acción reivindicatoria,, posesoria, ...restitutoria, ...etc.; pero se trata de calificar los respectivos derechos sustanciales. Se usa igualmente para distinguir la clase de bien o derecho subjetivo material, cuando se habla de acción real o personal o mixta, o mueble o inmueble...; pero es el bien o el derecho sustancial lo que tiene esa calidad jurídica...*”¹.

b) Partiendo de los dos sentidos expuestos, en criterio de la Suscrita, el término de acciones jurisdiccionales contenido en el Título VIII, Capítulo I artículos 56 a 58 de la Ley 1480 de 2011 corresponde al de noción procesal de acción, cuyo ejercicio se realiza mediante la demanda. Sentido conforme al cual “*es un derecho subjetivo público y cívico a la obtención de una sentencia mediante un proceso...se contempla solo el objeto y fin de la acción como acto jurídico procesal; la actividad jurisdiccional que se pone en movimiento para obtener la sentencia...*”²

c) La demanda es el medio para ejercitar la acción sin que pueda confundirse esta con aquella debido a que como acto de introducción procesal contiene la pretensión que a su vez se diferencia de la acción para cuyo ejercicio válido de este derecho subjetivo por el actor, uno

¹ Devis Echandía, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Tomo I: Teoría General del proceso, Edit. ABC Bogotá, 1972 pag.160

² Idem

de los requisitos o “condiciones para que el Juez oiga la petición que se le formule para iniciar un proceso”³, lo constituye la no caducidad de la acción.

Jurisprudencialmente se tiene establecido que “..., la prescripción, extingue derechos sustanciales en si mismos considerados..., la caducidad, ...claustra la oportunidad de reconocimiento de dichos derechos en juicio” – CSJ Sent. 29 de octubre de 1979 (exp.731)- “⁴. Lo que significa que, prescribe el derecho material y caduca la acción cuando su ejercicio en proceso especial está sujeto a un término.

Con relación al factor tiempo, en la primera operan razones de índole subjetiva, mientras que en la segunda “el no ejercicio del derecho en un tiempo preestablecido indica sin más, su extinción”⁵. Es decir, “la caducidad extingue el derecho, y, por ende, la acción por el simple paso del tiempo, al no hacerse valer dentro del plazo legal perentorio, esto es, basta el dato objetivo del transcurso del último día del término para generar el efecto jurídico consecuencial de la pérdida ex tunc. O, en otras palabras, la extinción del derecho por el transcurso del plazo para su ejercicio implica la extinción de la acción”⁶.

Al respecto también ha considerado la jurisprudencia nacional, de vieja data pero vigente aún que: “la institución de esta clase de términos en la ley ha sido abundantemente estudiada por los científicos como un sistema particular de extinción de las acciones y derechos independientemente de las regulaciones que el derecho común consagra por medio de la figura jurídica de la prescripción extintiva (...) Como la prescripción es un modo de extinguir las acciones civiles por el transcurso del tiempo – según las palabras del código – ha sido frecuente entender que toda extinción de acciones por esa causa se considera un fenómeno de prescripción y le sean aplicables las reglas que a esta gobiernan. Pero es obvio que existe aquí una confusión entre dos órdenes de instituciones jurídicas de características esenciales bien diferenciadas (...) En efecto, al lado de la prescripción liberatoria, como medio de extinguir las acciones en juicio se admite desde hace algún tiempo y con mayores o menores reservas por los tribunales de justicia el de la caducidad o término perentorio, el cual puede producir – es verdad- los mismos efectos, pero cuyos fundamentos esenciales así como sus régimen en la actuación positiva del derecho son muy distintos de los que integran aquella figura jurídica (...) Si la caducidad es la extinción del derecho o la acción por cualquier causa – como el transcurso del tiempo – muy clara resulta su diferencia con la prescripción extintiva (...) Se comprende bien la diferencia teórica que media entre las dos instituciones si se observa el fundamento filosófico-jurídico que explica la prescripción, o sea el abandono, la negligencia en el titular del derecho o la acción, en una palabra el ánimo real o presunto de no ejercerlos; en tanto que en la caducidad esa razón de índole

³ Ob. Cit. Pág. 230

⁴ Reiterada en CSJ, Sala Civil Sent. De 28 de abril de 2011 exp 0042005-00054 M.P. Dr. Willian Namen

⁵ Hinestroza, Fernando. La prescripción extintiva. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, agosto de 2000, pág. 235

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 28 de abril de 2011, exp.0042005-00054 M.P. Dr. Willian Namen Vargas

subjetiva no se tiene en cuenta, pues basta para que el fenómeno se produzca el hecho objetivo de que en la ley o en un negocio jurídico se prefije un plazo – realización de un acto o ejercicio de la acción judicial para que el interesado no pueda obrar útilmente si deja que transcurra sin haber hecho uso de él...”⁷.

Si la demanda es el instrumento para ejercitar la acción jurisdiccional de protección al consumidor, acción en sentido procesal y además especial que debe ser ejercida por disposición legal imperativa, como se infiere de la locución “**deberá**” ser presentada, “*a más tardar dentro del año siguiente a que el consumidor tenga conocimiento de los hechos...*” en asuntos de protección al consumidor, desde mi punto de vista ha de entenderse que aquel corresponde a caducidad por tratarse de acción, cuya desatención de este plazo legal conlleva la decadencia del “*derecho a la reclamación*” establecido por la ley en favor de los consumidores – artículo 3 numeral 1.5 Ley 1480 de 2011.

Al efecto, considera la jurisprudencia que “*...las incontestables razones de orden público en las cuales se funda la caducidad atañen a la seguridad, certeza, regularidad o firmeza de las relaciones jurídica, así como a prístinos deberes imperantes en el tráfico jurídico de lealtad, corrección, probidad, claridad y sagacidad exigibles a los sujetos en el ejercicio de sus derechos. Por esta inteligencia, la caducidad puede y debe declararse ex officio por el juzgador o, a solicitud de parte, pero en todo caso, su efecto se produce por disposición legal sin requerir declaración alguna...*”⁸.

Por todo lo precedente, no tratándose de la extinción de un derecho material sino del ejercicio de la acción que conlleva igualmente la del derecho, sin que pueda confundirse éste con aquella, identificó como de caducidad y no de prescripción, el plazo consagrado en el numeral 3 del artículo 58 de la ley 1480 de 12 de octubre de 2011 para presentar la demanda en acciones jurisdiccionales de protección al consumidor, lo que impone su reconocimiento oficioso o a solicitud de parte como se deriva igualmente de lo dispuesto por los artículos 90, 280 inciso 2, 281 inciso 1 y 282 del Código Procesal Civil hoy vigente, aplicables en la forma que señala el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 de la ley 1564 de 2012, según el cual: “*Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir*”.

La conclusión anterior no se altera bajo los supuestos de la referencia a la prescripción contenida en el numeral 6° del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011 ni al de interpretación favorable al consumidor establecido por el artículo 4° de la ley citada, por las siguientes razones: (i) la naturaleza de estas dos instituciones y el interés que las diferencia – público de *certeza* jurídica para la caducidad y sentido privado para la prescripción⁹- impide, bajo la circunstancia de su difícil

⁷ SNG, 1° de octubre de 1946, LXI, pág. 588 y ss. Cita en Hinestroza Fernando. La prescripción extintiva ya citada.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 28-04-2011 ya citada

⁹ Hinestroza Fernando. La prescripción extintiva. Pág.242 ob. citada

diferenciación en un caso concreto cuando la ley solo señala el término extintivo sin calificar si se trata de una u otra, traslapar la consagrada expresamente a la que no lo está; y, (ii) no se trata de normas contrapuestas, ni perjudiciales para el consumidor o usuario sino de preceptos procesales también de orden público establecidos en igualdad de condiciones y de obligatorio cumplimiento para particulares y funcionarios – artículos 4,7.11,13 ley 1564 de 2012 y 40 ley 153 de 1887 -.

Se adiciona que mientras la prescripción se justifica en interés particular, la caducidad lo es en el general. Al respecto considera la doctrina que *“... ‘la justificación más plausible de la disciplina en materia de prescripción no radica, a diferencia de la caducidad, en la exigencia de ‘certeza’ jurídica pública o privada en el ejercicio del derecho ajeno, sino en la necesidad de evitar que el patrimonio de un particular se encuentre sometido indefinidamente a las pretensiones del titular de un derecho’- P. Trimarchi. Prescrizione e decadenza-, pese a que se ha desentendido prolongadamente de él”*¹⁰.

2. Con los precedentes postulados, aplicados al proceso del epígrafe se llega a la conclusión de que se estructuró la caducidad en este litigio propiciado en procura de la protección de los derechos del consumidor, pues tal como lo resaltó el mismo apelante la vigencia de la póliza finalizaba el 12 de junio de 2019, contabilizado el plazo para la efectividad de la garantía y a partir de este, el término legal de un año para presentarse la demanda [artículo 58 numeral 3° de la ley 1480 de 2011], descontando el período en que se suspendieron los términos por virtud del artículo 6° del Decreto Legislativo 491 de 2020, transcurrió y se consumió, sin que se propiciara la acción lo que sólo vino a hacerse en el año 2021; por lo que aún oficiosamente podía ser declarada, máxime cuando fue propuesta por la defensa, dando así al traste con las aspiraciones procesales del demandante.

Dentro de éste contexto en mi opinión operó el fenómeno de la caducidad y por eso debía finiquitarse el proceso, aunque ciertamente no por la distorsión que hizo el *a quo* de entender la defensa como prescripción.

En estos términos dejó consignado mi salvamento de voto.

Bogotá, D.C., 14 de septiembre de 2022.

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

Firmado Por:

¹⁰ Cita en Hinestroza Fernando. La prescripción extintiva, pág. 243. Ob. citada

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: **ec37a4295b8b70bcd5022ccf78be887d6ac38f0332c1c1ec13e958bc9ae5d5d2**

Documento generado en 14/09/2022 08:07:07 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Proceso N.º 110013199003202103522 01
Clase: VERBAL – PROTECCIÓN AL
CONSUMIDOR
Demandante: WEST METALS COMPANY S.A.S.
Demandada: BANCOLOMBIA S.A.

Con fundamento en los artículos 322 (incisos 2º y 3º del numeral tercero), 323 y 327 (último inciso) del Código General del Proceso, se ADMITEN, en el efecto suspensivo, los recursos de apelación interpuestos por ambas partes contra la sentencia que el 16 de junio de 2022 profirió el Coordinador del Grupo de Funciones Jurisdiccionales II de la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante la cual negó pretensiones de la demanda y, en virtud de las facultades para fallar *extra petita*, adoptó otras determinaciones.

En oportunidad, la secretaría controlará los traslados de que trata el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022¹, luego de lo cual el asunto ingresará al despacho para resolver lo pertinente.

So pena de los efectos procesales correspondientes, la **sustentación** de las alzas admitidas versará, únicamente, sobre los reparos concretos que se presentaron contra el fallo de primer grado, conforme lo regula el inciso final del artículo 327 del CGP y la jurisprudencia (CSJ. SC3148-2021). Las partes harán llegar sus respectivos escritos al correo electrónico de la secretaría: secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

¹ Vigente al momento en que se profirió el fallo impugnado y se interpusieron las apelaciones y, por ende, aplicable al presente asunto por virtud de lo previsto en el artículo 624 del CGP, que modificó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

Firmado Por:

Manuel Alfonso Zamudio Mora

Magistrado

Sala 005 Civil

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

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

Código de verificación: **d12c4eb85a0d6ab1a3a3002a8fa760aa42aea9c44bc7c367e3d7e11cfac3a466**

Documento generado en 14/09/2022 04:02:48 PM

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

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE	:	YESENIA SEHUANES CARO
DEMANDADO	:	COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.
CLASE DE PROCESO	:	VERBAL- PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO
MOTIVO DE ALZADA	:	APELACIÓN SENTENCIA

No se admitirá el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 29 de abril de 2022, por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, porque el Tribunal advierte que carece de competencia.

Nótese que, si bien Yesenia Sehuanes Caro denominó su demanda como “Acción de protección del consumidor financiero. Ley 1480 de 2011 y artículo 24 de la Ley 1564 de 2012”, lo cierto es que su reclamación no está fundada jurídicamente, ni fácticamente, en la infracción de sus derechos como consumidor financiero, como lo serían los de información, garantía, idoneidad, seguridad y calidad de los productos y servicios prestados por esa entidad bancaria, ni se discuten cláusulas abusivas y publicidad engañosa, pues reclamó: “Que se obligue a la aseguradora Seguros Mundial al pago de la póliza de responsabilidad civil extracontractual No 2000015119...”.

En síntesis, la accionante reclamó el incumplimiento contractual de la aseguradora, de manera que la acción ejercida no es la de protección al consumidor, bajo el amparo del inciso 1° del artículo 57 de la Ley 1480 de 2011; nótese además que la defensa de la aseguradora se enfocó en ausencia de prueba sobre la responsabilidad extracontractual del asegurado, de la extracontractual, contractual y solidaridad de compañía y la prescripción. En tal virtud, la fijación del litigio recayó en “determinar si existe responsabilidad contractual de parte de Mundial de Seguros con ocasión del fallecimiento del señor Orlando Rueda Pinzón y de ser así, establecer si debe responder por las pretensiones de la



demandada” (min 8:00, archivo 032 Anexo Exp 2021-3570 Audiencia del 8-3-22 parte 3 de 3).

El fallo tampoco abordó temas del derecho del consumidor financiero, sino uno típicamente contractual de los que también conoce la Superintendencia, según la competencia asignada por el inciso 2° del artículo mencionado, que dice: “de las controversias que surjan entre los consumidores financieros y las entidades relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento inversión de los recursos captados del público”, en el que se encuentra el presente litigio.

Por tanto, como la disputa que la demandante planteó a la entidad aseguradora es netamente contractual, la autoridad administrativa que lo conoció en ejercicio de funciones jurisdiccionales desplazó en su conocimiento a un juez municipal, tal como se lo advirtió el Juez 11 Civil del Circuito al resolver el conflicto de competencia suscitado con el 48 de la misma especialidad (archivo 001 OficioNo437Superfinanciera), pues a él está atribuida la competencia para conocer los asuntos contenciosos de menor cuantía (art. 18 numeral 1 del CGP). En consecuencia, la apelación de su sentencia debe ser asumida por la “autoridad judicial funcional del juez que hubiere sido competente en el caso de haber tramitado la primera instancia ante un juez” (inciso 3 del párrafo 3° del artículo 24 ibídem). Luego, como el asunto contencioso no era de mayor cuantía, ni el litigio se trabó en ejercicio de los derechos del consumidor, no es posible considerar que de haberse tramitado ante un juez ordinario la competencia hubiera sido uno de circuito (núm. 1° y 9° del art. 20 del CGP), como para que el conocimiento de la apelación de la sentencia tuviere que realizarse en el Tribunal. Es importante anotar que no todo asunto que conoce la Superintendencia Financiera es por ejercicio de los derechos del consumidor, pues aquel que tenga relaciones con las entidades vigiladas es de por sí un consumidor financiero, pero no le basta invocar esa condición para que su demanda se interprete como una acción de consumidor, como lo es la situación particular de este caso.

En la situación de ahora, resulta indispensable volver sobre las facultades que le fueron conferidas:



No indiscutible que el artículo 116 de la Constitución consagró la potestad del legislador de otorgar, excepcionalmente, a las autoridades administrativas la función judicial y que esta debe quedar circunscrita, exclusivamente, a las materias precisas determinadas en la ley respectiva, como lo explicó la Corte Constitucional en la Sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000. Pero fue así que el artículo 57 de la Ley 1480 de 2011 le asignó a la Superintendencia Financiera de Colombia el conocimiento de “los asuntos contenciosos que se susciten entre ellos y las entidades vigiladas sobre las materias a que se refiere el presente artículo”, es decir, los concernientes con la “acción de protección al consumidor” -inc. 1-. Pero, no se puede pasar por alto, que también la ley en este mismo artículo dijo. “En desarrollo de la facultad jurisdiccional atribuida por esta ley, la Superintendencia Financiera de Colombia podrá conocer de las controversias que surjan entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento inversión de los recursos captados del público” -inc. 2-. Y para mayor precisión agregó a continuación los casos y ámbitos que no son de su competencia, así: “no podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo. Tampoco podrán ser sometidas a su competencia acciones de carácter laboral” -inc. 3-.

Es decir, la Superintendencia conoce todos los asuntos de consumidor, sean o no contractuales, y “podrá” asumir el conocimiento de las controversias relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales, quedando restringida las del proceso ejecutivo y las de carácter laboral. Por tanto, no es acertada la interpretación de que la entidad solo conoce de acciones de consumidor relacionadas con asuntos contractuales del consumidor con las entidades vigiladas, fusionando en un solo contenido el querer del legislador que claramente diferenció, en los incisos 1 y 2 del artículo comentado, sus competencias jurisdiccionales.

Por lo expuesto se, **RESUELVE:**

1.-Declarar la falta de competencia del Tribunal para conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia



proferida el 29 de abril de 2022, por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia.

2.-Ordenar que por secretaría se remita el expediente a la Oficina de Reparto, para que se distribuya aleatoriamente entre los Jueces Civiles del Circuito de la ciudad.

3.-Enviar, para su conocimiento, copia de esta providencia a la Superintendencia mencionada.

Notifíquese y cúmplase,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

**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 protección al consumidor de **JAVIER HUMBERTO FERNÁNDEZ CORREA** contra **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. -VIDALFA-** y otro. (Apelación de sentencia). **Rad.** 11001-3199-003-2021-03578-01.

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Sería del caso pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia proferida el 25 de febrero de 2022, por la Superintendencia Financiera de Colombia -Delegatura Para Funciones Jurisdiccionales-, en el asunto de la referencia, si no fuera porque se advierte la falta de competencia de esta Corporación para decidir.

I. ANTECEDENTES

El demandante reclamó el reconocimiento de la indemnización por la pérdida de su capacidad laboral del 57.63% y, en consecuencia, se ordene el pago de la deuda a favor del Banco de Bogotá S.A. de la obligación No. 00454411280 por valor de \$74.571.200

Posteriormente, la Superintendencia Financiera de Colombia dispuso **“ADMITIR la presente demanda de ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR de MENOR CUANTÍA”** e imprimirle el trámite verbal, tal como lo dispone el parágrafo 3 del artículo 390 del C.G.P.¹.

Así las cosas, el *quantum* de las pretensiones no superaba los 150 S.M.L.M.V., para la fecha de presentación de la demanda -26 de agosto de

¹ Archivo “005 AUTO ADMISORIO VERBAL” del cuaderno 1.

2021², comoquiera que, el salario mínimo regente para esa época era de \$908.526³.

CONSIDERACIONES

El numeral 9 del artículo 20 del C.G.P., en su versión original -actualmente vigente-, prevé que los jueces civiles del circuito conocen, en primera instancia “*de los procesos de mayor cuantía relacionados con el ejercicio de los derechos del consumidor*”.

Igualmente, ha de tenerse en cuenta que el numeral 2 del precepto 24 de esa Codificación⁴, le atribuye también el conocimiento de esos asuntos a la Superintendencia Financiera de Colombia, incluso el inciso tercero del párrafo 3 prevé que:

“Las apelaciones de providencias proferidas por las autoridades administrativas en primera instancia en ejercicio de funciones jurisdiccionales se resolverán por la autoridad judicial superior funcional del juez que hubiese sido competente en caso de haberse tramitado la primera instancia ante un juez y la providencia fuere apelable”.

Empero, lo anterior debe armonizarse con lo dispuesto por el párrafo 3 de la regla 390 del citado Estatuto, el cual señala que:

“Los procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales, con excepción de las acciones populares y de grupo, se tramitarán por el proceso verbal o por el verbal sumario, según la cuantía, cualquiera que sea la autoridad jurisdiccional que conozca de ellos” (destacado para resaltar).

Asimismo, en los antecedentes legislativos del Código General del Proceso se sostuvo:

“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”⁵.

Entonces, la interpretación conjunta de las referidas normas, sin lugar a duda, lleva a colegir que la Superintendencia Financiera de Colombia, en

² Archivo “002 Anexo Correo” del cuaderno 1.

³ Decreto 1785 de 2020 “Por el cual se fija el salario mínimo mensual legal”.

⁴ Vigente desde el 12 de julio de 2012, por disposición del artículo 627 (núm. 1°), *ibidem*.

⁵ Informe de ponencia publicado en la Gaceta del Congreso N°. 261 de 23 de mayo de 2012.

atribución de sus funciones jurisdiccionales, desplazó al juez civil municipal, pues a este funcionario le correspondía conocer, en primera instancia, del litigio en referencia, atendiendo a la cuantía de las pretensiones y las razones recién esbozadas; en consonancia, con lo dispuesto en el numeral 1 de la disposición 18 del C.G.P.⁶.

Sobre el tema bajo análisis, en un asunto de similares contornos, la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, consideró:

“3. En el caso de protección de derechos al consumidor objeto de análisis, la Corte debe determinar, entre los estrados involucrados, el competente para asumir la alzada propuesta contra la decisión adoptada por la Superintendencia de Industria y Comercio, en uso de las facultades jurisdiccionales contempladas en el Título VIII Capítulo I de la Ley 1480 de 2011.

(...)

Ahora bien, si el cometido es establecer la atribución del funcionario que asumirá el trámite de segundo nivel, el inciso 3°, parágrafo 3°, artículo 24 del Código General del Proceso, preceptúa que: (...).

Mientras que, de manera aplicable al particular, el numeral 2° del canon 33 de ese estatuto procesal dispone que (...)

*Lo que expresado de otra forma, traduce en lo que interesa, que **en el evento en que el fallador a quo hubiese sido sustituido en su aptitud legal por una entidad administrativa revestida de funciones jurisdiccionales, como es el caso de las superintendencias, será el fallador civil del circuito del asiento principal o de la delegatura de la autoridad remplazante, quien deberá asumir la apelación.***

(...)

En el sub-lite, resulta claro que el juez civil municipal llamado a conocer de la primera instancia, fue relevado en su competencia por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales en Bogotá de la Superintendencia de Industria y Comercio, motivo que conlleva a que de acuerdo con las normas atrás mencionadas y los precedentes de esta Corporación, la alzada allí formulada respecto de la sentencia anticipada allí emitida, deba asumirla la agencia judicial con categoría de circuito de la misma ciudad”⁷. (se destaca)

Entonces, la competencia para tramitar y decidir ese medio impugnatorio recae en el superior funcional de la Superintendencia Financiera de Colombia, que para este asunto no es otro que, los jueces civiles del circuito de esta ciudad, a quienes, por consiguiente, deberá remitirse el expediente para su reparto, con el fin de desatar la alzada interpuesta contra el fallo de primer nivel.

En consecuencia, se **RESUELVE:**

⁶ El precepto que rige a partir del 1° de octubre de 2012, reza que **“[l]os jueces civiles municipales conocen en primera instancia: 1. De los procesos contenciosos de menor cuantía, incluso los originados en relaciones de naturaleza agraria, salvo los que correspondan a la jurisdicción contencioso administrativa”**.

⁷ Corte Suprema de Justicia, AC2923-2020, Rad. 2020-02742-00, 9 de noviembre de 2020.

Primero. REMITIR el expediente del juicio verbal de menor cuantía de protección al consumidor financiero adelantado por Javier Humberto Fernández Correa en contra de Seguros de Vida Alfa S.A. -Vidalfa- y otro ante la Superintendencia Financiera de Colombia -Delegatura para Funciones Jurisdiccionales; al Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los Juzgados Civiles, para que sea sometido a reparto entre los del nivel del Circuito de esta ciudad.

Segundo. Por Secretaría, oficiese y déjense las constancias a que haya lugar.

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: **d7ada981c0d443424ce8ed2c3f976f599386648a630afebd4439fdf5b66397c2**

Documento generado en 14/09/2022 03:21:39 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CIVIL

Bogotá D.C., primero (1º) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

ASUNTO: PROCESO VERBAL (ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR) PROMOVIDO POR EL SEÑOR HUGO VESGA ARENAS CONTRA LA SOCIEDAD SEGUROS DE VIDA SURA S.A.

Rad. 003 2021 04517 01

SE ADMITE en el efecto devolutivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia que profirió la Superintendencia Financiera de Colombia a través de la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales el 18 de mayo de 2022, dentro del presente asunto.

La parte apelante deberá tener en cuenta lo establecido en el inciso 3º del artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, a cuyo tenor: *“Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes”*, vencidos los cuales la contraparte deberá descorrer, si a bien lo tiene, el correspondiente traslado; términos que comenzaran a contabilizarse desde la ejecutoria de esta determinación.

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

A su turno, las partes contendientes deberán dirigir sus escritos o memoriales con destino a este asunto al correo electrónico del Secretario Judicial de esta Corporación secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE este proveído en la forma establecida en el artículo 9º de la Ley 2213 de 2022.

Cumplido lo anterior, ingresen las presentes diligencias **inmediatamente** al despacho con informe pormenorizado de Secretaría, para proveer lo que en derecho corresponda.

Notifíquese,

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Magistrada

Firmado Por:
Maria Patricia Cruz Miranda

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

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

Código de verificación: **29f7bf76ed3ce8b1a5cc5708f423a5cf18037cc7be715c870ad031ac56073125**

Documento generado en 01/09/2022 02:04:55 PM

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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN CIVIL

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós
(2022)

Radicación	110013103005-2017-00181-01
Proceso	Pertenencia
Asunto	Apelación sentencia
Demandante	Carmen Cecilia Torres de Guzmán
Demandado	Leonor Díaz Hernández y otros
Decisión	Confirma

Magistrado Ponente
JAIME CHAVARRO MAHECHA

Discutido y aprobado en Sala de Decisión del 14 de septiembre de 2022

Se decide el recurso de apelación formulado por la demandada Leonor Díaz Hernández contra la sentencia proferida el 6 de octubre de 2021 por el Juzgado 5° Civil del Circuito de Bogotá, en el proceso declarativo de pertenencia promovido por Carmen Cecilia Torres de Guzmán contra Leonor Díaz Hernández y personas indeterminadas.

I. ANTECEDENTES

1. Síntesis de la demanda

Carmen Cecilia Torres de Guzmán solicitó declarar que, por la vía de la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, adquirió el 33.6% del bien inmueble ubicado en la calle 22 N° 18-

24/34 de Bogotá con folio inmobiliario N° 50C-77013 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de esta ciudad, Zona Centro.

2. Fundamentos fácticos

En la demanda reformada¹ se afirmaron los hechos que a continuación se sintetizan.

2.1. La demandante es propietaria del 66.4% del predio objeto de las pretensiones, por haberle sido adjudicado dentro de la sucesión de María del Carmen Torres, tal como consta en escrituras públicas 3266 y 303 de 26 de octubre de 2012 y 11 de febrero de 2013, respectivamente, otorgadas ante la Notaría 18 del Circuito de Bogotá.

2.2. En el Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá cursó proceso divisorio con radicado 2006-00124, el cual recayó sobre el mismo bien ahora perseguido, en el que la actora sustituyó procesalmente a su progenitora María del Carmen Torres, dado que falleció el 28 de junio de 2007, y el citado trámite terminó con sentencia de 30 de enero de 2009, en la que se declaró probada la excepción de prescripción extraordinaria adquisitiva del derecho de dominio respecto del 33.6% del inmueble.

2.3. Posteriormente, Leonor Díaz Hernández demandó a la aquí demandante en proceso de rendición provocada de cuentas, correspondiendo el conocimiento de la acción al Juzgado 33 Civil del Circuito que, el 27 de septiembre de 2010, negó las pretensiones por falta de legitimación en la causa por activa y pasiva, lo que confirmó el superior.

¹ Ver folios 279 a 285 del archivo "05Cuaderno1" del "CuadernoJuzgado" del expediente digital.

2.4. La posesión quieta, pacífica, pública e ininterrumpida sobre la totalidad del predio, se ejerció desde el 18 de enero de 1985 por parte de María del Carmen Torres hasta la fecha de su fallecimiento, y de ahí en adelante, es decir, desde el 28 de junio de 2007, continuó Carmen Cecilia Torres de Guzmán, por lo que sumados los términos de una y otra son más de 32 años de señorío, en el que al fundo se le implantaron mejoras consistentes en la adecuación y mantenimiento, pago de impuestos prediales, instalación de servicios públicos y arrendamiento parcial.

2.5. La ahora accionante, anteriormente, adelantó procesos de pertenencia sobre el inmueble, de los cuales conocieron los Juzgados 3 y 19 Civiles del Circuito de esta ciudad, en los que se negaron las pretensiones, en el primero, por falta de legitimación en la causa por activa al haberlo promovido en nombre de la de *cujus* y, en el segundo, por “*no contar con el tiempo establecido*”.

3. Posición de la convocada

3.1. Leonor Díaz Hernández contestó la demanda inicial y presentó las defensas de “*falta de legitimación en la causa por activa*”, “*inexistencia de la acción*” y “*falta de pretensión y de causa petendi*”². Frente a la reforma del texto inaugural no se pronunció.

3.2. El curador *ad litem* de las personas indeterminadas no propuso excepciones de ninguna índole³.

4. Sentencia de primer grado

La *iudex a quo* declaró no probadas las excepciones propuestas y acogió las pretensiones invocadas.

² Ver folios 196 a 201 del archivo “05Cuaderno1” del “CuadernoJuzgado” del expediente digital.

³ Ver folios 314 a 315 del archivo “05Cuaderno1” del “CuadernoJuzgado” del expediente digital.

Para decidir de ese modo, expuso:

La activa actúa en calidad de comunera que agrega su posesión a la de su antecesora, por lo que los parámetros normativos para resolver los brindan los artículos 672, 673, 775, 778, 2512, 2518, 2529 y 2531 del Código Civil, en comunión con la jurisprudencia patria que se encargó de fijar los requisitos tanto para la prosperidad de este tipo de pretensiones, o sea, la posesión por el término legal en cabeza del actor, que el bien sea susceptible de ser adquirido por esta vía, como para que se configure la adición del señorío.

En el particular, de acuerdo a lo probado con el certificado de libertad y tradición, el certificado especial y la comunicación de las autoridades respectivas, no hay duda acerca de la prescriptibilidad del bien.

Carmen Cecilia Torres de Guzmán previamente a esta actuación, promovió otras dos de similar naturaleza contra la misma encausada, que fueron de conocimiento del Juzgado 3° Civil del Circuito de Bogotá (rad: 2009-00207) y su homólogo 19 (rad: 2013-00454), y en ambas se negaron las pretensiones y fueron confirmadas por el superior, pero tales decisiones no constituyen cosa juzgada, porque en este caso se propusieron hechos no debatidos en aquellos escenarios judiciales, entre ellos, la suma de posesiones, esto de conformidad con lo sentado por la Corte Suprema de Justicia en SC5231 de 2019.

A través de los recibos de pago de impuesto predial, de servicios públicos, las copias de los contratos de arrendamiento fechados 11 de enero de 2000, 27 de junio de 2009, 15 de junio de 2015, de la copia de la sentencia proferida en proceso divisorio que promovió Leonor Díaz Hernández contra María del Carmen Torres,

y las declaraciones que en tal litigio rindieron Ana Beatriz Jaramillo, Carlos Enrique Sandoval e Isabel Neira Acuña, que se tienen como pruebas trasladadas, se demostró la posesión ejercida por la progenitora de la activa desde 1985 hasta junio de 2007 cuando falleció, y de esta, a partir de allí hasta cuando se presentó la demanda. Además, en el interrogatorio de parte que absolvió Torres de Guzmán, señaló que ingresó al inmueble desde 1985 cuando su madre tomó posesión del mismo y se encargó de los gastos desde entonces hasta que murió, y prosiguió ella con el señorío. Los testigos Humberto Rodríguez y Giovanni Mariño reforzaron las tesis de la demandante; no obstante, aun cuando el término prescriptivo podría contarse desde el año 1985 en virtud de la suma de posesiones, lo cierto es que se acogió la interesada al decenal, por lo cual solamente puede contabilizarse desde el 27 de diciembre de 2002, por lo que se obtiene un tiempo de 14 años y 1 mes útiles para ganar el dominio.

El acervo probatorio da cuenta del vínculo o la transferencia de la posesión a favor de la demandante por parte de su antecesora, de quien se acreditaron sus actos de señora y dueña. La demandada alegó que la posesión se ejerció con violencia, pero no hay prueba de ello. Por otro lado, la anotación No. 15 del folio inmobiliario, que alude a la inscripción de un embargo, no impide acceder a las pretensiones.

5. El recurso de apelación

La demandada planteó y sustentó los siguientes reparos:

5.1. La posesión de la demandante no ha sido pacífica e ininterrumpida, como erradamente lo señaló la *iudex a quo*, pues Leonor Díaz Hernández nunca ha usufructuado su cuota parte

como quedó demostrado con lo manifestado por los inquilinos del bien.

5.2. El señorío de la actora ha sido interrumpido civilmente en varias oportunidades por lo que el término legal para el éxito de las pretensiones no se cumple, en la medida que el último fallo que negó otra acción de pertenencia fue el de 25 de noviembre de 2015, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el cual hace tránsito a cosa juzgada, y presentar una nueva demanda entre las mismas partes y con idéntico objeto es una burla a la justicia.

En consecuencia, pidió revocar totalmente el fallo apelado y, en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda.

La parte actora solicitó no tener en cuenta lo esgrimido por la recurrente.

II. CONSIDERACIONES

1. Concurren en este asunto los presupuestos procesales traducidos en competencia del juez, demanda en forma, capacidad procesal y para ser parte, sin que se advierta causal de nulidad que pueda comprometer la validez de lo actuado, por manera que se procede a resolver el asunto en referencia, en orden a lo cual se precisa que, por mandato del artículo 328 del Código General del Proceso, la actividad del Tribunal se concretará a los precisos reparos debidamente sustentados por la impugnante.

2. Derecho de dominio y su adquisición por prescripción

La prescripción adquisitiva se encuentra regulada por el artículo 2518 del Código Civil, siendo un modo de adquirir el

dominio, bien sea de las cosas corporales ajenas, muebles o inmuebles, así como de los demás derechos reales susceptibles de apropiación por tal medio, de allí que “*el fundamento esencial de la prescripción adquisitiva del derecho de dominio es la posesión ejercida sobre un bien ajeno determinado, por el tiempo y con los requisitos exigidos por la ley*”⁴. Igualmente, acorde con el artículo 2527 *ejusdem*, la prescripción puede ser ordinaria o extraordinaria. En ambos casos, indefectiblemente se requerirá el término de posesión por el período de tiempo que el ordenamiento prevé (a. 2529 y 2531 *ib.*).

Ahora, según lo dispuesto en la norma 673 del señalado código, la prescripción constituye uno de los modos de adquirir el dominio, la cual opera en virtud de que se posea un bien por un tiempo determinado y debe descansar sobre tres elementos a saber:

2.1. La posesión material en el actor: Elemento estructural y decisivo de la usucapión, es la posesión exclusiva y excluyente sobre la cosa o sobre el derecho ejercido por quien se califica así mismo como usucapiente. La posesión, a su vez, exige la concurrencia de dos elementos que la estructuran: **(i) el animus:** elemento subjetivo intelectual por medio del cual el poseedor se comporta como dueño de la cosa y desconoce a otro como su propietario y; **(ii) el corpus:** simple apoderamiento físico de la cosa, la realización de actos materiales aprehensibles por los sentidos y propios de dueño sobre el bien respectivo, poniendo en evidencia tal señorío.

2.2. Que la posesión sea **actual** y se haya ejercido de manera pública, pacífica e ininterrumpida durante el tiempo exigido por la ley, sobre un bien plenamente identificado.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 084 de septiembre 29 de 1998.

En cuanto al **tiempo de posesión** mínimo exigido por la ley para configurar la prescripción, el mismo depende de la modalidad alegada. Según lo disponían los artículos 2527 y 2532 del Código Civil, era de veinte (20) años ininterrumpidos para la extraordinaria y de diez (10) años la ordinaria, tratándose de bienes inmuebles. Estos términos fueron reducidos por la Ley 791 de 2002⁵, la cual consagró para la prescripción extraordinaria un lapso de diez (10) años, y para la ordinaria cinco (5) años, a partir del 27 de diciembre de 2002.

2.3. Que la cosa o el derecho sobre el cual recae la posesión sea susceptible de adquirirse por ese modo.

3. Suma de posesiones

La Corte Suprema de Justicia ha fijado los presupuestos que deben concurrir para valerse de dicha figura:

“El lapso requerido puede consolidarse no solo con el ejercicio posesorio del pretense adquirente sino también adicionando al suyo el de sus antecesores, evento en el que se apropia de la posesión con todas sus vicisitudes y vicios – arts. 778 y 2521 CC –; correspondiéndole, por tanto, en procura del éxito de su pretensión adquisitiva, acreditar los supuestos fácticos de esa situación concretados en: existencia de un vínculo sustancial entre antecesor y sucesor; ejercicio posesorio ininterrumpido de uno y otro; y entrega del bien”⁶.

3. Análisis del caso concreto

A dos se reducen los reproches contra la decisión de primer grado. El primero, atinente a que no se reúnen a cabalidad las características de la posesión, esto es, que sea pública, pacífica e ininterrumpida, toda vez que se echan de menos las dos últimas. El segundo, que el señorío de la demandante no se consolidó por el

⁵ Publicada en el Diario Oficial 45046 del 27 de diciembre de 2002

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil, sentencia SC3687 del 25 de agosto de 2021

término legal, toda vez que con la presentación de demandas anteriores se interrumpió civilmente, más cuando el 25 de noviembre de 2015 se dictó la última sentencia en la que se negaron las pretensiones de pertenencia, y tal providencia hace tránsito a cosa juzgada.

En ese orden, se avista que la condición de ininterrumpida de la posesión es un asunto común en ambos puntos de disidencia, por lo que, en principio se resolverá sobre si hubo violencia o no, y posteriormente si el tiempo útil para ganar por prescripción adquisitiva corrió de forma continua o encontró obstáculos que no permiten su cómputo constante.

Así las cosas, la posesión ejercida por la accionante, y su agregación a la de su madre no son asuntos pasibles de intervención por esta Colegiatura, al no ser objeto de debate en esta instancia, razón por la que no se harán pronunciamientos al respecto.

3.1. Posesión pacífica

El precepto 772 del Código Civil estatuye que *“posesión violenta es la que se adquiere por la fuerza. La fuerza puede ser actual o inminente”*; la norma 773 *ídem*, define al poseedor violento como sigue: *“El que en ausencia del dueño se apodera de la cosa y volviendo el dueño le repele es poseedor violento”*.

En el asunto examinado, no hay prueba de que la posesión reclamada por la activa haya sido adquirida por la fuerza, en principio, por su fallecida progenitora, quien la obtuvo por haberle sido adjudicado el 66.4% dentro de la mortuoria de Antonio Díaz Montenegro (anotación No. 5 F.M.I. 50C-77013), es decir que obtuvo el derecho real de dominio con sus atributos, solo que no

sobre la totalidad del predio. Además, no está acreditado que el ingreso al sitio fuese con ayudas mecánicas diferentes a las llaves, o como resultado de violentar mecanismos de seguridad. Por su lado, a María Cecilia Torres de Guzmán se le adjudicaron los derechos de propiedad que ostentaba la causante María del Carmen Torres sobre el predio (anotación No. 11 *ídem*), y continuó con la posesión íntegra del mismo. Finalmente, no se allegó elemento de juicio que permita inferir que la condueña registrada, es decir, Leonor Díaz Hernández, haya reclamado con éxito la restitución de su porción o el equivalente a sus derechos, puesto que, si bien se certificó que promovió un proceso divisorio contra la extinta María del Carmen, el cual curso ante el Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá, las pretensiones fueron negadas ante la prosperidad de la excepción de fondo de prescripción adquisitiva de dominio⁷, por lo que no puede predicarse que la posesión ejercida por la accionante o su antecesora no sea pacífica dado que no fueron requeridas para poner a disposición de la encausada su parte sobre el inmueble, lo que impone el fracaso del reparo, toda vez que la carga probatoria de tal situación estaba en hombros de la pasiva y se sustrajo de acatar tal encomienda.

A lo precedente, debe agregarse que el que la pasiva no haya usufructuado en proporción a sus derechos el fundo, no implica de forma alguna que se constituya en violento el señorío de la demandante, pues precisamente, se ejerce con desconocimiento de igual o mejor derecho.

3.2. Posesión ininterrumpida

El legislador determina que “*posesión no interrumpida es la que no ha sufrido ninguna interrupción natural o civil*” (a. 2522 C.C.);

⁷ Ver folios 107 a 113 del archivo “05Cuaderno1” del “CuadernoJuzgado” del expediente digital.

y a través del artículo 2523 *ejusdem* ejemplifica la primera, o sea, la interrupción natural. Frente a la interrupción civil la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil orientó:

“2.5. Conforme lo expuesto, tanto el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, como el 94 del Código General del Proceso, complementan la regla del inciso final del artículo 2539 del Código Civil, tal y como antaño lo hiciera el canon 2524 ejusdem, actualmente derogado (De acuerdo con el mandato del artículo 698 del Código de Procedimiento Civil) Por ende, no es posible concebir el enunciado «[l]a prescripción que extingue las acciones ajenas (...) se interrumpe civilmente por la demanda judicial», sin articularlo con las disposiciones de la codificación procesal que supeditan esa interrupción al enteramiento del auto admisorio o el mandamiento de pago correspondiente al demandado (Cfr. CC, C-543/93).

Así las cosas, la prescripción solo se interrumpe civilmente con la presentación oportuna de la demanda, pero a condición de que esta sea admitida a trámite, y el auto admisorio o el mandamiento de pago correspondiente se notifique apropiadamente y dentro del plazo legal al convocado. Si ese enteramiento se produce dentro del término de un año, contado a partir de la fecha de notificación de dicha providencia a la parte actora, la interrupción tendrá efectos retroactivos, es decir, operará desde la radicación de la demanda. En caso contrario, esos efectos solo se producirán «con la notificación al demandado».

En cualquiera de esos supuestos, la interrupción civil podrá ser eficaz, siempre que la presentación de la demanda o la notificación del auto admisorio o el mandamiento de pago al demandado, según sea el caso, se produzca antes del fenecimiento del término de prescripción previsto en las normas sustanciales. Similarmente, si la demanda se radica con posterioridad al vencimiento de ese término, la prescripción se consumará, con independencia de que la notificación de la providencia de apertura del proceso al convocado se realice con presteza”⁸.

Son claros los requisitos para que la presentación de la demanda tenga efectos interruptores de la prescripción adquisitiva. Ahora bien, el compendio legal se ocupó de enlistar los eventos en que es ineficaz la interrupción mencionada, pues el artículo 95 del Código General del Proceso regula que “no se considerará interrumpida

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil, sentencia SC712-2022, 25 de mayo de 2022

la prescripción y operará la caducidad en lo siguientes casos: ... 3. Cuando el proceso termine con sentencia que absuelva al demandado ...”.

De allí, que se interrumpirá el término prescriptivo cuando el demandado tenga la condición de poseedor, y la acción se dirija a controvertir, desvirtuar o reclamarle en dicha calidad, pues con cierta lógica, no cualquier trámite es idóneo para detener el cómputo del tiempo para usucapir, sino el que se oriente a tal fin. Por ende, como viene de verse, la actuación vertida al interior del proceso divisorio en que se demandó a la progenitora de la aquí demandante terminó con la frustración del *petitum*, al abrirse paso la excepción de prescripción adquisitiva de dominio allí propuesta, lo que de suyo hace que fuese ineficaz la presentación de dicha demanda para interrumpir la prescripción.

Por otro lado, la acción de rendición de provocada de cuentas en la que se dictó sentencia de primera instancia⁹, nugatoria de lo perseguido en el Juzgado 2º Civil del Circuito de Descongestión de esta ciudad, y en segunda, confirmándola¹⁰ esta Corporación, tampoco puede servir de soporte a la alegada interrupción, pues no se trató de una acción pertinente para recuperar la posesión de que no goza la entonces demandante y aquí demandada, a la par que fracasó su reclamación.

Las anteriores reclamaciones judiciales que impetró la activa para obtener el dominio por vía de prescripción adquisitiva extraordinaria no reúnen los axiomas para contribuir al estancamiento del tiempo de su posesión, primero, porque es ella quien acude al aparato judicial y con un interés opuesto a que se tenga por detenido el lapso aludido; segundo, debido a que en dichos escenarios procesales no se le despojó del señorío. Al amparo de

⁹ Ver folios 115 a 123 del archivo “05Cuaderno1” del “CuadernoJuzgado” del expediente digital.

¹⁰ Ver folios 125 a 135 del archivo “05Cuaderno1” del “CuadernoJuzgado” del expediente digital.

estas disertaciones, encuentra la Sala que no está llamado a prosperar el recurso en este sentido.

3. Cosa Juzgada

En la búsqueda de garantizar a los ciudadanos seguridad jurídica, el ordenamiento patrio tipificó la figura de la cosa juzgada, para evitar que se profieran diversos fallos sobre un mismo asunto y respecto de las mismas partes, que pueden llegar a ser contradictorios, así como para impedir que se acuda a la administración de justicia cuantas veces quiera un interesado para reabrir debates ya zanjados, pero en los que no se le dio la razón. Para tal propósito, el precepto 303 del Código General del Proceso reguló, en su parte pertinente, lo siguiente: *“la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos haya identidad jurídica de partes”*.

En este asunto, verificados los raseros para poder pregonar la concurrencia de los presupuestos mencionados, se llega a la conclusión de que no están reunidos, tal como advirtió la señora *iudex a quo* y como pasa a exponerse:

Proceso 003 2007 00468

Se trató de una usucapión en la que actuó como demandante Carmen Cecilia Torres de Guzmán frente a Leonor Díaz Hernández; empero las pretensiones se dirigieron a que se declarara que María del Carmen Torres adquirió por prescripción adquisitiva extraordinaria el dominio del 33.4% del predio ya conocido, sin que fuese exitosa la gestión emprendida como quiera que el Juzgado 3°

Civil del Circuito de Bogotá no acogió tal pedimento¹¹, por no encontrar legitimada a la accionante. En este estado de cosas, no existe identidad entre lo aquí buscado y lo allá sometido a discusión. Se agrega, que en la decisión aludida no se analizó siquiera la condición de poseedora de la aquí accionante.

Proceso 021 2013 00454

La señora Torres de Guzmán reclamó de la jurisdicción la declaración atinente a que adquirió por usucapión el 33.6% del inmueble ya mencionado. Convocó al juicio a Leonor Díaz Hernández, y la actuación en primera instancia finalizó con sentencia en que se negaron las pretensiones por el Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá¹², entre otras cosas porque la demandada no precisó a partir de qué momento desarrolló los actos de dominio, lo que llevó a suponer que fueron desde el deceso de María del Carmen Torres el 28 de junio de 2007, lo que a su vez implicó el reconocimiento de un mejor derecho en aquella. Calculado el tiempo transcurrido desde que falleció la citada causante hasta cuando se presentó la demanda no transcurrió el término decenal para ganar la propiedad, sin que sea dable agregar las posesiones de la actora y su progenitora, por no haberse reclamado.

El fallo en referencia fue confirmado el 25 de noviembre de 2015 por esta Corporación¹³, no sin dejar constancia en los antecedentes que Carmen Cecilia Torres de Guzmán rogó la “*declaratoria de pertenencia en su favor, por considerar que por la vía extraordinaria de dominio su señora madre y causante María del Carmen Torres adquirió el 33.6% del inmueble (...)*”; y se destacó que “***es evidente que una demanda como la propuesta no puede ser estimada por cuanto apenas pretende obtener amparo a una***

¹¹ Ver folios 137 a 142 del archivo “05Cuaderno1” del “CuadernoJuzgado” del expediente digital

¹² Ver folios 340 a 351 del archivo “05Cuaderno1” del “CuadernoJuzgado” del expediente digital.

¹³ Ver folios 353 a 369 del archivo “05Cuaderno1” del “CuadernoJuzgado” del expediente digital.

posesión que no se encuentra vigente, que ha cesado en virtud del fallecimiento de la persona que la ejercía y que tan solo podría aprovecharse por vía de la adición o sumatoria de posesiones que tan insistentemente ha menospreciado la parte demandante”; se enfatizó también, en que la excepción que fructificó en el trámite divisorio no tiene el alcance de conceder el dominio de la porción en disputa a favor de la excepcionante, pues únicamente enerva las pretensiones de la allí actora.

Se vislumbra entonces, que las pretensiones no tuvieron soporte en la suma de posesiones que ahora se reclamó, lo que de entrada da al traste el argumento de alzada.

No puede pasarse por alto, que en las decisiones analizadas no se determinó que Carmen Cecilia Torres de Guzmán no tuviese la condición de poseedora, ni que su antecesora no lo fuera, sino que -se itera- en el primer caso, se reclamó de una forma completamente inviable, al pedir a favor de una persona muerta, y no a favor bien de la sucesión o bien de la heredera en causa propia, excluyendo cualquier derecho de terceros; y en el segundo, con algunas similitudes, se frustró la acción por no estar vigente la posesión de quien se adujo era la destinataria de las declaraciones de pertenencia, es decir, María del Carmen Torres.

En ese orden, es claro que no se dan los supuestos de hecho que consagra la norma para pregonar la cosa juzgada en el asunto.

III. CONCLUSIÓN

En conclusión, la demandante probó los necesarios presupuestos axiales de la usucapión para tener éxito en su pretensión, por lo que habrá de confirmarse lo decidido en primer grado.

Dado el resultado del recurso de apelación, se impondrá condena en costas por la segunda instancia a la demandada (num. 1° art. 365 C.G.P.).

IV. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

PRIMERO: CONFIRMA la sentencia proferida el 6 de octubre de 2021 por el Juzgado 5° Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto referenciado.

SEGUNDO: Se condena en costas por el trámite de la segunda instancia a la recurrente a favor de la demandante. Como agencias en derecho, el magistrado sustanciador fija la suma de \$1.000.000. Líquidense por la Secretaría de la primera instancia, en su debida oportunidad.

TERCERO: En su oportunidad, devuélvase la actuación digital, al juzgado de origen.

Notifíquese.

Magistrados integrantes de la Sala

JAIME CHAVARRO MAHECHA

ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

[11001310300520170018101](https://www.cajadecolombia.gov.co/11001310300520170018101)

Firmado Por:

**Jaime Chavarro Mahecha
Magistrado
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

**Luis Roberto Suarez Gonzalez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

**Adriana Saavedra Lozada
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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

Código de verificación: **596c70744c8effc7edd4e304b0649ce24b904f920fd21c18c03efefe43b0fe35**

Documento generado en 14/09/2022 04:26:23 PM

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

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

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Radicación 110013199005 2017 79460 03

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, una vez ejecutoriado el auto que admite la alzada, **SE ORDENA:**

Correr traslado al apelante por el término de cinco (5) días para sustentar el recurso, so pena de declararlo desierto.

Vencido dicho lapso, si se satisface la carga procesal, se otorgará el mismo plazo a la parte contraria, para que se pronuncie al respecto.

Infórmese a los señores abogados que los memoriales deben dirigirse al correo institucional del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co -artículo 109 del Código General del Proceso-; remitiendo un ejemplar a los demás intervinientes en el juicio, según los lineamientos del artículo 78 numeral 14 *ídem*, en concordancia con el artículo 3 de la Ley en cita.

NOTIFÍQUESE.

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

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

Código de verificación: **0abf09bb192c149f06bf06161c6649ac04bbe78ad493b6aece4e9a11662c382d**

Documento generado en 14/09/2022 08:13:57 AM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN CIVIL

PROCESO	VERBAL
DEMANDANTE	TERESA DE JESÚS ACEVEDO DE ARIAS
DEMANDADAS	INNY JOHANA CAÑÓN SUÁREZ Y OTRAS
RADICADO	11 001 31 03 006 2016 00289 01
INSTANCIA	Segunda -Apelación de sentencia-
DECISIÓN	CONFIRMA

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Magistrado Ponente

JAIME CHAVARRO MAHECHA

Discutido y aprobado en sala del 7 de septiembre de 2022

I. ANTECEDENTES

Tramitado como se encuentra el recurso de alzada que en el Juzgado Sexto Civil del Circuito de la ciudad se le concedió a las demandadas **INNY JOHANA CAÑÓN SUÁREZ** y **CLAUDIA PATRICIA CAÑÓN SUÁREZ**, respecto de la sentencia allá proferida el 15 de marzo de 2021, en que se decidieron las demandas inicial -reivindicatoria- entablada por **TERESA DE JESÚS ACEVEDO DE ARIAS** contra aquellas y **DIANA CRISTINA MORENO CAÑÓN**; y la de reconvención -pertenencia- promovida por **INNY JOHANA** frente a **TERESA DE JESÚS**, se procede a decidir lo correspondiente con fundamento en estas precisiones:

1.1. De la demanda inicial -reivindicatoria- y su respuesta

TERESA DE JESÚS ACEVEDO DE ARIAS, presentó demanda en contra de INNY JOHANA CAÑÓN SUÁREZ y CLAUDIA PATRICIA CAÑÓN SUÁREZ, a

fin de que se declarara que a la primera le pertenece el dominio pleno y absoluto del inmueble de la carrera 97 B No 42 F - 04 sur, actual nomenclatura urbana de Bogotá, al cual se le asignó la matrícula inmobiliaria No. 050-40046618 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá; con la orden de restitución del bien raíz en su favor, donde se comprendan las cosas que forman parte del predio; el reconocimiento de frutos; que no está obligada a pagar expensas necesarias; y la cancelación de cualquier gravamen que pese sobre el bien.

Esgrimió como hechos que, adquirió la propiedad del referido inmueble por venta real y efectiva de Pablo Martínez Cardozo, mediante escritura pública No. 1.368 del 28 de julio de 1994, otorgada en la Notaría 55 de Bogotá. Y puso de presente que a su vez su tradente *“había adquirido el inmueble en referencia por compra realizada al señor LUIS ALFREDO BAQUERO ALEJO, según consta en la escritura pública número 2777 del 28 de Marzo de 1990 de la Notaría 27 del Círculo de Bogotá, debidamente registrada bajo el folio de matrícula inmobiliaria No 050 - 40046618”* (hecho 2°).

Destacó que *“se encuentra privada de la posesión material del inmueble, puesto que dicha posesión la tienen en la actualidad las señoras INNY JOHANA CAÑÓN SUAREZ y CLAUDIA PATRICIA CAÑÓN SUAREZ, persona que entró en posesión mediante circunstancias violentas, pues con fecha 03 de julio de 2008. Aprovechando que el predio se encontraba deshabitado, habida cuenta que mi mandante y su familia se encontraban fuera de la ciudad penetró al predio, y procedió incluso a alegar derechos que no les corresponden, desde entonces ha ejercido posesión violenta, prohibiendo a mi mandante su ingreso... -sic-”* (hecho 7°), precisando que las demandadas *“comenzaron a poseer el indicado inmueble el 3 de julio de 2008”* (hecho 8°).

La demandada CLAUDIA PATRICIA se opuso a las pretensiones de la demanda, manifestándose sobre los hechos y esgrimiendo la exceptiva de *“falta de derecho y de acción, por haberse extinguido el derecho de propiedad de la demandante sobre el inmueble que reclama”*, sobre el supuesto de haberse presentado a su favor la prescripción positiva, pacífica, de buena fe, continua, publica e ininterrumpida.

A su turno, INNY JOHANA al contradecir la demanda también se opuso al *petitum* actor, respondiendo sus hechos y formulando excepciones de mérito que denominó “*prescripción adquisitiva*”, “*carencia absoluta de legitimación por activa*” y “*derecho de retención*”, al amparo del argumento toral de estar ejerciendo posesión desde el 8 de noviembre de 2011, con la agregación de la posesión que ejerció Claudia Patricia desde el 30 de abril de 1992, dado que ésta le vendió los derechos derivados de posesión ejercidos sobre el inmueble de que aquí se trata, conforme documento privado extendido el 8 de noviembre de 2011, siendo reconocida públicamente como poseedora y ante vecinos y amigos.

1.2. De la contrademanda -pertenencia-

Adicionalmente, Inny Johana Cañón Suárez, formuló demanda de reconvencción con pretensiones declarativas de pertenencia, persiguiendo la titulación del dicho inmueble por vía de la prescripción adquisitiva extraordinaria, como modo de adquirir el dominio del mismo, sobre similares supuestos fácticos a los invocados en la respuesta a la demanda, pero precisando que “*pretende la totalidad del inmueble, de acuerdo a lo manifestado en los hechos y las pretensiones de la demanda de reconvencción*” (véase escrito con el cual se subsanó la demanda de reconvencción).

La demandada reconvenida, guardó silencio en punto a esa demanda de mutua pretensión.

1.3. De la vinculación de otra demandada

La parte actora reformó la demanda inicial declarativa de pertenencia, para incluir como demandada a DIANA CRISTINA MORENO CAÑÓN, respecto de la cual se afirmó que “*también se encuentra ocupando el bien, en la misma calidad de las otras demandadas*” (véase reforma de la demanda inicial), reforma que se admitió en auto del 27 de octubre de 2016 y a la cual aquella le otorgó respuesta oponiéndose a las pretensiones sobre supuestos de estar ocupando el inmueble, junto con su familia, “*desde el treinta (30) de abril de 1992 la posesión real y material con ánimo de señora y dueña del inmueble -*

sic-” (véase respuesta a la demanda); a la par, formuló las excepciones nominadas como “*prescripción extintiva*”, “*caducidad de la acción*”, “*acción de pertenencia*”, “*reconvención*”, “*ausencia de prueba documental*” y la ecuménica.

1.4. De la sentencia de primera instancia

El primer grado se decidió con sentencia de mérito, donde se resolvió: (i) declarar probada la excepción de la existencia de una coposesión en favor de Diana Cristina Moreno Cañón, como coposeedora de parte del inmueble objeto de proceso; (ii) negar las pretensiones de la demanda de pertenencia; (iii) levantar la inscripción de la demanda, con terminación de ese proceso; (iv) condenar en costas a la parte demandante en reconvención; (v) respecto de la demanda principal reivindicatoria, declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, y declarar que la señora Teresa Acevedo es propietaria del inmueble objeto de este proceso; (vi) declarar que las demandadas Inny Johana Canon, Diana Cristina Moreno Canon y Claudia Patricia Canon, están obligadas como poseedoras a restituir el indicado bien, en favor de la reivindicante Teresa Acevedo; (vii) desestimar el derecho de retención; (viii) levantar la inscripción de la demanda; y (ix) condenar en costas.

Para ese efecto, argumentó, en lo toral, que las declaraciones vertidas por Sorlilia Cañón, María Berenice García, Blanca Cecilia Doncel, Ana Elvira Rico de Quiroga y Nelly Tapiero, son contradictorias entre sí y contraevidentes, sin que los dichos de cada uno de los deponentes concuerden; y que en la inspección judicial practicada sobre el bien objeto de la usucapión, se constató la presencia varias personas que se encuentran ocupando el mismo por autorización tanto de Claudia Patricia, como de Inny Johana, quienes ejercen posesión material del inmueble, sin que pueda establecerse una única posesión, presentándose el fenómeno de poseedores excluyentes, llegando así el juzgador *a quo* a la conclusión que el inmueble está bajo posesión de dos personas actualmente: por una parte Inny Johana y por la otra Claudia Patricia, pero respecto de franjas diferentes, sin que se presente posesión exclusiva de la totalidad del inmueble en una de ellas, de lo que infirió que se cumplen los presupuesto de posesión para ambas, pero

que al no haber pedido la declaratoria de pertenencia en conjunto, en consenso, sino “*cada una por su lado*”, la una desconociendo los derechos de la otra, no resulta viable reconocerles el derecho que en conjunto detentan sobre el bien.

De esa situación dedujo que, lo procedente es reconocer la demanda reivindicatoria, porque las demandadas Inny Johana y Claudia Patricia se dedicaron a enfrentarse la una a la otra; encontrando presentes los presupuestos axiológicos de la acción de dominio en cabeza de la demandante inicial doña Teresa.

En punto a lo del reconocimiento de mejoras y/o frutos, destacó que no hay lugar a ello, pues pese a que se decretó la prueba atinente a dictamen pericial a cargo de cada una de las partes, para establecer esos rubros, ninguno de los extremos procesales allegó prueba semejante, por lo que, decantó que no hay lugar a conceder el derecho de retención pedido.

Con todo, precisó que las pretensiones de la señora demandante Teresa de Jesús Acevedo de Arias salen adelante, pese a su “*desgano procesal*”, al no haber concurrido a las audiencias previstas en el contexto de este proceso.

1.5. Del recurso de apelación

Las demandadas Inny Johana Cañón Suárez y Claudia Patricia Cañón Suárez, quienes se encuentran representadas por una misma apoderada judicial, y la otra demandada Diana Cristina Moreno Cañón, asistida por otra togada, presentaron recurso de apelación, aunque posteriormente ésta última desistió de ese medio impugnatorio.

Los reparos concretos de aquellas dos demandadas que esgrimieron en el primer grado, desarrollados en esta segunda instancia, se concretan a los siguientes:

Respecto de la suma de posesiones advirtió que en el presente asunto este fenómeno quedó demostrado, teniendo en cuenta el cumplimiento de los requisitos requeridos al efecto para ello; en tanto que no se encuentra

ninguna confusión en cuanto al momento en que empezó a poseer la señora INNY JOHANA CAÑÓN; además que no se estimaron las declaraciones rendidas por las mencionadas dos demandadas, sin que las hubiera valorado en conjunto con las demás pruebas.

Destacó que en la demanda reivindicatoria la demandante confesó que nunca ha ocupado el predio desde que lo compró en el año 1994, habiendo admitido que Claudia Patricia e Inny Johana, son las poseedoras del predio.

Y apuntó que el juez de la primera instancia no valoró los siguientes medios probatorios:

La inasistencia injustificada de la demandante a la audiencia prevista en el artículo 372 del Código General del Proceso, de donde se evidencian indicios graves a favor de las dos demandadas; además que aquella en calidad de demandada reconvenida, no ejerció su derecho de contradicción, ni realizó ninguna actuación frente a este proceso, lo que también produce un indicio grave en su contra.

Los documentos aportados que acreditan el pago de los impuestos y de las mejoras, las reparaciones locativas, las compras de materiales para las reparaciones locativas, las actas de instalación de los servicios públicos, que debieron ser apreciados en conjunto con las demás pruebas.

Criticó la forma en que apreció la prueba testimonial en perjuicio de sus intereses; y respecto de la inspección judicial adujo que no se consideró que la construcción plantada en el predio fue obra de Claudia Cañón, como lo testificó esta misma demandada.

Finalmente se pronunció en punto a la condena en costas, para enfatizar que no se debió condenar en costas y que resulta exagerada la suma fijada por concepto de agencias en derecho, en momentos que no estudió las excepciones formuladas.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Con apoyo en lo apuntado en precedencia, se decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas iniciales, actoras en reconvencción, contra la señalada sentencia proferida el 15 de marzo de 2021.

Así, el análisis en esta instancia se centrará en la definición de los reparos concretos anunciados por el apelante frente a la sentencia de primer grado, debidamente desarrollados en este segundo grado, tal y como lo prevén los artículos 320 y 328 del mismo Estatuto.

2.2. De conformidad con el artículo 946 del Código Civil, la reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla. Por su parte, el artículo 949 del mismo Estatuto, dispone que “*Se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso de una cosa singular*”.

La Corte Suprema de Justicia, en forma reiterada y uniforme ha señalado que los presupuestos de los que depende el éxito de la pretensión reivindicatoria, son los siguientes: “*propiedad en cabeza del demandante; posesión del demandado; identidad entre el bien perseguido por aquél y el que éste posee; y singularidad del objeto material de la pretensión o cuota determinada del mismo*”¹.

Por otra parte, la prescripción adquisitiva o usucapión se encuentra regulada por el artículo 2518 del Código Civil, siendo un modo de adquirir el dominio, bien sea de las cosas corporales ajenas, muebles o inmuebles, así como de los demás derechos reales susceptibles de apropiación por tal medio, y puede ser ordinaria o extraordinaria. En ambos casos, indefectiblemente se requerirá el término de posesión por el tiempo exigido legalmente.

Ahora, según lo dispuesto en el artículo 673 del Código Civil, la prescripción

¹ CSJ. Civil. Sentencia 015 de 7 de febrero de 2007, Radicación2002-00004-01.

constituye uno de los modos de adquirir el dominio, la cual opera en virtud de que se posea un bien por un tiempo determinado y debe descansar sobre tres elementos a saber: **1.** La posesión material en el actor: elemento estructural y decisivo de la usucapión, es la posesión exclusiva y excluyente sobre la cosa o sobre el derecho ejercido por quien se califica así mismo como usucapiente. La posesión exige la concurrencia de dos elementos que la estructuran: (i) el *animus*: elemento subjetivo intelectual por medio del cual el poseedor se comporta como dueño de la cosa y desconoce a otro como su propietario y; (ii) el *corpus*: simple apoderamiento físico de la cosa, la realización de actos materiales aprehensibles por los sentidos y propios de dueño sobre el bien respectivo, poniendo en evidencia tal señorío. **2.** Que la posesión sea actual y se haya ejercido de manera pública, pacífica e ininterrumpida durante el tiempo exigido por la ley, sobre un bien plenamente identificado. **3.** Que la cosa o el derecho sobre el cual recae la posesión sea susceptible de adquirirse por ese modo.

2.3. En el presente asunto, el juez de primera instancia, en lo fundamental, negó las pretensiones de la demanda de reconvención; declaró no probadas las excepciones de mérito formuladas contra la pretensión de reivindicación y que pertenece el dominio pleno y absoluto del inmueble objeto de la *litis* a la demandante inicial; y ordenó a las tres demandadas Diana Cristina Moreno Cañón, Inny Johana y Claudia Patricia, Cañón Suárez, restituir el inmueble en contienda.

Las recurrentes censuraron lo decidido por el juzgador *a quo*; en el entendido que Inny Johana se proclama poseedora del inmueble objeto del litigio, en la medida que además de ejercer posesión material sobre el mismo desde el 8 de noviembre de 2011, agrega la que ejerció Claudia Patricia desde el 30 de abril de 1992, por razón de negocio jurídico que entre ambas realizaron ese 8 de noviembre sobre los derechos de posesión que ésta detentaba en el bien raíz en cuestión; hechos que dice la impugnación, soslayó el primer grado al no valorar adecuadamente el material probatorio recogido en esa instancia; particularmente se refiere la apoderada recurrente no solo a la inasistencia injustificada de la demandante, doña Teresa, a la audiencia prevista en el artículo 372 del Código General del

Proceso, sino a la falta de contestación de la contrademanda de pertenencia, omisiones que -en su entender- generan indicios graves en su contra.

Este reproche será estudiado antes de los otros, pues de su estructuración depende la suerte del recurso de apelación. Veamos:

Se critica que doña Teresa no dio respuesta a la demanda de pertenencia promovida en su contra por Inny Johana manera de reconvención; además que, no concurrió a la audiencia inicial prevista en el señalado precepto 372.

Estas desatenciones, sin duda, producen consecuencias jurídicas contra la contumaz, a saber: **(i)** la norma 97, inciso 1º, del mencionado código procesal disciplina que *“la falta de contestación de la demanda ... harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto”*; **(ii)** el memorado artículo 372 en su numeral 4º prevé que *“la inasistencia injustificada del demandante -a la audiencia inicial- hará presumir ciertos los hechos en que se fundan las excepciones propuestas por el demandado siempre que sean susceptibles de confesión ...”*, cuyas consecuencias *“se aplicarán, en lo pertinente, para el caso de la demanda de reconvención...”*; y como en desarrollo de esa audiencia también se practicaría el interrogatorio de parte a la actora inicial, señora Teresa, al no haber concurrido a dicho acto procesal sin justificación, quedó sujeta también a **(iii)** la sanción jurídica advertida en el artículo 205 de ese mismo código, consistente en *“presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles contenidas en el interrogatorio escrito. La misma presunción se deducirá, respecto de los hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en la demanda y en las excepciones de mérito o en sus contestaciones, cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparezca...”*.

Esta hermenéutica la ignoró el juez de primer grado al valorar las prueba; de manera que, al resultar un reproche concreto que se le enfrentó a la sentencia de primer grado, ha analizarse la situación de la siguiente manera, con fines de aplicar las consecuencias que derivan de tales omisiones.

Al efecto, entonces, se expone:

La regulación legal contenida en el señalado artículo 97, impone verificar los hechos de la contrademanda -de pertenencia- para extraer los hechos allí contenidos, susceptibles de confesión. En esta tarea se estableció que los hechos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º y 7º de la demanda con *petitum* de declaración de pertenencia, se presumen ciertos, porque son de ese linaje; de donde se establece que realmente doña Inny Johana “*se encuentra ejerciendo la posesión quieta pacífica e ininterrumpida, del lote de terreno desde el día 08 de noviembre de 2011, que sumado a la posesión que adquirió nos arroja más de 25 años de posesión que inició 30 abril de 1992 por la señora CLAUDIA PATRICIA CAÑÓN SUAREZ, quien durante el tiempo que fue poseedora fue reconocida públicamente como señora y dueña del inmueble y así lo hace ver y le consta a los vecinos y amigos, hasta cuando vendió sus derechos de posesión material a su hermana ... señora INNY JOHANA CAÑÓN SUAREZ, esto el día 08 de noviembre de 2011, como consta en el contrato de venta de los derechos derivados de la posesión, debidamente autenticado en la Notaria Sesenta y ocho (68) del Círculo de Bogotá*”, actos todos propios de dueño, en los conceptos de *animus* y *corpus*, con exclusión de todo derecho de la propietaria del bien doña Teresa Acevedo.

Ahora, lo anterior con el agregado de las sanciones jurídicas por lo de la inasistencia a la audiencia inicial del precepto 372 en cita, que incluye lo de no absolver interrogatorio de parte (a. 205); por lo que se debe presumir cierto lo correspondiente al fundamento de las excepciones de mérito de Claudia Patricia que se refieren a la “*falta de derecho y de acción, por haberse extinguido el derecho de propiedad de la demandante sobre el inmueble que reclama*”; y las de INNY JOHANA referidas a la “*prescripción adquisitiva*”, “*carencia absoluta de legitimación por activa*” y “*derecho de retención*”, al amparo del argumento principal de estar ejerciendo posesión desde el 8 de noviembre de 2011, con la agregación de la posesión que ejerció Claudia Patricia desde el 30 de abril de 1992, según se describió en precedencia.

De ahí que, se debe tener como idóneamente probado que la demandada Claudia Patricia inició su posesión sobre el mencionado inmueble el 30 de abril de 1992, la que transfirió a su hermana Inny Johana el 8 de noviembre

de 2011, siendo esta última la que probó haber ejercido posesión sobre el inmueble desde aquel 30 de abril de 1992, por razón del fenómeno de la suma de posesiones, que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha decantado de la siguiente manera:

“Esta Corte ha construido una vasta y profunda línea jurisprudencial, sobre los distintos tópicos relacionados con la naturaleza y alcance jurídico de la prescripción adquisitiva de dominio. En particular, en repetidas providencias, ha puntualizado que la posesión puede ser ejercida directamente por actos propios o a través de la figura de la suma de posesiones, reconocida en el ordenamiento civil, en los artículos 778 y 2521 del Código Civil, como una forma benéfica de proyección del poder de hecho de las personas sobre las cosas; y puede tener su fuente en la accessio possessionis por acto entre vivos o en la successio possessionis, cuando el causante fallecido transmite la posesión a sus herederos. Al poder agregar el tiempo de su antecesor o antecesores, el último poseedor podrá beneficiarse, y ganar por prescripción un bien determinado”².

Por lo que, la posesión invocada por doña Inny Johana, a propósito del reseñado acto entre vivos, se presenta evidente.

Las anteriores reflexiones, entonces, ponen de manifiesto que no sea necesario el estudio de los demás reparos introducidos por las señaladas demandadas frente al fallo apelado, porque en últimas lo que se pretendía establecer con todos ellos, es que la demandada inicial Inny Johana ejerce posesión sobre el inmueble objeto de la reivindicación, al amparo de la figura de la suma de posesiones, desde el 30 de abril de 1992.

2.4. Ahora, el reconocimiento del indicado derecho en favor de la mencionada demandada, impone que se acometa el estudio de la confrontación de los títulos enarbolados en este litigio, en aras de establecer el mejor derecho para la prosperidad de la acción reivindicatoria; por ello, se impone comparar los títulos de propiedad de la demandante con la posesión de la demandada Inny Johana, en orden a determinar cuál de los dos derechos debe prevalecer y es merecedor de protección legal.

² Cfr., sentencia SC12323-2015 del 11 de septiembre de 2015, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

Para el caso concreto, los títulos aducidos por la demandante en su demanda conforme los hechos 1º y 2º, son: la escritura pública No. 1.368 del 28 de julio de 1994 otorgada en la Notaría 55 de Bogotá, por medio de la cual el señor Pablo Martínez Cardozo transfirió en favor de Teresa de Jesús Acevedo de Arias el derecho de dominio a título de venta real y efectiva del inmueble ubicado en la carrera 97 B No 42 F - 04 sur de esta misma ciudad, inscrita en la anotación 03 de la matrícula inmobiliaria No. 050-40046618; y la escritura pública No. 2.777 corrida el 28 de marzo de 1990 en la Notaría 27 de esta capital, también registrada en la señalada matrícula inmobiliaria, anotación 02.

De manera que el derecho de propiedad de la demandante inicial deviene desde el 28 de marzo de 1990. Para ese efecto, es preciso traer a colación que el derecho de dominio en cabeza de la actora en los procesos reivindicatorios, en términos generales se acredita con las copias debidamente registradas de las respectivas escrituras públicas tendientes a demostrar un derecho anterior al tiempo de posesión del demandado. Al respecto, ha dicho la Corte Suprema de Justicia en su sala de casación civil:

*“En el proceso reivindicatorio el derecho de dominio sobre bienes raíces **se demuestra en principio con la sola copia, debidamente registrada, de la correspondiente escritura pública, ya que en esa clase de litigio la prueba del dominio es relativa, pues la pretensión no tiene como objeto declaraciones de la existencia de tal derecho con efectos erga omnes, sino apenas desvirtuar la presunción de dominio que ampara al poseedor demandado, para lo cual le basta, frente a un poseedor sin títulos, aducir unos que superen el tiempo de la situación de facto que ostenta el demandado** -se destaca-”³.*

Para ese efecto, es carga del convocante demostrar la calidad de titular del derecho de dominio en orden a permitir: *i)* la confrontación de los títulos del demandante con los demandado y su posesión; o *ii)* el enfrentamiento de los títulos del demandante con la mera posesión del convocado, según sea el caso, así lo ha enseñado es Corporación:

“Es al actor a quien le corresponde demostrar que tiene la calidad de propietario de la cosa objeto de la súplica, pues únicamente de

³ Cas. Civ. 19 de septiembre de 2000. Expediente No. 5405

esa manera podrá, al menos en principio, desvirtuar la presunción que protege al opositor en su condición de poseedor, como lo prescribe el artículo 762 del Código Civil al anotar, según su inciso segundo, que “el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo”. Entonces, resulta que, conforme a la jurisprudencia de la Corporación, en una acción como la que se viene comentando la controversia puede presentarse en uno cualquiera de los dos siguientes terrenos: mediante la confrontación de los títulos del demandante con los del demandado y su posesión o enfrentando títulos de aquél con la mera posesión del opositor (G. J., t. XLVI, pag.626; CLV, pags.417 y 418; CCXLIX, Volumen II, pag.1774, entre otras) - se destaca-⁴.

Las anteriores premisas son de capital importancia para resolver el punto referenciado, que como se dijo ataca la fecha en que para el juez de primera instancia quedó acreditada la titularidad de los demandantes y con base en la cual concluyó que tenían mejor derecho que el demandado.

Para el presente asunto, entonces, se impone indicar desde ya que el derecho que hace valer en este juicio la reivindicante quedó acreditado desde el **28 de marzo de 1990**, según se apuntó en precedencia.

La prueba requerida para esos menesteres quedó acreditada en este escenario de la siguiente manera:

Con la demanda se acompañó copia de la señalada escritura pública No. 1.368; y la copia de la referida escritura pública No. 2.777, pese a que no obra en el plenario, fue admitida por la demandada INNY JOHANA al dar respuesta afirmativa al hecho 2º de la demanda reivindicatoria, pues en este se afirmó que “*el señor PABLO MARTNEZ CARDOZO -sic-, a su vez había adquirido el inmueble en referencia por compra realizada al señor LUIS ALFREDO BAQUERO ALEJO, según consta en la escritura pública número 2777 del 28 de Marzo de 1990 de la Notaría 27 del Círculo de Bogotá, debidamente registrada bajo el folio de matrícula inmobiliaria No 050 - 40046618 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá*”; en tanto que la demandada DIANA CRISTINA MORENO CANON, al contestar el hecho 2º de dicho libelo también certificó que ese hecho es cierto. De esta

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. César Julio Valencia Copete. Sent. 27 de marzo de 2006, ref. exp. 47001-31-03-003-1995-0139-02.

manera, las mencionadas demandadas son sabedoras de ese documento conque el tradente de la demandante adquirió el derecho de dominio desde ese 28 de marzo de 1990.

Así las cosas, acreditado que el derecho reclamado por la demandante resulta anterior al que esgrimió la demandada a título de poseedora material del inmueble, se impone avalar el fallo del primer grado. Con relación al tema que nos ocupa, la Corte Suprema de Justicia en su sala de casación civil, ha enseñado:

“Por el sendero del ejemplo, lo explicó esta misma Corte en jurisprudencia añeja al señalar: “En la acción consagrada por el art. 950 del C.C pueden contemplarse varios casos: llámase Pedro el demandante y Juan el demandado. 1° Pedro, con títulos registrados en 1910, demanda a Juan, cuya posesión principió en 1911. Debe triunfar Pedro. 2° Pedro, con un título registrado en 1910, demanda a Juan, cuya posesión principió en 1909. Debe triunfar Juan. 3° Pedro, con un título registrado en 1910, demanda a Juan, cuya posesión comenzó en 1909 y presenta además otro título registrado con el cual comprueba que su autor fue causahabiente de Diego desde 1908. Debe triunfar Pedro, no por mérito de su título, sino por mérito del título del autor. En estos tres casos, referentes a una propiedad privada, se ha partido de la base de que Juan es poseedor sin título. Cuando lo tiene se ofrecen otros casos harto complejos (Sents., 26 de febrero de 1936, XLIII, 339; 5 de junio 1957, LXXXIX, 435)”⁵.

III. CONCLUSIÓN

De conformidad con lo hasta aquí analizado, se confirmará la sentencia de primera instancia, como quiera que consulta el derecho que detentan las litigantes en este escenario, en punto a las órdenes dispuestas en virtud de la demanda inicial.

Y no hay lugar a imponer condena en costas en este segundo grado, teniendo en cuenta la prosperidad de uno de los reparos en favor de las demandadas apelantes.

⁵ Sentencia SC 3493 2014 del 20 de marzo de 2014, rad. 05045 3103 001 2007 00120 01

IV. DECISIÓN DE SEGUNDO GRADO

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia apelada, proferida el 15 de marzo de 2021 por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá.

En su oportunidad devuélvase la correspondiente actuación al juzgado de origen, dejando las constancias de rigor.

SEGUNDO. Sin lugar a condena en costas

Notifíquese.

Magistrados integrantes de la Sala

JAIME CHAVARRO MAHECHA

ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ
(ausencia justificada)

[11001310300620160028901](https://www.corteconstitucional.gov.co/decision/11001310300620160028901)

Firmado Por:

Jaime Chavarro Mahecha

Magistrado

Sala Civil

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

Adriana Saavedra Lozada

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 001 Civil

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

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

Código de verificación: **4ab3f8c453d877f78e0aa35d7af1a197f565ad9a286f9157fc4b34c406392f04**

Documento generado en 14/09/2022 03:36:11 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Magistrada Ponente

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

**ASUNTO: PROCESO VERBAL (SIMULACIÓN RELATIVA)
PROMOVIDO POR EL SEÑOR NÉSTOR RAÚL ESPEJO FORERO Y OTROS
CONTRA LA SEÑORA LEONOR MOLINA ALARCÓN Y OTRA.**

Rad. 006 2018 00637 01

Sentencia escrita de conformidad con lo autorizado por el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, cuyo proyecto se discutió y aprobó en sesión de sala del 24 agosto de 2022, según acta 33 de la misma fecha.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia que profirió el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá el 14 de junio de 2022, dentro del asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Los señores Néstor Raúl, Germán y Jaime Espejo Forero formularon demanda contra la señora Leonor Molina Alarcón y la sociedad Inversiones y Construcciones Reina S.A.S. Incor S.A.S. para que se declare que es simulado en forma relativa el acto de compraventa contenido en la escritura pública No. 2463 del 28 de agosto de 1991 de la Notaría 30 del Circulo de Bogotá que hace relación a la transferencia de dominio en su favor del inmueble de la calle 130 B No. 104 A – 03 Lote 1 Manzana 44 de la Urbanización Lagos de Suba de Bogotá D.C., identificado con matrícula inmobiliaria No. 50N-1052501; en consecuencia, se ordene a la demandada Leonor Molina Alarcón restituir

el inmueble al patrimonio del causante Pedro Pablo Espejo Díaz para que forme parte del activo de la sucesión; se ordene la inscripción de la sentencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos; y se condene a la aludida demandada a pagar las costas y agencias en derecho.

2. Como sustento de lo pretendido adujeron que el señor Pedro Pablo Espejo y la señora Rosa Julia Forero de Espejo fueron esposos de cuya unión son hijos los demandantes; y que la sociedad conyugal que conformaron se liquidó por escritura pública No. 2200 del 20 de noviembre de 1981 otorgada en la Notaría 22 del Círculo de esta ciudad.

2.1. Que aproximadamente en el año 1986 el señor Pedro Pablo Espejo Díaz inició una unión marital con la señora Leonor Molina Alarcón con quien procrearon a Fernando Espejo Molina.

2.2. Que por escritura pública No. 2463 otorgada el 28 de agosto de 1991 en la Notaría 30 del Círculo de Bogotá la sociedad Inversiones y Construcciones Reina S.A.S. - Incor S.A.S. - vendió a la señora Leonor Molina Alarcón el citado inmueble, cuya construcción, hoy adecuada para un colegio, fue levantada y costada en su totalidad por su progenitor, señor Pedro Pablo Espejo Díaz, la cual hizo dentro de los tres años siguientes a la adquisición del lote, en razón a que su compañera no tenía ninguna clase de recursos.

2.3. Que el señor Pedro Pablo Espejo Díaz falleció en Villeta (Cund) el 5 de julio de 2018; que tenían el pleno convencimiento de que los bienes, incluido el mencionado, se encontraba a nombre de su padre, pero no fue así, en razón a que, para iniciar la sucesión, tras obtener el certificado de tradición, se percataron de que se encontraba en propiedad o dominio de la demandada.

2.4. Que pese a que la reseñada escritura pública, en apariencia, reviste todas las condiciones de legalidad, lo cierto es que dicha compraventa fue un acto simulado, en lo que se refiere a la persona de la compradora, al existir un acuerdo previo entre ella y el señor Pedro Pablo Espejo Díaz para que así apareciera y que a la muerte de éste, sus

hijos matrimoniales no pudieran reclamar como herederos, como aconteció con otros actos simulados

2.5. Que la señora Molina Alarcón no contaba con capacidad económica para adquirir el predio, puesto que dependía del señor Espejo Díaz, quien fue quien pagó la totalidad del precio y posteriormente la construcción levantada; que en la cláusula cuarta de la escritura pública No. 2463 de 1991 se fijó como precio la suma de \$1.878.000, muy bajo, si se tiene en cuenta que el avalúo catastral asciende a la fecha de presentación de la demanda a \$348.650.000 y el bien tiene un valor comercial aproximado a los \$700.000.000.

Que, la señora Molina Alarcón fingió ser la compradora cuando esa calidad en realidad la tenía su difunto padre; que no se trató de una compraventa que aquella hiciera sino de una donación que le efectuó el señor Espejo Díaz; y el único interés que les asiste es que el inmueble entre a hacer parte del activo de la sucesión *“junto con los bienes que también fueron objeto de similar proceder”*.

3. Admitida la demanda y notificado personalmente del auto admisorio de la misma, la demandada Leonor Molina Alarcón, mediante apoderado, formuló las excepciones de mérito que rotuló:

3.1. **“Prescripción extintiva de la acción ordinaria y/o declarativa verbal”** en razón a que desde el 28 de agosto de 1991 hasta el 28 de agosto de 2011 transcurrió el término de veinte años a que alude el artículo 2536 del Código Civil, sin que el señor Pedro Pablo Espejo Díaz promoviera la acción de simulación; que si se hubiera acogido a la Ley 791 de 2002 tampoco la promovió hasta el 27 de diciembre de 2012 que se cumplió el término de diez años allí previsto; que a la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda han transcurrido más de 28 años y cinco meses, lo que traduce que la acción está prescrita; y que por el fallecimiento del señor Pedro Pablo Espejo Díaz lo que los demandantes heredaron fue una acción prescrita.

3.2. **“Contrato legalmente celebrado”** porque existió justo título y buena fe en su realización; y ninguno de los eventos contemplados en el artículo 766 del Código Civil se dan en este caso.

3.3. “**Inexistencia de la simulación que se demanda**” toda vez que el contrato contenido en la escritura pública No. 2463 del 28 de agosto de 1991 es real y obedeció a una transferencia por causa de compraventa, producto de la intención de transferir el dominio del inmueble, acto donde expresó con la sociedad Inversiones y Construcciones Reina S.A. -Incor S.A.- su intención consiente y libre, así como la forma de pago del precio; levantó de su propio peculio la construcción hasta dejarla en el estado en que se encuentra; y el señor Néstor Raúl Espejo es testigo de ello, puesto que le elaboraba las declaraciones de renta, en las cuales se incluyó el bien y la edificación que levantó.

3.4. “**Excepción de buena fe**” con la que adquirió el inmueble, derivada de un título anterior legítimo, debidamente registrado en la Oficina de Registro de instrumentos Públicos y de manos de su legítimo propietario, que goza de presunción de certeza y legalidad.

3.5. “**Falta de presupuestos legales para la procedencia de la acción de simulación**” por cuanto la intención de los intervinientes en la escritura pública no estuvo dirigida a concretar un acuerdo diferente al allí instrumentado; cumplió con el pago del precio; correspondía a la voluntad de los contratantes; y fue celebrado por personas capaces.

3.6. “**Excepción innominada**” en caso de encontrarse probada.

4. La sociedad Inversiones y Construcciones Reina S.A.S. Incor S.A.S., se abstuvo de contestar la demanda y proponer excepciones.

5. Agotado el trámite de la instancia la Juez *a quo* le puso fin con la sentencia que hoy es objeto de impugnación, en la que declaró probada la excepción de prescripción extintiva de la acción ordinaria; y condenó en costas a la parte demandante.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Se ocupó de manera inicial de la prescripción de la acción que se invocó como defensa, y para resolver se apoyó en el salvamento de voto que emitió el Magistrado Tolosa Villabona dentro de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, expediente 68001310300820080013301 que trató sobre los contratos simulados, que dicho salvamento se refiere a la inoponibilidad de los actos de terceros, conforme al cual aun cuando los demandantes no eran los obligados, los actos cobraron efectos, ya que el acto propio de la inscripción los torna inoponibles frente a todos, por virtud de la divulgación que les otorga el registro, momento a partir del cual todos estaban legitimados para demandar la simulación.

Que para el caso, el acto a anular es el registrado el 22 de noviembre de 1991, conforme con la anotación No. 5 del folio de matrícula inmobiliaria del inmueble, que corresponde a la escritura pública No. 2463 del 28 de agosto de 1991, de la Notaría 30 de Bogotá, contentiva de una compraventa y constitución de hipoteca, que según la anotación No. 7 fue cancelada el 19 de agosto de 2005; y que de acuerdo con la tesis expuesta en el salvamento se debe ponderar que desde el registro de dicho instrumento público tiene efectos el negocio celebrado, lo que conlleva a que el término de diez años previsto en el artículo 2536 del Código Civil se cumplió el 22 de noviembre de 2001.

Y que para el 5 de junio de 2018, fecha en que falleció el señor Pedro Pablo Espejo, ya estaba prescrita la acción de simulación, al igual que sus herederos, y aunque desconoce si eran menores, pudieron haber estado representados por su progenitora; luego en aplicación de la teoría del Dr. Tolosa se suceden los derechos reales y personales, entre ellos el que concierne a la posibilidad de reclamar la simulación.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte demandante la apeló en audiencia con fundamento en el siguiente reparo concreto:

i) Es contrario a derecho, citar un salvamento de voto como fundamento de la decisión, el que no constituye jurisprudencia, como sí acontece con la sentencia SC21801 de 2017 que invocó, y la que es clara en establecer desde cuándo nace el derecho para quienes no intervinieron en el acto, sino que se enteraron después.

Por auto adiado 22 de julio de 2022 se ordenó correr el traslado previsto en el inciso 3° del artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, oportunidad en que el recurso se sustentó y respecto del cual se pronunció el extremo no recurrente.

IV. CONSIDERACIONES

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

Propósito para el que se tendrá en cuenta que, de prosperar la inconformidad referida a la inviabilidad de la prescripción, ello impone necesariamente el análisis de las pretensiones, así como las defensas propuestas por la convocada.

2. Para resolver el interrogante referido a ¿desde qué momento debe comenzar a contabilizarse el término de prescripción, en tratándose de un negocio cuestionado como simulado? Que es lo que propone el recurso, acude la Sala a lo que al respecto ha dilucidado la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia que citó el recurrente, al considerar que *“dicho plazo letal no puede contarse desde la fecha de celebración del negocio, sino a partir de un hecho que implique un desconocimiento del derecho o relación jurídica acordada entre las partes del convenio”*¹.

En tal conclusión, expuesta en su sentencia SC21801-2017 de 15 de diciembre de 2017, memoró lo que sobre el tema consideró en 1955 y

¹ CSJ SCC Sentencia SC21801-2017 del 15 de diciembre de 2017 M.P. Margarita Cabello Blanco

posteriormente reiteró en su providencia de 20 de octubre de 1959², al decir que:

Si la cuestión es controvertible del punto de vista doctrinario, en derecho colombiano es indudable que la acción de simulación absoluta o relativa puede extinguirse por el transcurso del tiempo. Salvo los casos expresamente señalados en la ley, como respecto de ciertas acciones de estado civil (C. C., artículo 406), todas las acciones son susceptibles de prescripción extintiva. Efectivamente, la norma legal es de carácter general y no admite otras excepciones que las expresamente consagradas en la ley. "La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos -dice, el artículo 2535 del C. C.- exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones". "Toda acción por la cual se reclama un derecho -estatuye el artículo 2538 del C. C.-se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho". El término dentro del cual se consuma la prescripción extintiva de simulación es el ordinario de veinte años, establecido en el inc. 29 del artículo 2536 del mismo Código.

Pero desde cuándo comienza a contarse el término de la prescripción extintiva? No puede aceptarse que debe comenzar a contarse desde la fecha en que se celebró el 'acto o contrato aparente. En este caso, no es aplicable la norma legal respecto de la acción pauliana, cuya prescripción de un año se cuenta desde la fecha del acto o contrato (C. C., arto 2491, ord. 3º). La acción pauliana aunque guarda afinidades con la acción de simulación tiene fundamentales diferencias.

La acción de simulación, cierto es, tiene naturaleza declarativa. Por medio de ella se pretende descubrir el verdadero pacto, oculto o secreto, para hacerlo prevalecer sobre el aparente u ostensible. **Pero para el ejercicio de la acción de simulación es requisito indispensable la existencia de un interés jurídico en el actor.** Es la aparición de tal interés lo que determina la acción de prevalencia. Mientras él no exista, la acción no es viable. De consiguiente, **el término de la prescripción extintiva debe comenzar a contarse desde el momento en que aparece el interés jurídico del actor. Sólo entonces se hacen exigibles las obligaciones nacidas del acto o contrato oculto, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 2535 del C. C.**

Así tratándose de una compraventa simulada, el interés del vendedor aparente, para destruir los efectos del contrato ostensible cuando el comprador aparente pretende que tal contrato es real y no fingido, desconociendo la eficacia de la contra estipulación, nace sólo a partir de este agravio a su derecho, necesitado de tutela jurídica.

La doctrina así expuesta deja sin consistencia la acusación del recurrente. Porque en el juicio consta que en vida del aparente vendedor Crispiniano Saldarriaga, el aparente comprador Antonio Saldarriaga no pretendió producir eficacia a la compraventa ficticia. Sólo después de la muerte de aquél, acudió a las autoridades en demanda de la entrega del inmueble por medio de un juicio de lanzamiento por ocupación de hecho que hubo de fracasar. Contra los causahabientes del aparente, vendedor sí ha pretendido desconocer la eficacia del acto o contrato oculto. **En**

² CSJ SC Sent. 20 Octubre de 1959. G.J. Tomo XCI N° 2217 2218 2219. Págs. 782 a 788.

estas condiciones, el término para la extinción de la acción de simulación no puede contarse a partir de la fecha de la compraventa ficticia, sino desde que surgió para los sucesores el interés jurídico que legitima su titularidad. (G.J., No. 2150, págs. 525 y s.). (Negrillas originales).

En la providencia del año 2017 que se cita, la Corporación indicó que *“es más acorde con la justicia considerar, que mientras esté vigente el pacto simulatorio entre las partes, no puede empezar a correr la prescripción y, por consiguiente, la exigibilidad que demarca el hito para ese efecto, conforme al art. 2535 del C.C., solo puede surgir desde el momento en que una de las partes, o sus herederos, desconoce el pacto”*³.

E igualmente, recordó que *“La acción de simulación cierto es, tiene naturaleza declarativa. Por medio de ella se pretende descubrir el verdadero pacto, oculto o secreto, para hacerlo prevalecer sobre el aparente u ostensible. Pero para el ejercicio de la acción de simulación es requisito indispensable la existencia de un interés jurídico en el actor. Es la aparición de tal interés lo que determina la acción de prevalencia. Mientras él no exista la acción no es viable. De consiguiente, el término de la prescripción extintiva debe comenzar a contarse desde el momento en que aparece el interés jurídico del actor. Sólo entonces se hacen exigibles las obligaciones nacidas del acto o negocio oculto, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 2535 del C.C.”* (Subraya fuera de texto). (CSJ SC 14 de abril de 1959, G.J No 2210 Pags. 318, 319. Reiterado en Sent. Mar. 6 de 1961, G.J. No 2238 Pag. 58)⁴.

El anterior es el precedente o doctrina probable que actualmente impera, entendida ésta, desde la Ley 169 de 1896, como *“Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”*.

Y a ella los jueces nos debemos someter, en cumplimiento del principio de legalidad consignado en el artículo 7º del Código General del Proceso, al consagrar que: *“Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la*

³ *Ibidem*

⁴ *Ibidem*

equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina”, a lo que agrega que “Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos”.

Para el caso, la jueza de instancia desconoció dicho precedente y sin dar explicaciones diferentes a que acudía a un salvamento de voto concluyó que el momento para iniciar el conteo de la prescripción era desde la fecha en que se suscribió el negocio que se cataloga como ficticio, 28 de agosto de 1991, ignorando que, a voces del precedente, dicho término sólo puede comenzar a correr cuando a los interesados, en este caso herederos, les nace o surge el interés, momento que no es otro que el fallecimiento de su padre, Pedro Pablo Espejo Díaz, de quien afirman fue el verdadero comprador en el negocio tildado como simulado.

En esas condiciones, no hay duda que le asiste razón a la parte apelante, toda vez que el interés para promover la demanda de simulación les surgió a los demandantes al momento del fallecimiento de su padre, 5 de julio de 2018 y, desde esa data, a la fecha de la presentación de la demanda, 22 de octubre de 2018, tan solo habían transcurrido escasos tres meses y medio de los diez años que la ley 791 de 2002 consagra para la extinción de esa acción.

3. En punto a establecer si por virtud de la viabilidad del reproche formulado encuentran procedencia las pretensiones, se debe tener en cuenta que la simulación corresponde a un fenómeno de creación jurisprudencial, desarrollado a partir del artículo 1766 del Código Civil, a cuyo tenor *“las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efectos contra terceros. Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero”.*

Sobre esa figura, de antaño, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que ella *“(...) consiste en celebrar un acto o contrato, pero al mismo tiempo celebrar con la misma persona un acto secreto que adicione, modifique,*

*altere o descarte los efectos del acto público o aparente. Suele llamarse al acto público: acto aparente u ostensible, y el secreto: privado, oculto o disimulado. (...)*⁵ y que la misma se clasifica en absoluta y relativa. La primera, se concreta cuando las partes mediante su pública manifestación de voluntad aparentan la realización del negocio que declaran, cuando previamente han acordado que él no producirá efecto jurídico alguno; la segunda, parte de un negocio realmente existente, pero que al declararse públicamente, aparece modificado en cuanto a su naturaleza, a sus condiciones, o a sus partes.

En lo que corresponde a la simulación relativa por interposición ficticia de persona, que es la que sugiere la demanda, como su nombre lo indica, está orientada “a hacer figurar como parte de un negocio jurídico a una persona que en verdad no lo es, en vez o en lugar del real titular del interés, dando la simple apariencia de una realidad diferente, con el designio consciente, convergente y deliberado *“de ocultar la genuina identidad de los titulares de la relación creada”* (cas. civ. sentencia de 30 de julio de 1992, exp. 2528), en cuyo caso, se simula la posición o situación jurídica de parte, contratante o sujeto negocial, esto es, el *acuerdo simulandi*, versa o recae única y exclusivamente sobre el extremo subjetivo de la relación jurídica contractual.

Posteriormente, en sentencia de 16 de diciembre de 2010, exp. 2005-00181-01, la Corte afirmó que esa forma de simulación “*consiste en hacer figurar como parte contratante a quien en verdad no lo es, con el fin concertado de ocultar la identidad de quien real y directamente está vinculado con la relación negocial, por lo tanto, ese intermediario o testaferro es un contratante imaginario o aparente, y en la que no se disimula el contrato propiamente dicho, el cual en términos generales permanece intacto, sino las partes que lo celebran...*”

En ese orden, los presupuestos de toda acción de simulación, sea relativa o absoluta, conforme a la jurisprudencia, se han reducido a tres: **i)** que el contrato tildado de simulado esté probado; **ii)** que quien demanda esté legitimado para hacerlo; y **iii)** que se demuestre plenamente la existencia de la simulación.

5 CSJ Cas. Civ., Sent. 25 de junio de 1937, G.J. T. XLV, pág. 256

3.1. En cuanto al primero de los elementos mencionados, hay que decir que se encuentra cabalmente establecido, pues al proceso se aportó la copia de la escritura pública No. 2463 del 28 de agosto de 1991, otorgada en la Notaría 30 del Círculo de Bogotá, contentiva de la venta celebrada por Inversiones y Construcciones Reina S.A. -Incor S.A.- como vendedora y la señora Leonor Molina Alarcón como compradora, donde la primera le transfirió a la segunda el inmueble ubicado en la calle 130 B No. 104 A 03 de Bogotá, documento que se inscribió en el folio de matrícula inmobiliaria No. 50N-1052501⁶.

3.2. En lo que atañe al segundo de los elementos citados, esto es, la legitimación en la causa, memora la Sala que la Corte Suprema de Justicia ha decantado en reiterados pronunciamientos, entre ellos el emitido el 9 de abril de 2014, que tal condición *“se encuentra radicada **no sólo en cabeza de las partes contratantes, y en sus herederos, según el caso, lo cual es apenas comprensible, sino también en los terceros, pero sólo cuando el negocio fingido les irroga a éstos, al igual que a aquéllos, un perjuicio serio, cierto y actual, porque de aceptarse una total libertad, en lugar de crearse certeza y confianza en el tráfico jurídico, ello generaría caos e inseguridad**”*⁷.

En el caso concreto, observa la Sala que el citado presupuesto confluye en los demandantes, en razón a que acuden en calidad de herederos de Pedro Pablo Espejo Díaz, de quien se afirma en el citado contrato actuó por interpuesta persona, la demandada, Leonor Molina Alarcón, quien fungió como compradora; calidad que demostraron con el registro civil de defunción de su padre al igual que sus registros civiles de nacimiento, todo lo cual es suficiente para evidenciar que les asiste tal condición derivada del interés de conformar la sucesión con todos los bienes de su causante.

También se satisface ese presupuesto en las demandadas, partes contratantes, Leonor Molina Alarcón, quien como ya se ha dicho aparece

⁶Anotaciones Nos. 5 y 6 del certificado visible a folios 19 a 21 del archivo 01Cuaderno01.pdf contenido en la carpeta 01Cuaderno01 del expediente digital 1

⁷ C.S.J. Cas. Civ. SC11003-2014, Exp. No. 05266-3103-001-2004-00307-01.

como compradora y la sociedad Inversiones y Construcciones Reina S.A. -Incor S.A.- como vendedora.

3.3. Ya en lo que atañe propiamente a la prueba de la simulación, tercer y último presupuesto, debe quedar acá plenamente establecido: **i)** la divergencia entre la voluntad real y la declarada por los contratantes; **ii)** el que haya existido concierto simulatorio entre los partícipes; y **iii)** que su propósito haya sido el engañar a terceros.

Para esos efectos, recuerda el Tribunal que ante la ausencia frecuente de documentos secretos provenientes de las partes en los que aparezca manifiesta la verdadera intención de los contratantes, la jurisprudencia ha enunciado una serie de indicios determinantes para arribar a la certeza de que el negocio es simulado, entre los cuales se destacan **“el parentesco, (...) la falta de capacidad económica del adquirente, la retención de la posesión del bien por parte del enajenante, (...) el comportamiento de las partes al efectuar el negocio, el precio exiguo, la carencia de necesidad en el vendedor para disponer de sus bienes, la forma de pago, etc.”** *6. Mas como acontece que la habilidad de los contratantes ha originado nuevas formas de matices de simular, esto ha dado lugar para sostener que en materia indiciaria, respecto de tal fenómeno, es imposible formular un catálogo de indicios, porque a medida que se avanza en el ocultamiento de la simulación, paralelamente van tomando cuerpo otros indicios. Es por ello que hoy se suma al cortejo de tal prueba indirecta, el móvil para simular (causa simulandi), (...) la ausencia de movimientos en las cuentas bancarias, el precio no entregado de presente (pretium confessus), (...) la no justificación dada al precio recibido (inversión), etc.”*⁸

Para el caso, como no existen contradocumentos secretos, ni documento escrito que emane de las partes y que sumado a otras pruebas permitan establecer concretamente la existencia de la simulación, necesariamente se debía acudir a la prueba indiciaria, cuya apreciación *“comprende una actividad múltiple, que consiste por un lado, en el examen de los hechos indicadores que brotan de los medios de prueba, y, por el otro, en la deducción o inferencia que con base en ellos*

⁸ C.S.J. Cas. Civ. CSJ. Sent. Jul.14/1975.

permite arribar a otros hechos indicados, como fruto de una operación mental lógica del juzgador de instancia”, toda vez que no son suficientes las meras sospechas o especulaciones que nacen de “la aprehensión maliciosa del acto dubitado o de la consideración aislada de los diferentes medios de prueba”⁹.

3.3.1. En criterio de la parte demandante uno de los aspectos cuestionables tiene que ver con la escritura pública No. 2463 de 1991 puesto que si bien, en apariencia, reviste todas las condiciones de legalidad, lo cierto es que el acto que contiene, compraventa, en realidad se trató de un acto simulado, por interposición de la persona que aparece como compradora; donde, además, afirman que existió “indudablemente” un acuerdo previo entre ella y el señor Pedro Pablo Espejo Díaz con ese fin y así, a la muerte de éste, los demandantes, en su condición de herederos como hijos matrimoniales no pudieran reclamar, aspecto que tiene que ver con ***el móvil de la negociación***, empero sin que ni lo uno ni lo otro lograron acreditar, es decir, no se demostró que el señor Espejo Díaz allí hubiese actuado por intermedio de su compañera para comprar, y menos que el móvil de la simulación fuese precisamente defraudar a los hijos hoy demandantes.

En efecto, no hay prueba que indique que el comportamiento de la demandada, señora Molina Alarcón, fuese servir como testaferro del señor Espejo Díaz, previo acuerdo entre ellos, como se afirmó en la demanda puesto que, sobre el particular, sólo obran en el proceso las manifestaciones de los demandantes, a quienes ni la ley ni la jurisprudencia les ha permitido probar con su propio dicho.

Y si bien se recaudaron las declaraciones de Rosalba Uмба Carreño y Norma Esperanza Aguilar Delgado, cuyos testimonios se tacharon de sospechosos, para el propósito buscado, no les bastaba con indicar que la señora Molina Alarcón simplemente apareció en el contrato como compradora para beneficiarse a título personal con el fin de defraudar a los demandantes, debieron indicar la razón de su dicho, es decir, explicar el porqué de esa afirmación, más aún cuando se trataba del medio probatorio que sacaba a la luz el aspecto subjetivo de los involucrados, es decir, no

⁹ C. S. J., sentencia de 17 de julio de 2006 Exp. 0315-01

era un tema que las testigos pudieran percibir de manera directa y concreta.

Por tanto, al margen de la tacha de sospecha de todos los testimonios de que se sirvió la parte demandante, lo cierto es que aun valorados con el mayor rigor que se exige a raíz de esa circunstancia, no es posible convalidar simple y llanamente de tales declaraciones, al igual que la recaudada en el interrogatorio de parte de los convocantes, que la intención de la señora Molina Alarcón era organizarse con un pensionado y procrear un hijo para quedarse con sus bienes, como tampoco que acordó con el señor Espejo Díaz, su compañero sentimental, defraudar los derechos herenciales de los aquí convocantes cuando él falleciera.

3.3.2. En torno a **la falta de capacidad económica de la adquirente**, tampoco se logró acreditar con suficiencia esa situación; por el contrario, la señora Leonor Molina Alarcón allegó sendos comprobantes de pago en los que figura como quien los realizó, no solo en la cuota inicial por \$313.000 el 5 de junio de 1991, sino en los pagos mensuales sucesivos por \$72.000 (Cfr. fls. 3 a 21 archivo 03Contestacion05Marzo21.pdf contenido en la carpeta 01Cuaderno01 del expediente digital), a lo que se suma que la testigo Blanca Idalí González Rodríguez corroboró lo que aquella alegó al contestar la demanda y al absolver interrogatorio de parte, en torno a que hacía costura, así como que laboró en un local que le arrendó la Junta de Acción Comunal del barrio Santa Rosa, donde vendía frutas, jugos y café cuando era soltera, antes de conocer al señor Pedro Pablo Espejo Díaz (Cfr. Hora 2:49:06 de la grabación que contiene la audiencia de instrucción y juzgamiento del 14 de junio de 2022 en el expediente digital).

De acuerdo con los anteriores medios de convicción, no es posible tener por descartada la capacidad económica de la demandada para la época en que celebró el negocio de compraventa con la sociedad Inversiones y Construcciones Reina S.A.S. Incor S.A.S.

Aunado a lo anterior, se debe también reconocer que quedó ausente de acreditación la total dependencia de Leonor Molina del señor Espejo Díaz, al igual de fue éste quien pagó no solo el precio del inmueble sino la construcción sobre en él levantada.

3.3.3. En lo que tiene que ver con ***el precio exiguo***, nótese que la parte actora se limitó a alegar que en la cláusula cuarta de la escritura pública No. 2463 de 1991 se fijó como precio total la suma de \$1.878.000, en su sentir, muy bajo, porque tiene un avalúo catastral que asciende a la fecha de presentación de la demanda a \$348.650.000 y un valor comercial aproximado a los \$700.000.000; empero, no aportó medio de prueba que permita establecer que para la fecha del negocio jurídico ese precio fue irrisorio, con lo cual se puede tener por establecido que no cumplió con la carga de probar que el valor del inmueble era mayor al que comercialmente le dieron las partes en ese momento, quedando, entonces, huérfano de acreditación ese aspecto.

Contrario a lo argüido en la demanda, la prueba documental junto con la declaración de la testigo Blanca Idalí Rodríguez Rodríguez, permiten tener por demostrada, incluso, la forma de pago del precio, por parte de compradora demandada.

Por demás, tratándose de este tipo de simulación en donde se afirma que quien aparece como compradora no es tal, sino que actuó o intervino en el negocio como testaferro de quien verdaderamente fue quien fungió en esa condición, la parte actora tiene una carga adicional como lo es, la de demostrar que en virtud de ese negocio el patrimonio del causante se vio disminuido en el porcentaje del precio que se pagó por el inmueble, aspecto que fue totalmente ajeno de prueba.

4. Así las cosas, no se advierte que encuentren acogida las pretensiones de la demanda, en la medida que el sustento de hecho en que quedaron soportadas no está probado en manera alguna en la tramitación. Lo anterior, en razón a que los indicios que la parte demandante estima configurados no tienen respaldo probatorio, con las probanzas legal y oportunamente recaudadas, concretamente en el sentido de que la señora Molina Alarcón fingió ser la compradora del inmueble, cuando en realidad esa condición la tenía el señor Espejo Díaz.

A tal conclusión arriba la Sala teniendo en cuenta que los indicios que sirvieron de soporte a esta acción carecen de la suficiencia y fuerza demostrativa con que fueron presentados, desde luego, previa auscultación

de todas las pruebas como lo ordena el artículo 176 del C.G.P., y atendiendo que la jurisprudencia tiene dicho que:

“el hecho indicador, de ordinario, presenta un doble cariz: el que indica algo de una manera más o menos probable y el que -aunque menos verosímil- puede contradecirlo y eventualmente podría llegar a ser el real –contraindicio-, y como los dos no pueden ser verdaderos al mismo tiempo, conforme al principio filosófico de la contradicción que enseña que una cosa no puede ser y ser al mismo tiempo, se requiere confrontar los dos extremos, de manera tal que de su cotejo pueda deducirse cuál de los dos es el pertinente.

Lo anterior deja ver que la apreciación de los indicios tiene que ser efectuada de manera dinámica, vale decir, confrontando los indicios con las circunstancias, con los motivos que los puedan desvanecer o infirmar, sea que tales circunstancias afloren del mismo hecho indicador o de otras pruebas que aparezcan en el proceso”¹⁰ (Se destaca).

En ese orden de ideas, lo cierto es que las pruebas no denotan la configuración de indicios graves y convergentes indicativos de que el negocio celebrado entre la señora Leonor Molina Alarcón y la sociedad Inversiones y Construcciones Reina S.A.S. Incor S.A.S., fue simulado, menos, con base en un acuerdo al que llegó con el señor Espejo Díaz para defraudar a los convocantes, que fue la orientación que se presentó en la demanda.

Lo expuesto en precedencia, permite afirmar que, por la falta de acreditación de los presupuestos de la acción incoada, no se abre paso el análisis de las demás defensas propuestas.

5. En conclusión, encuentran viabilidad los reproches que el apelante le hizo a la sentencia en cuanto reconoció la excepción de prescripción; empero, como los indicios invocados por la parte actora no demuestran el concierto simulatorio en el contrato de la compraventa, se ha de declarar configurada la excepción propuesta por la parte demandada bajo el rótulo de **“Falta de presupuestos legales para la procedencia de la acción de simulación”**, confirmando en lo demás el proveído apelado, con la consecuente condena en costas a su cargo, propósito para el que la Magistrada Sustanciadora fija la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente S.M.L.M.V.,

¹⁰ Sent. Cas. Civ. de 27 de junio de 2005, Exp. No. 00333

atendiendo lo previsto por el artículo 5º, numeral 1º, del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral primero de la sentencia que profirió el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá el 14 de junio de 2022, dentro del presente asunto por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, en su lugar,

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción propuesta por la parte demandada denominada “**Falta de presupuestos legales para la procedencia de la acción de simulación**” de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás el mencionado fallo.

CUARTO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte recurrente. Liquidense en la forma prevista en el artículo 366 del C.G.P., incluyendo como agencias en derecho la suma de UN MILLON DE PESOS MCTE (\$1.000.000) en favor de la demandada Leonor Molina Alarcón.

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: **c7a2d639017e6629db1df59686af564f09144a5ee69b1bb2b754a715a24d3a90**

Documento generado en 14/09/2022 06:05:49 AM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA QUINTA DE DECISIÓN CIVIL

MAGISTRADA PONENTE: ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

**Bogotá D.C, catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós
(2022)**

Discutido y aprobado en sesión de la misma fecha

(Rad. 07-2014-00345-01).

Decide el Tribunal el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 4 de marzo de 2021 por el Juzgado 47 Civil del Circuito de esta ciudad en el proceso declarativo de la referencia.

I.- ANTECEDENTES

1. La demanda

Por medio de apoderado judicial la señora Martha Isabel Palma Becerra solicitó que se declare que, cumplió con las obligaciones a su cargo respecto del contrato de leasing que celebró con Internacional Compañía de Financiamiento S.A. y, a su vez, que la sociedad demandada es responsable *“por el pago de los perjuicios morales y materiales”* ocasionados a aquella con ocasión del hurto del vehículo objeto del contrato.

En consecuencia, se condene a la demandada a pagar a favor de la actora \$360.000.000 por daño emergente (suma que determinó como valor del vehículo), lucro cesante \$13.000.000 mensuales desde la

fecha del hurto hasta que se realice el pago y 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes por daño moral.

2. Los anteriores pedimentos según la demanda y el escrito en que se describió el traslado de las excepciones de mérito, se sustentan en los hechos que se resumen así¹:

El 14 de julio 2008, Martha Isabel Palma Becerra –locataria- celebró con Internacional Compañía de Financiamiento S.A. el contrato de leasing financiero número 200009429 sobre el vehículo tractocamión de placa SRO073 tipo Kenworth T-800 modelo 2008.

Para amparar el hurto y pérdida del automotor en el contrato de leasing se exigió por la compañía de financiamiento la suscripción de la póliza de seguros n° 20012 con Royal & Son Alliance Seguros Colombia S.A., cuyo tomador y único beneficiario fue la sociedad demandada.

En diciembre 15 de 2010 el automotor fue hurtado en la ciudad de Bogotá, en circunstancias puestas en conocimiento de la autoridad penal competente, conforme la denuncia presentada por la locataria después de la ocurrencia de los hechos.

La sociedad demandada presentó la reclamación para hacer efectivo el pago del amparo por hurto y la aseguradora la objetó.

Como el ilícito ocurrió en la vigencia del contrato de leasing, la compañía le exigió a la locataria continuar con el pago de las cuotas mensuales hasta su terminación; no obstante, la actora era mera tenedora del vehículo mientras que la demandada aparecía registrada como propietaria del bien.

La demandante cumplió todas las obligaciones del contrato pero no pudo ejercer la opción de compra debido al hurto. Pese a que la locataria le entregó los documentos para desvirtuar la objeción de la aseguradora, la demandada por falta de diligencia no insistió en la

¹ Cuaderno principal, p. 71 a 79, y 171 a 176 del pdf

reclamación, incurriendo en culpa grave conforme el artículo 63 del Código Civil.

3. Trámite procesal

Proferido el auto admisorio por el Juzgado 7 Civil del Circuito de la ciudad en junio 4 de 2014, se ordenó el traslado de la convocada por el término legal (cuaderno principal, p. 92 del pdf). En auto de febrero 26 de 2021 el Juzgado A-quo aceptó la cesión de los derechos litigiosos efectuada por la demandante como cedente a la sociedad Inversiones Galem S.A.S. como cesionario (02 continuación cuaderno principal, página 76 del pdf).

4. La defensa

Debidamente notificada Internacional Compañía de Financiamiento S.A. formuló las excepciones de mérito que denominó “*carencia de legitimación en la causa por pasiva*” e “*innominada*” (cuaderno principal, p. 158 a 164 del pdf). Argumentó, en resumen, que no tiene la obligación contractual de resarcir daños y perjuicios derivados de un hurto, toda vez que en el contrato la locataria asumió la responsabilidad del bien como guardián, y aunque la compañía es propietaria, no debe responder, pues “*el locatario es quien ha detentado la tenencia, la guarda, administración uso y goce sobre la cosa*”.

A su vez llamó en garantía a Royal & Sun Alliance Seguros Colombia S.A., quien se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló excepciones de fondo frente a la demanda y el llamamiento².

5. La sentencia apelada

La determinación del Juzgado A-quo consistió en negar las pretensiones y condenar en costas a la parte actora³.

² Cuaderno 03 llamamiento en garantía.

³ 02 cuaderno principal, páginas 93 a 103 del pdf.

Superado el recuento de antecedentes y relacionada la actuación surtida en primera instancia, el sentenciador abordó el tema de controversia, puntualizando que las partes aceptaron y reconocieron la existencia del contrato de leasing, en virtud del cual la demandada entregó a la locataria la tenencia del vehículo por un canon mensual y con opción de compra.

Verificó que en el contrato no existe obligación clara y expresa de la demandada de insistir en la reclamación del seguro cuando es objetada por la aseguradora, conforme lo alega la parte actora, ya que del clausulado se deduce, que la compañía sólo se comprometió a dar la tenencia a la locataria para el uso y disfrute del bien, a librarla de toda perturbación imputable a la entidad y a permitir la opción de compra; mientras que la locataria asumió la responsabilidad por la pérdida por cualquier causa *“cuando provenga de fuerza mayor o caso fortuito”*.

Apuntó que las circunstancias del robo del automotor son atribuibles al acto de un tercero, circunstancia que exime de responsabilidad a la compañía de leasing, porque la partes estipularon que el riesgo de pérdida del bien recaería en la locataria.

Sostuvo que la demandante se comprometió a pagar los cánones restantes para terminar el contrato y el valor de la opción de compra. Por lo anterior, consideró infundado el reclamo respecto a que la demandada actuó con culpa grave frente al impago del siniestro por parte de la aseguradora, toda vez que en la cláusula décima del contrato de leasing se estipuló que, el ejercicio de las acciones del seguro, se harían conforme a lo acordado por los contratantes, pero de ahí no se extrae la obligación de insistir ante la aseguradora; además no se produjo la liberación de la obligación de pagar el canon.

Asentó que en la sección octava del contrato se estipuló que la objeción de la aseguradora no suspendería ni interrumpiría los compromisos de la locataria. Mencionó jurisprudencia según la cual ante la naturaleza crediticia del contrato de leasing, el arrendatario debe seguir pagando los cánones pactados a pesar de la pérdida total o parcial de la cosa objeto del negocio, hasta tanto la aseguradora cancele el siniestro.

Concluyó que no hay prueba del incumplimiento atribuido a la demandada, absteniéndose de analizar los demás presupuestos de la acción de responsabilidad contractual, así como las excepciones propuestas por la aseguradora.

6. La apelación

Contra la decisión la parte demandante interpuso recurso de apelación, impugnación que fue sustentada ante esta Corporación, así⁴:

6.1.- Refirió que la responsabilidad pretendida se soporta en la culpa o falta de cuidado de la demandada para hacer efectivo el pago de la indemnización por el siniestro ante la aseguradora, que *“originó el rechazo inicial de la reclamación al seguro”* pese a tener *“todos los documentos que desvirtuaban totalmente las razones”* de la negativa sobre *“la legalización y registro del vehículo ... en el Ministerio de Transporte y en las Oficinas de Tránsito en Facatativá”*, pruebas que obran en el expediente y demuestran que *“los argumentos expuestos por la compañía de seguros para negar el reclamo y el pago de la correspondiente indemnización contemplada en la póliza no tenían asidero alguno”*.

Incluso mediante la comunicación de mayo de 2013, la demandada reconoció que no entendía la negativa de la aseguradora sobre la reclamación, esto significa *“una aceptación expresa de su responsabilidad”*.

Aseguró que la demandada tenía claro que la aseguradora no podía objetar el reclamo, por lo que debió allegar los documentos suministrados para desvirtuar la objeción o iniciar las acciones judiciales del caso, en tanto era tomadora, beneficiaria y asegurada de la póliza y tal omisión culposa ocasionó el daño.

6.2.- Alegó que según el contrato de leasing la póliza de seguros fue suscrita para garantizar el pago de los cánones mensuales, asegurar a la locataria el uso y disfrute del bien, y la posibilidad de adquirirlo

⁴ Archivo: carpeta 02 segunda instancia, sustentación demandante, pdf.

mediante la opción de compra; lo que se garantizaría en caso de hurto del bien haciendo efectiva la póliza “*y con ella el pago del siniestro*”, esto no ocurrió por negligencia de la demandada. Como el contrato terminó y la demandante cumplió sus obligaciones, la convocada debió entregar a la locataria el dinero recibido del pago del siniestro, o ceder las acciones emanadas de la póliza de seguros, pero no realizó ninguna de estas acciones.

Insistió en que obran “*todas las pruebas*” que desvirtúan las objeciones presentadas por la compañía de seguros “*razón por la cual ella debe ser responsable solidariamente con la demandada*”.

II. CONSIDERACIONES

7. Presupuestos procesales

La demanda reúne los requisitos formales, no contiene una indebida acumulación de pretensiones y su trámite se sujetó al rito establecido en la codificación adjetiva, está demostrada la capacidad para ser parte y comparecer al proceso tanto de la parte activa como de la pasiva. Por consiguiente, no existe impedimento alguno para decidir de fondo.

8. Análisis de los cargos contra la sentencia.

Con la limitación que impone el artículo 328 del CGP, procede la Sala al estudio de los puntos de disenso contra la sentencia de primer grado, que reducidos a su esencia persiguen establecer el incumplimiento culposo de la demandada respecto a no insistir ante la aseguradora en el trámite de la reclamación del seguro por la ocurrencia del siniestro del objeto del contrato de leasing.

8.1.- Al respecto, se impone precisar que, para la prosperidad de la pretensión de responsabilidad derivada del incumplimiento contractual, el actor debe acreditar los elementos que la doctrina y la jurisprudencia nacional han considerado comunes para tal afecto, como son: **(i)** que exista un vínculo 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); **(ii) que esta última consista en la inejecución o en la ejecución retardada o defectuosa de una obligación que por mandato de la ley o por disposición convencional, es parte integrante del ameritado vínculo (incumplimiento culposo)**, aunado a que el demandante, a su vez, haya cumplido los deberes que le impone la convención, o que al menos se haya allanado a cumplirlos en la forma y tiempo debidos y, **(iii)** que el daño cuya reparación económica se exige consista, básicamente, en la privación injusta de una ventaja a la cual el demandante habría tenido derecho (daño) de no mediar la relación tantas veces mencionada (relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño).

8.2.- En el caso es asunto pacífico la existencia del contrato de leasing financiero número 200009429, obrante como prueba documental (01cuadernoprincipal, p. 9 a 20 del pdf), convenio ratificado por el representante legal de la demandada al rendir interrogatorio.

Ahora bien, el convenio estipula que el locatario conoce la situación jurídica y material del bien y “*exonera completamente*” a la arrendadora “*por estado de situación jurídica y material de la cosa*”; según la cláusula octava “*de los seguros*” es carga del arrendatario asegurar el bien “*contra todo riesgo previsible*” en particular “*pérdida*” mediante póliza “*a favor de la compañía*” pero “*ni la circunstancia de que la aseguradora objete la reclamación o que manifieste no estar obligada a pagarla, así como la formulación de demandas en su contra para obtener el pago de la indemnización*” suspende las obligaciones del locatario.

Asimismo, conforme la cláusula novena la arrendataria debe permitir “*el uso o goce del bien materia del contrato durante el periodo de su duración... y en consecuencia, se compromete a librar a los locatarios de toda perturbación legítima en el uso y goce del bien, imputable a la compañía*”; así como “*permitirles ejercer la opción de adquisición...si así*

lo manifestare por escrito dentro de los treinta días anteriores al vencimiento del contrato” -se subraya-.

Al tenor de la cláusula décima la locataria es responsable de la pérdida total o parcial del bien “*cualquiera que sea la causa que lo produjere*”, de lo cual debía “*avisar por escrito e inmediatamente*” y cumplir una de tres obligaciones, entre ellas, “*pagar a la compañía el valor de los cánones mensuales de los periodos que aún falten para terminar el contrato a partir del momento en que ocurra el daño o la pérdida, más el de la opción de adquisición*”. Elegida una opción por el locatario, “*con el fin de facilitar el cumplimiento, la compañía acordará con los locatarios, el ejercicio de los derechos derivados de los correspondientes contratos de seguros...*” y si “*el daño del bien, total o parcial, hubiese sido causado por un tercero, la compañía podría ceder sus derechos contra éste a los locatarios, sin que ello implique la suspensión, prórroga o exoneración de las obligaciones a cargo de los últimos*”.

Estipulación que resulta válida según la jurisprudencia civil, como anotó el juzgador de primer grado, ante el marcado carácter financiero de este tipo de negocio, que “*conlleva también que los riesgos por la pérdida parcial o total de la cosa sean asumidos por el locatario-arrendatario, una vez que ha sido perfeccionado el convenio y por ello generalmente hace parte de esta clase de contratos*” lo que se explica, “*en que es esta parte la que detenta materialmente el bien dado en leasing, es ella la que tiene el control sobre el mismo y la que por tanto, puede evitar con más facilidad la ocurrencia de un siniestro, por encontrarse en mejores condiciones de prevenirlo*”⁵.

El representante legal de la demandada al absolver interrogatorio⁶ aceptó el contenido del contrato, explicó que luego del aviso del robo por parte de la locataria y con los soportes arrimados por ella, hizo “*la reclamación del siniestro ante la compañía de seguros Royal Sura, y es negado el reconocimiento*” porque según aquella “*había un tema de*

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. SC9446-2015. Sentencia de junio 22 de 2015. Exp. n° 039-2009-00161-01.

⁶ Audiencia del Artículo 101 del CGP. Minuto 7:58 a 26:01 de la grabación.

irregularidad o ilegalidad en cuanto a la matrícula ante el Ministerio del Transporte”; que tras la objeción “*recibimos del locatario los soportes que nos mandan de una firma Cupotrans, que ellos manejaron para efectos del cupo, se allegaron también a la compañía de seguros, pero ha sido objetada y hasta ahí fue todo el trámite de Compañía Internacional*”; agregó que después no recibió ningún requerimiento posterior de la locataria.

8.3.- El marco fáctico y probatorio descrito coincide con las conclusiones del Juzgador A-quo sobre el hecho de que no existe una convención contractual o una obligación secundaria de conducta, que imponga a la sociedad demandada la carga de persistir en el pago de la indemnización, tras ser objetada por la aseguradora. En otras palabras, no se colige del contrato ni de los términos en que quedó exteriorizada la voluntad negocial la obligación contractual aquí incoada.

Así las cosas, como la litis se encaminó a indagar si se demostró la infracción de una obligación contractual que ocasionó los perjuicios reclamados, y no hay prueba de dicha convención, se confirmará la decisión apelada, máxime cuando la responsabilidad descansó en la omisión de insistir en la reclamación, pero la demandante estaba habilitada para impulsar esa labor, en tanto canceló todos los cánones de arrendamiento, pudiendo acordar con la sociedad demandada el ejercicio los derechos derivados del contrato de seguro, esto conforme la cláusula décima del contrato de leasing; no obstante, prescindió de efectuar solicitud en tal sentido, posterior a la objeción de la compañía aseguradora, lo que desdibuja la culpa atribuida a su contraparte.

En todo caso, el cargo según el cual la póliza de seguro se suscribió para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento financiero no es de recibo. Al respecto, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, aludiendo a doctrina asentada por la Superintendencia Financiera, explicó que “*si bien aquél se celebra en desarrollo de las estipulaciones pactadas en el negocio principal, el objeto del mismo no consiste en garantizar el cumplimiento*”

de las obligaciones por parte del usuario, dado que éste, se limita a la protección de un interés asegurable que recae sobre el bien, sin perjuicio de que el aseguramiento del interés del locatario pueda impactar las obligaciones estipuladas en el contrato de leasing⁷. En esa medida se descarta el referido argumento porque el objeto del contrato de seguro no es avalar ni garantizar el cumplimiento contractual del convenio de leasing.

En suma, no encuentra la Sala demostrado el segundo presupuesto de la responsabilidad civil bajo estudio, pues las cláusulas del contrato de leasing bajo examen no contienen la obligación expresa o tácita de persistir en la reclamación del seguro, lo que descarta la culpa contractual de la convocada, sin que sea menester examinar los demás presupuestos de la responsabilidad contractual por ser estos concurrentes.

9. Conclusión

Así las cosas, el fallo impugnado será confirmado con la imposición en costas procesales en esta segunda instancia a cargo del apelante, por cuenta de la regla prevista en el artículo 365.1 del CGP.

III. DECISIÓN

Por mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en Sala Civil de Decisión, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha y origen prenotados de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Condenar en costas de instancia al extremo demandante. La Magistrada Ponente fija por concepto de agencias en derecho la suma de un (1) salario mínimo legal vigente.

⁷ Ibidem nota 1.

TERCERO: Ejecutoriado, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

MAGISTRADA

LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

MAGISTRADO

JAIME CHAVARRO MAHECHA

MAGISTRADO

Firmado Por:

Adriana Saavedra Lozada
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Luis Roberto Suarez Gonzalez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jaime Chavarro Mahecha
Magistrado
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **37197f0bac4d95f637c545499001431826233371cd1e6bc55030ca6def63ca87**

Documento generado en 14/09/2022 04:25:22 PM

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

Declarativo
Demandante: Samuel Casallas Orjuela y otros
Demandado: Yonson Andrés Rodríguez Bautista
Exp. 036-2015-00842-01

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., catorce de septiembre de dos mil veintidós

En el efecto devolutivo, se admiten los recursos de apelación formulados por la parte demandada y la llamada en garantía contra la sentencia de primera instancia. Por secretaría, contabilícense los términos pertinentes.

Notifíquese,

LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado

Firmado Por:

Luis Roberto Suarez Gonzalez
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: **2d9dfe8aab0d09be75c187e8ae9e0ccee76388c989de4d9354444fd9ffa27315**

Documento generado en 14/09/2022 02:51:45 PM

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

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

**República de Colombia
Rama Judicial**



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

Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

11001-31-03-009-2018-00302-01

Por encontrarse legalmente procedente, el Despacho dispone:

Admitir en el efecto **DEVOLUTIVO**, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en reconvenición, en contra de la sentencia proferida el día 17 de agosto del año en curso, por el Juzgado Noveno Civil Circuito de Bogotá, en el asunto de la referencia.

Una vez cobre ejecutoria la presente decisión, contrólense los términos con los que cuenta la impugnante para sustentar la alzada formulada, conforme lo consagra el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022. Transcurrido dicho lapso, de la sustentación presentada se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días, a fin de que, si a bien lo tiene, se pronuncie frente a las manifestaciones elevadas por el extremo apelante. Por Secretaría, contrólese el mencionado término, a fin de que vencido, se ingrese el expediente al Despacho, con el propósito de emitir la decisión que en derecho corresponda. Las partes deberán allegar el escrito sustentatorio y su réplica, a la dirección de correo electrónico secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.

NOTIFÍQUESE,

**JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado**

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: **bab01f1e54da5ef6bdb83aa681ed8da58a10f9104e7b4386353cb8bb26b457bb**

Documento generado en 14/09/2022 09:03:34 AM

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Bogotá, D. C., catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: RICARDO ACOSTA BUITRAGO

PROCESO : Restitución de Inmueble
DEMANDANTE : Ana Adelina Arévalo de Chacón
DEMANDADO : Néstor Murcia Forero
RECURSO : Queja

ASUNTO

Resuelve el Tribunal el recurso de queja interpuesto, en subsidio de la reposición que formuló el apoderado del tercero opositor Juan Carlos González Calderón en contra de la providencia de 9 de julio de 2020, proferida por el Juzgado 48 Civil del Circuito de esta ciudad, mediante la cual negó la concesión el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 28 de noviembre de 2019.

ANTECEDENTES

El auto recurrido tuvo en cuenta la oposición que formuló Juan Carlos González Calderón dentro del término previsto en el parágrafo del art. 309 del C.G.P. y fijó caución por valor de \$164 000 000 previo a dar trámite al incidente¹.

Contra esta decisión interpuso reposición y, en subsidio, el de apelación², que fue resuelto el 9 de julio de 2020 desfavorablemente y, al tiempo, negó el que se solicitó subsidiariamente por no encontrarse enlistado en el art. 321 del C.G.P.³

¹ Cfr. Carpeta “003CuadernoIncidentedeOposición”, Archivo “001CuadernoIncidenteDeOposición”, folios 19

² Ib. folios 21 y 22

³ Ib. folios 31 y 32

El interesado recurrió esta segunda decisión en reposición y queja en subsidio.

LOS RECURSOS

El censor adujo que el juez de primera instancia indicó que la suma fijada se acompasa con lo señalado en el párrafo del art. 309 del C.G.P.; sin embargo, allí se indica que si la decisión es desfavorable al tercero este será condenado a pagar una multa de 10 a 20 S.M.M.L.V., junto con las costas y perjuicios por lo que la suma señalada es “*arbitraria*” porque va en contravía de la mentada disposición⁴.

El 11 de junio de 2021 el *a quo* confirmó y concedió la queja⁵.

El expediente fue radicado en el Tribunal solo hasta el 22 de agosto de 2022, e ingresó al despacho el 31 del mismo mes y año.

CONSIDERACIONES

Para determinar la viabilidad del recurso de apelación deben cumplirse los siguientes requisitos: interés del apelante, oportunidad en que se interpone y naturaleza de la providencia, es decir, si la misma es o no es apelable.

Para el efecto, se tiene que el art. 309 del C.G.P., regula todo lo concerniente a las oposiciones que pueden formular los poseedores o los tenedores de estos, bien sea, en desarrollo de la diligencia o con posterioridad a ella y, en su párrafo, lo referente a la restitución del bien al tercero poseedor, como ocurrió en el *sub-lite*, sin avizorar que la decisión sobre el monto de la caución para garantizar el pago de las condenas, en caso que le sea desfavorable, sea apelable. Así mismo, en el art. 321 *ibidem* tal determinación no se encuentra enlistada como una providencia susceptible de alzada, pues allí tan solo se contempla

⁴ Ib. folio 34

⁵ Ib. folio 38

para la que fija el monto de la caución a fin de decretar, levantar o impedir una medida cautelar -num. 8-.

Obsérvese que los reparos se encaminaron a cuestionar el exceso en el valor señalado, pero no a indicar por qué consideraba apelable la determinación que la fijó, objeto estudio en la queja (art. 325 C.G.P.). Por lo tanto, admitir lo contrario, sería desconocer el principio de taxatividad que regula la materia, como lo ha promulgado la Corte Suprema de Justicia:

“El recurso de alzada obedece al principio de taxatividad; por ende, no es posible de ser ejercitado contra providencia alguna que previamente el legislador no haya designado expresamente, entendido que debe ser respetado tanto por los operadores judiciales como por los usuarios de la administración de justicia, so pena de irrogarse quebranto al derecho fundamental al debido proceso”⁶, en concordancia con el art. 13 del C.G.P., que pregona que las normas procesales son de orden público y obligatorio cumplimiento “y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.”

Por último, no puede pasar por alto este despacho que el auto objeto de apelación se profirió el 28 de noviembre de 2019 y la reposición concediendo la queja se dictó el 11 de junio de 2021, pero solo hasta el 22 de agosto del presente año se remitió el expediente a la secretaría de esta Corporación con el fin de resolver, lo que deja entrever el incumplimiento del *a quo* a los deberes consagrados en el art. 42 núm. 1 del rito procesal vigente, por lo que se le insta a estar pendiente de las actuaciones secretariales de su despacho para evitar moras tan ostensibles.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá;

⁶ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, AC468-2018, radicado No. 19573-31-03-001-2010-00027-01, fecha 2 de febrero de 2017, MP. Dra. Margarita Cabello Blanco.

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR BIEN DENEGADO el recurso de apelación interpuesto por tercero opositor Juan Carlos González Calderón en contra de la providencia de 28 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado 48 Civil del Circuito de esta ciudad.

SEGUNDO: Devuélvanse las presentes diligencias al juzgado de origen.

NOTIFIQUESE


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

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

MAGISTRADO PONENTE:
LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Proyecto discutido y aprobado en sala ordinaria de decisión del 14 de septiembre de 2022. Acta 43.

Bogotá D.C., catorce de septiembre de dos mil veintidós

Decide el Tribunal el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia emitida el 18 de febrero del año en curso por el Juzgado Once Civil del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso instaurado por Mónica Vidal Saldarriaga contra Gloria Mercedes Hincapié, Germán Hincapié Buitrago y Ángel M. Velasco.

ANTECEDENTES

1. La parte demandante solicitó que se declare la existencia de un contrato de compraventa para el uso del nombre *Gloria Hincapie* para la explotación del servicio de spa, celebrado entre las partes, el cual fue incumplido por los vendedores, razón por la que solicita condena al pago de los perjuicios causados –lucro cesante y daño emergente–, los que estimó en un total de \$279.209.333, junto con intereses moratorios desde el 1 de junio de 2011. De manera subsidiaria imploró que se declare un enriquecimiento sin causa, con las mismas secuelas reparatorias. Como soporte de sus pretensiones relató:

1.1. A finales de 2010, la accionante asistía a programas de ejercicio y masaje en el spa de Gloria Hincapié, enterándose por intermedio de German Hincapié que habían abierto una central de franquicias, con un valor de \$150.000.000 por cada una, de las que Mónica Vidal adquirió la ubicada en

El Salitre (Bogotá). German Hincapié y Ángel Velasco le informaron que, a través de la sociedad *Unica International Corporation*, tenían el uso y licencia de la marca *Gloria Hincapie*, empresa que, al momento de realizar el negocio ya no existía, lo que demuestra el dolo y mala fe de los convocados.

1.2. En febrero de 2011, Ángel Velasco envió formato de contrato –el cual jamás se firmó–, al paso que el 7 de julio de 2011 constituyeron la sociedad Gloria Hincapie SAS, actuaciones orientadas a legalizar el otorgamiento del derecho de explotación que venían realizando sin soporte legal. No obstante, la accionante alcanzó a ingresar al inmueble y realizó los pagos que se le exigieron que llevara a cabo, pero como no se cumplió con la licencia ante el incumplimiento de los demandados, el emprendimiento fracasó y tuvo que cerrar el establecimiento.

1.3. Los demandados son responsables de manera solidaria y deben reparar el detrimento económico causado por la frustración del negocio, en tanto las actuaciones desplegadas por ellos son constitutivas de hechos punibles.

2. Notificados los convocados por medio de curador *ad litem*, este se opuso al éxito de las pretensiones, excepcionando –en esencia– la falta de derecho para reclamar los hipotéticos perjuicios que se denuncian y que la franquicia engendra una obligación de medio y no de resultado.

3. Agotado el trámite de rigor, la funcionaria avaló la existencia del contrato verbal que autorizó a la accionante usar la marca “Gloria Hincapié Salón de Estética y Spa”, en el que los vendedores se obligaron a suministrar el personal administrativo y operativo, los productos, procedimientos y el listado de clientes, por el que aquella pagó \$110´000.000 de los \$150´000.000 convenidos, negocio que estuvo activo por un lapso de siete meses, ante la necesidad de clausurarlo por la baja productividad. Sin embargo, desestimó las pretensiones indemnizatorias al no encontrar prueba de que la obligación asumida por los demandados fuera de resultado; así mismo, le restó

importancia a la inexistencia jurídica de la sociedad *Unica International Corporation*, por cuanto las pretensiones se dirigen contra las personas naturales y no respecto de ella, muy a pesar de que el “acuerdo de opción de franquicia” suscrito el 11 de febrero de 2010, se realizara con *Unica International*, quien no es parte de este contradictorio. Por demás, el fraude denunciado fue desestimado por la Fiscalía.

Por igual, destacó que (i) los actores no realizaron un estudio de mercadeo previo; (ii) el éxito del negocio no es predecible, pues siempre existe un riesgo; (iii) la ausencia de asesoría e inexperiencia de la demandante. En consecuencia, desestimó el incumplimiento de los demandados al no haberse demostrado que “una de las obligaciones del franquiciante fuera garantizar determinadas ganancias mensuales al franquiciado y, de otra, no se demostró que en aquello a que se obligó, haya sido incumplido”.

4. Inconforme con lo así resuelto, la demandante apeló, adosando como reparos los siguientes argumentos que reiteró en esta instancia:

4.1. La valoración probatoria se realizó con el ánimo de proteger a los demandados en detrimento de la actora, dejándose en el olvido que, en consonancia con la probanza aportada, quedó claro que el motivo de la contratación “fue la promesa de capacitación y de la entrega de conocimientos para el desarrollo del negocio, y la demandante confirma que no lo cumplieron”.

4.2. Se ignoró que el consentimiento de la demandante se vició ante el dolo producto de las maniobras engañosas, falsas promesas y compromisos incumplidos, ya que los vendedores se presentaron como una firma internacional para luego vincular a otra empresa “que ni siquiera existía al momento de la negociación”, circunstancias que, de haber sido conocidas, habrían frustrado la negociación, pues ellas garantizaban el éxito de la contratación.

4.3. No hay prueba de que la Fiscalía hubiera decidido que no existió delito, hecho que, de todas formas, “no deslegitima, ni por asomo, la reclamación de los perjuicios y demás pretensiones ante la jurisdicción civil”, dada la autonomía existente entre ellas.

4.4. Ante el fracaso de la acción contractual, procede el probado enriquecimiento sin causa.

4.5. La circunstancia de que hubo otras personas que aportaron dinero para la celebración del contrato no deslegitima a la demandante, pues ella es quien aparece en el mismo.

5. La parte demandada guardó silencio en esta instancia.

CONSIDERACIONES

1. En desarrollo del principio de la normatividad que se predica de los contratos, previsto en los artículos 871 del Código de Comercio y 1602 del Código Civil, las partes quedan atadas no solo a lo que expresamente se obligaron, sino también a todo lo que corresponda a su naturaleza, según la ley, la costumbre o la equidad natural, las que deben cumplirse de buena fe, dentro del término señalado y en la forma pactada, al paso que alejarse de lo dispuesto en esas previsiones genera su incumplimiento, llevándolo a asumir, entre otras consecuencias, el pago de la indemnización de perjuicios que la falta negocial genere. No en vano, “el contrato, además de revestir determinados comportamientos sociales y recoger el conjunto de derechos y obligaciones que los interesados optaron por asumir, reflejo palpable –entre otros aspectos– de su voluntad libre para autodeterminarse, con la connotación de una categoría jurídica que, con apego a las descripciones abstractas de la ley, ha de evaluarse en procura de visualizar eventuales desbordamientos o abusos, ya relacionados con quienes en él intervinieron, o vinculados a los compromisos acordados”¹.

¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia S-081, 15 de agosto de 2008.

Como detonantes de la responsabilidad que se analiza, ha sintetizado la Corte Suprema de Justicia que debe obrar la prueba del incumplimiento de un deber contractual, un daño y una relación de causalidad entre éstos: “Lo primero indica la inexecución de las obligaciones contraídas en el contrato; lo segundo, vale decir el daño, se concreta con la prueba de la lesión o detrimento que sufrió el actor en su patrimonio, porque no siempre el incumplimiento de uno de los extremos del contrato ocasiona perjuicios al otro, pues eventos se dan en que no se produce daño alguno, es por lo que precisamente se tiene cuando se demanda judicialmente el pago de los perjuicios, le incumbe al actor demostrar el daño cuya reparación solicita y su cuantía, debido este último aspecto a que la condena que por este tópico se haga, no puede ir más allá del detrimento patrimonial sufrido por la víctima, carga de la prueba en cabeza del demandante que la establece el artículo 1757 del Código Civil [concordante con el artículo 167 del Código General del Proceso] que dispone que incumbe probar las obligaciones a quien alega su existencia.”²

2. Para dirimir el desconcierto de la demandante exteriorizado en la apelación, debe recordarse que para que las pretensiones en un proceso triunfen es necesario que el interesado lleve la prueba de los hechos base de sus aspiraciones, para lo que la ley colombiana ha entronizado el principio de la libertad probatoria, el cual se hace patente por la enunciación no taxativa de los medios idóneos para formar el “convencimiento del juez”³, que habilita la posibilidad de acudir a cualquier instrumento suasorio lícito para cumplir con tal cometido. Por igual, es directriz inexcusable la valoración integral de las probanzas, pues estas “deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos”⁴, de manera que –en línea de axioma y con la salvedad sentada en el segmento final de la regla citada– la orientación general es la libertad

² Sentencia del 14 de marzo de 1996.

³ Artículo 165.

⁴ Artículo 176.

probatoria y la excepción la evidencia *ad solemnitatem*, lo que explica que las partes están habilitadas para demostrar los supuestos fácticos que soportan su posición particular en el litigio por medio de cualquier elemento de convicción, como lo son los documentos, los testimonios, la confesión, la misma declaración de parte, en la medida que, a través de ella, se puede “conocer de primera mano los hechos que generaron el conflicto. Nadie más que las partes, como protagonistas del debate, pueden dar cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que lo suscitaron”, las cuales constituyen material probatorio y deben valorarse “de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas”; es decir, “conforme a las reglas de la sana crítica y en armonía con los demás medios de convicción”⁵.

3. Critica la recurrente que la valoración de la prueba hubiera estado dirigida a favorecer a los demandados y a perjudicar a la actora, censura que no encuentra respaldo en esta Corporación, por cuanto la funcionaria –de manera pormenorizada– apreció cada uno de los medios demostrativos, otorgándole el mérito que le merecía cada probanza y describiendo de manera objetiva lo que los ponentes manifestaron sobre las circunstancias de celebración y ejecución del contrato objeto de este contradictorio, sin adicionar o restar algún elemento que conllevara a falsear el real trasfondo de esas versiones, tanto así que el recurrente no reporta la entidad de ese defecto, limitándose a reprochar –de manera general– la orientación prohijada. Así las cosas, al disentir de las conclusiones que adoptó la señora jueza, le correspondía al apelante demostrar el error de valoración cometido, para lo que no basta consignar la invectiva dirigida a sentar un favoritismo inexistente en esa evaluación, porque, por el contrario, al no compartir ese epílogo sobre él se posó la carga de demostrar la contra evidencia que surge de ese ejercicio valorativo con la materialidad del elemento de persuasión inspeccionado.

En efecto, la señora jueza asumió cada una de las pruebas practicadas y de manera individual le otorgó su peso demostrativo, extrayendo de él la

⁵ CSJ. Sentencia STC 13366 de 2021

existencia del contrato, el dinero pagado y el fracaso económico, como también la inexperiencia de la demandante, la falta de un estudio de mercadeo, el desarrollo que tuvo el Spa, la entrega del listado de clientes, el apoyo logístico de las esteticistas, etc., ponderación de la que no hay puntual cuestionamiento atendible, siendo dable derivar que ese exhaustivo ejercicio quede indemne de cara la gaseosa tesis de haber privilegiado a alguna de las partes, ya que en esa detracción no hay elementos que demuestren el indebido escrutinio, razón por la cual el reparo no medra.

4. De otro lado, en la sustentación de la alzada se pone especial énfasis en el consentimiento viciado por la actitud dolosa y engañosa de los vendedores y que, por tanto, el contrato “pierde toda validez”, amonestación que se hizo valer en el escrito inicial (hechos 10 y 11), pero de la que no se reclamó alguna secuela anulatoria y aun de estar probado ese argumento, tampoco se puede declarar la infición de carácter relativo que podría afectarlo, en particular porque esa acción tiene un lapso de decadencia que de superarse contrae el saneamiento del defecto. En todo caso el dolo, esto es, “la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”⁶, constituido por las maniobras fraudulentas, engaños, reticencias, utilizadas para timar a otra con motivo de la celebración de un contrato, debe probarse, en tanto él no se presume, salvo los casos expresos en que la ley así lo contempla, figura normativa que, a pesar de habersele calificado como vicio del consentimiento, el “legislador no ignora la verdadera naturaleza del fenómeno en cuestión y así el artículo 1515 del Código Civil no se limita a exigir la presencia del dolo cometido por uno de los contratantes, sino que también mira la influencia o repercusión que aquel tenga sobre el ánimo del otro contratante, bien sea para declarar la nulidad relativa del acto o bien para solo imponer la sanción indemnizatoria que normalmente aparejan las conductas culposas.”⁷

⁶ Artículo 63 C.C.

⁷ CSJ. Cas. Diciembre 15 de 1970.

En este orden, bajo el entendimiento de que la Sala no puede asumir el estudio de la nulidad relativa –porque no se reclamó– y se aceptara que el tema del dolo tiene como propósito estructurar la acción reparatoria, no se advierte que lo prometido por los vendedores –de lo cual no hay prueba de su incumplimiento y si de su cabal satisfacción– raya con el afán de presentar una situación fraudulenta completamente contraria a la realidad que condujera a la contraparte a contratar. Con similar orientación, también decae el tema de la existencia de las empresas que el recurrente plantea como prueba del concierto defraudatorio, pues el contrato se celebró con las personas naturales y no con las sociedades y, por demás:

4.1. A pesar de que se alega que para el momento de celebrar el contrato, *Unica International Corporation* no existía, corroborado –según la demandante– en revisión de “los registros existentes en el estado de la Florida (Estados Unidos), como consta en la web page <http://www.subiz.org>”, tal supuesto no fue acreditado y no es viable su verificación por la sala, comoquiera que el contenido del sitio se encuentra en idioma distinto al castellano y sin traducción oficial, lo que impide tenerlo como prueba al tenor de lo reglado en el artículo 251 del Código General del Proceso.

4.2. Por otro lado, en cuanto a la creación de Gloria Hincapie S.A.S., ese supuesto se presentó con posterioridad al perfeccionamiento del contrato, aspecto temporal que impide su aptitud para gestar engaño en la floración del consentimiento en la compradora al carecer, de manera absoluta, de influencia en la expresión de la voluntad dirigida al acto de contratación, de donde es de rigor concluir que no existió engaño o astucia para sorprender la aquiescencia de la actora, o por lo menos no se comprobó que en la etapa preliminar ello ocurrió y cuál sería la influencia que ello tenía en la ejecución del negocio.

5. Tampoco tiene influencia en la ratificación del proveído impugnado –ni siquiera de manera indiciaria– el hecho cierto del fracaso económico del negocio, pues de una parte, no se trajo al proceso prueba de que el margen

de utilidades que iría a producir el negocio hiciera parte de la prestación prometida, como un auténtico débito de resultado, materia central de la demanda, abandonado en la alzada, la cual no fue batallada por el apelante, silencio argumental que “comporta la aceptación de la providencia y la imposibilidad de revisarla en los aspectos no comprendidos en la alzada”⁸. Y, de otra, porque estaba en cabeza de la compradora la carga de diligencia que la llevara a conocer las particularidades del negocio y no confiarse en las bondades que la contraparte le ofrecía, como alicientes estimulantes de la contratación pero no como obligaciones consensuadas.

Naufrajan igualmente los reproches dirigidos a que la funcionaria desconoció la legitimación de la demandante ante el cuestionamiento de que los demás aportantes al negocio no hubieran demandado, afirmación que simplemente constituyó un comentario al paso, como también lo fue lo relacionado con la actuación de la Fiscalía General de la Nación en la definición de la investigada conducta imputada a los vendedores, referencias que, en rigor, ninguna incidencia tuvieron en la decisión final, razones suficientes para confirmar este segmento de la sentencia.

6. Finalmente, respecto de la *actio in rem verso* que se hizo valer en este contradictorio de manera subsidiaria, ha de recordarse que aparte de la responsabilidad derivada de los contratos y del hecho dañino, en el derecho colombiano el enriquecimiento sin causa constituye otra de las fuentes de las obligaciones, comoquiera que se reconoce que es apenas ético impedir que un patrimonio se afecte por el acrecentamiento de otro sin que haya una razón de derecho que lo justifique, instituto que en materia civil se implementó a partir de su condición de principio general de derecho y, por tanto, su aplicación pendía de la ausencia de ley que gobernara el tema conflictivo. Empero, el legislador mercantil de 1970 lo reguló de manera positiva, circunstancia que trae como consecuencia que adquiera un rango superior dentro de las fuentes formales de derecho, pues ahora es principal

⁸ Sentencia del 9 de julio de 2008.

y, por ende, de aplicación obligatoria por parte del juez, por haber perdido la condición de ser un criterio auxiliar de la gestión judicial.

Dentro de los requisitos para que la citada acción se abra paso se exige que no exista causa jurídica que sustente el desequilibrio patrimonial denunciado, en tanto, de ella obrar, se debe acudir a las acciones que esa fuente normativa prevé para la protección de tales derechos, ya que lo que censura la ley es la mutación patrimonial que carezca de una causa jurídica válida para la adquisición o la extinción de una relación jurídica favorable, habiéndose exigido, desde antaño, “que el demandante, (o sus sucesores) a fin de recuperar el bien carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasi-contrato, un delito, un cuasi-delito, o de las que brotan de los derechos absolutos”, restricción que se justifica, en la medida que “la acción en comento es un típico ‘remedio supletorio’, a fuer de ‘extraordinario’ y, en modo alguno, una vía paralela encaminada a suplir -o a subvertir los recursos y los procedimientos fijados con antelación por el ordenamiento jurídico.”⁹

Así las cosas, como el desequilibrio patrimonial que acusa la parte actora tiene una indiscutible causa jurídica –tanto así que esta fue la base de la pretensión principal, la cual no desaparece o se torna inexistente ante el fracaso probativo declarado–, ello da al traste con la aspiración de la declaración de un enriquecimiento despojado de causa, ya que, “como bien se sabe y se reitera, ésta es eminentemente subsidiaria, pues solo procede cuando no existe otro medio de defensa, toda vez que si este existe, las acciones que deben adelantarse son las que se derivan de esa causa”¹⁰, por cuanto ella “no es sino subsidiaria, o sea, que tiene lugar cuando no haya otra, y si, además, el enriquecimiento que se alega se apoya en una de las fuentes de las obligaciones, será imposible lograr el reembolso para quien lo haya sufrido, es decir, para quien haya experimentado el empobrecimiento...”¹¹, insistiéndose que para que opere la figura es

⁹ Corte Suprema, sentencia del 1 de noviembre de 1.918, citada en la sentencia S-124 de 1999

¹⁰ CSJ. Sentencia de 16 de febrero de 1996.

¹¹ CSJ. Sentencia de 28 de septiembre de 2010.

necesario que se haya probado la falta de causa como elemento esencial para la operancia del principio que pretende impedir que las personas se enriquezcan torticeramente a expensas de otra, porque para estos efectos causa y título cumplen la misma misión”¹², razones suficientes para ratificar este segmento de la decisión.

Resueltos los concretos reparos formulados por el apelante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. Confirmar la sentencia impugnada.

SEGUNDO. Sin costas en esta instancia.

Notifíquese,

LUIS ROBERTO SUAREZ GONZALEZ

Magistrado ponente

JAIME CHAVARRO MAHECHA

Magistrado

ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

Magistrada

Firmado Por:

Luis Roberto Suarez Gonzalez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

¹² CSJ. Sentencia junio 7 de 2002.

**Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

**Adriana Saavedra Lozada
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

**Jaime Chavarro Mahecha
Magistrado
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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

Código de verificación: **61991e8a3c7d3d78364eea00dfda3920328d96d28bfeae4eb6771b17080175dd**

Documento generado en 14/09/2022 04:06:19 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
SALA CIVIL DE DECISIÓN
Rad. 110013103016201900674 01**

Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Atendiendo a la solicitud de prueba solicitada por la parte demandante¹, se advierte que la misma no serán decretadas, por las razones que a continuación se exponen:

Es del caso recordar que el legislador dispuso el decreto de pruebas en el trámite de segunda instancia, únicamente en los eventos definidos en el artículo 327 del C. G. del P., siempre y cuando se encuentre en cualquiera de los siguientes casos: *“1.- Cuando las partes las pidan de común acuerdo; 2.- Cuando decretadas en la primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió; 3.- cuando versen sobre hechos ocurridos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrarlos o desvirtuarlos; 4.- cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito, o por obra de la parte contraria; y, 5.- si con ellas se persigue desvirtuar los documentos de que trate el ordinal anterior”*.

En el presente caso, la parte demandada solicita se decreten las siguientes pruebas con fundamento en los numerales 3 y 4 del artículo 327 *ejusdem*:

“(…) Convocatoria a Asamblea General Extraordinaria de Socios de fecha 17 de marzo de 2022, dentro de la sociedad de hecho conformada por sin nombre, conformada por ELVIRA ALONSO DE VARGAS, JUAN DAVID VARGAS ALONSO, LUIS MIGUEL VARGAS ALONSO y LUIS ALEJANDRO VARGAS

¹ Archivo denominado “02. Solicitud de Pruebas” ubicado en la carpeta “04. Memoriales” del expediente digital.

ALONSO.

Poder especial, conferido por la señora ELVIRA ALONSO DE VARGAS a la doctora NORMA STELLA FORERO BERNAL y al doctor FABIO HERNANDO CASTRO FORERO como apoderado suplente, el día 23 de enero de 2022, para representarla en la Asamblea General Extraordinaria de Socios convocada el día 17 de marzo de 2022.

Acta de Asamblea General Extraordinaria de Socios realizada el día 23 de marzo de 2022, dentro de la sociedad de hecho sin nombre, conformada por ELVIRA ALONSO DE VARGAS, JUAN DAVID VARGAS ALONSO, LUIS MIGUEL VARGAS ALONSO y LUIS ALEJANDRO VARGAS ALONSO.

Documento de fecha 9 de abril de 2022, que contiene la novación al contrato de arrendamiento firmado el 01 de mayo de 2002 y prorrogado durante 20 años.

Carta de fecha 27 de abril de 2022, donde se le informa al señor LUIS MIGUEL VARGAS ALONSO el retiro de su calidad de administrador del Local 102 del Edificio Multifamiliar Malonsor PH, ubicado en la Calle 14 N° 10 – 61 de la ciudad de Bogotá, identificado con matrícula inmobiliaria N° 50C-1370665, así como las demás decisiones tomadas en la Asamblea General Extraordinario del 23 de marzo de 2022.

Carta de Fecha 27 de abril de 2022 donde se le informa al señor LUIS MIGUEL VARGAS ALONSO el retiro de su calidad de administrador del Fondo Familiar, así como las demás decisiones tomadas en la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas el día 23 de marzo de 2022.

Certificación de envío por correo certificado de las Cartas del 27 de abril de 2022 informándole al señor LUIS MIGUEL VARGAS ALONSO de la decisión de retiro de su calidad de administrador del Local 102 del Edificio Multifamiliar Malonsor PH, ubicado en la Calle 14 N° 10 – 61 de la ciudad de Bogotá, identificado con matrícula inmobiliaria N° 50C-1370665 y del Fondo Familiar, así como las demás decisiones tomadas en la

Asamblea General Extraordinario del 23 de marzo de 2022.

Relación de correos electrónicos entre LUIS MIGUEL VARGAS ALONSO (lumiva13hotmail.com) y JUAN DAVID VARGAS ALONSO (jd_vargas@hotmail.com) defecha4 y5deenerode2022.

Relación de correos electrónicos entre LUIS MIGUEL VARGAS ALONSO (lumiva13hotmail.com) y JUAN DAVID VARGAS ALONSO (jd_vargas@hotmail.com) de fecha 5 de enero de 2022 y 6 de mayo de 2022. (...)".


Sin embargo, más allá de la enunciación de las causales que pretende hacer actuar, no indicó los fundamentos fácticos que respalden su requerimiento, de suerte que al no advertirse que la solicitud encaje en los precisos supuestos de la normativa en cita se hace perentoria su negativa. Por lo expuesto, se

RESUELVE

PRIMERO. NEGAR el decreto de la prueba pedida por el extremo demandante, por las razones indicadas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. En firme ingrese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


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: **ee43246ac8b44c34f8505d902846fcb9a4b298ef03aba81493a155091f53d0ea**

Documento generado en 14/09/2022 01:04:54 PM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ - SALA CIVIL
Rad. 110013103018202100296 01**

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

I.- ASUNTO

Resuelve el Tribunal la solicitud de aclaración y corrección contra la decisión adoptada el 07 de julio de 2022 por esta Corporación, en la cual se dispuso confirmar el auto del 13 de septiembre de 2021.

II.- ANTECEDENTES

La parte demandante solicita se corrija la mencionada providencia, a fin que se logre el saneamiento de error y se disponga la admisión de la demanda.

III.- CONSIDERACIONES

Dispone el artículo 285 del Código General del Proceso lo siguiente:

“La 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.

En las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La aclaración procederá de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia.

La providencia que resuelva sobre la aclaración no admite recursos, pero dentro de su ejecutoria podrán

interponerse los que procedan contra la providencia objeto de aclaración.”. (Subrayado por la Sala).

En igual sentido el 286 de la misma obra reza

“Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto.

Si la corrección se hiciera luego de terminado el proceso, el auto se notificará por aviso.

Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella”. (Subrayado por la Sala)

De acuerdo con el contenido de las normas citadas, en el caso que ocupa la atención del despacho, de la simple lectura de la providencia del 07 de julio de 2022, cuya corrección se pide, se observa su improcedencia, toda vez que no se atisba yerro que resulte necesario subsanar y que lo realmente pretendido no es corregir un error, sino que se revoque por completo la decisión adoptada para en su lugar acceder a los motivos de apelación por el accionante.

Lo anterior, por cuanto no puede olvidarse que la facultad de corregir la decisión en modo alguno permite que se modifiquen los aspectos fácticos o jurídicos de la decisión que impliquen un cambio del contenido jurídico sustancial de la misma, y como quiera que lo pretendido por el memorialista es reabrir el debate ya estudiado para que se proceda a ordenar la admisión de la demanda presentada, tal pedimento resulta ajeno a la naturaleza de la corrección y adición de providencias, lo que torna el mismo improcedente.

Deviene de lo anotado, que al no darse alguno de los supuestos previstos en los artículos 285 y 286 del Estatuto de los Ritos Civiles, no es de recibo la solicitud formulada, motivo por el cual no se

accederá a ella.

Notifíquese y Cúmplase,



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: **4772871a85ba8060d5af928291bd5c8f3f5fec1cd0126c9a2dfb92e287daf716**

Documento generado en 14/09/2022 01:04:53 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 BOGOTÁ D.C. Sala Civil

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Expediente No. 020201300667 01

Para resolver los recursos de reposición interpuestos por Allianz Seguros S.A. y la señora María Rosa Patiño Caro contra los autos de 15 de julio pasado, bastan las siguientes,

Consideraciones

1. Un primer planteamiento de los recurrentes consiste en que debió corrérseles traslado para sustentar; de alguna manera aceptan que no alegaron en esta instancia, porque estaban a la espera de una decisión que concediera esa oportunidad. Sin embargo, tal suerte de argumento pasa por alto que el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, en su inciso 3º, es suficientemente claro al señalar que, “**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**” (se resalta y subraya), lo que significa que dicho término comienza a correr – indefectiblemente- al día siguiente de la fecha en que causa firmeza la providencia que admitió la apelación, excluyendo así, el propio legislador extraordinario, la posibilidad de que el magistrado emita un auto para que el plazo transcurra.

Con otras palabras, si el término para sustentar el recurso despunta por mandato legal y no por disposición judicial, resulta incontestable que no existe fundamento para revocar los autos impugnados, so pretexto de no haber corrido el plazo respectivo.

2. Un segundo alegato, relativo a lo que ambas partes expusieron ante el juzgado de primera instancia, impone recordar que el recurso de apelación contra sentencias tiene –en la ley– tres momentos claramente identificados, como lo ha precisado la jurisprudencia: “(i) su interposición y (ii) la formulación

de reparos concretos, éstas ante el a quo, y (iii) la sustentación que corresponde a la exposición de las tesis o argumentos encaminados a quebrar la decisión, conforme a los reparos que en su oportunidad se formularon contra la providencia cuestionada”¹.

Si no se sustenta dicho recurso, tanto el Código General del Proceso como el Decreto Legislativo 806 de 2020 prevén que “se declarará desierto” (art. 14, cfme. C.G.P., art. 322, num. 3º).

Por su importancia es útil destacar en este punto que, aunque bajo el régimen temporal establecido en el Decreto 806 de 2020, el trámite de apelación – cuando no se solicitan pruebas– es escrito en lo que concierne a la sustentación, contradicción y definición (lo que autoriza afirmar que la carga de sustentación puede cumplirse en forma escrita y atenderse de manera anticipada ante el juez de primera instancia²), no es posible, en todo caso, confundir los reparos contra la sentencia con la sustentación del recurso, como lo precisó la Corte Suprema de Justicia:

4.4. De este modo, cierto es que el cambio de la realidad que trajo la emergencia sanitaria conllevó a que se abandonara, momentáneamente, la necesidad de sustentar oralmente el recurso de apelación, para ser suplida por el sistema de antaño, esto es, que las inconformidades de los apelantes contra las providencias judiciales se formularan por escrito y así proteger bienes tan trascendentales como la vida y la salud de los usuarios y funcionarios de la justicia.

(...) Bajo esa perspectiva, en vigencia del Decreto Legislativo 806 de 2020, si desde el umbral de la interposición de la alzada el recurrente expone de manera completa los reparos por los que está en desacuerdo con la providencia judicial, no hay motivo para que el superior exija la sustentación de la impugnación, de lo contrario, si los reproches realizados apenas son enunciativos, desde luego, el juez deberá ordenar el agotamiento de esa formalidad, conforme lo previsto en la normatividad señalada.³

En el caso bajo análisis, el apoderado de la señora María Rosa Patiño Caro pretende que los reparos que formuló se consideren sustentación, con lo cual pretende desconocer su propio acto, puesto que en su escrito ante el juez expresamente señaló que precisaba “brevemente los reparos concretos” contra la decisión, sobre los cuales versaría –en sus palabras– “la

¹ Cas. Civ. STC 8909 de 21 de junio de 2017

² Cas. Civ. Sentencia STC5790 de 24 de mayo de 2021.

³ Cas. Civ. STC5497 de 18 de mayo de 2021.

sustentación del recurso ante el superior” (cdno. ppal., archivo 14, p. 284), como lo autoriza el inciso 2º del numeral 3º del artículo 322 del C.G.P. Más aún, consecuente con su anunció, se limitó a cuestionar la aplicación de una norma sustantiva y la valoración de dos pruebas, sin desarrollar los argumentos. Luego, si la misma parte reconoció que su memorial no era sustentación, y si –teniendo la carga– no radicó escrito de sustentación, lo procedente era pronunciar la deserción, la cual, ello es medular, genera unos efectos sustanciales para la contraparte, provocados por el comportamiento de la apelante.

De otro lado, en cuanto a la impugnación de Allianz Seguros S.A., en el escrito presentado ante el juez de primer grado, referidos al régimen de responsabilidad y el límite máximo de responsabilidad del asegurador, es evidente que se trata de reparos, como lo confirma su contenido, circunscritos como estuvieron a cuestionar el juicio de imputación (a partir de jurisprudencia que no se refirió y a un “análisis y valoración probatoria” que el impugnante tampoco adelantó), y a señalar que hay falta de claridad sobre el límite de la suma asegurada, resaltando que sólo está obligada al pago de intereses “sobre la totalidad de los rubros de condena si no los sufraga, cuestión que es contradictoria con el numeral segundo que declaró probada la excepción” planteada (cdno. ppal., archivo 14, pp. 289, 291 y 292). Sin embargo, el apelante quedó en deuda con las explicaciones y argumentos que justificaran esos reproches.

3. Por lo expuesto, el Tribunal **mantiene** los autos recurridos.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Marco Antonio Alvarez Gomez

Magistrado

Sala 006 Civil

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

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

Código de verificación: **3940f2808ba90fd637df06b8835dcf73f90d767ad21013a96622002a59c344a2**

Documento generado en 14/09/2022 10:02:07 AM

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

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

Declarativo
Demandante: Nelson Orlando Feliciano Rodríguez
Demandado: Manuel Orlando Vélez Parra
Radicado: 21-2019-00144-01

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CIVIL

MAGISTRADO PONENTE:

LUIS ROBERTO SUAREZ GONZALEZ

Proyecto discutido y aprobado en sala ordinaria de decisión del 14 de septiembre de 2022. Acta 43.

Bogotá, catorce de septiembre de dos mil veintidós

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia emitida el pasado veintiocho de julio por el Juzgado Veintiuno Civil del Circuito, dentro del proceso adelantado por el señor Nelson Orlando Feliciano Rodríguez contra Manuel Orlando Álvarez Parra.

ANTECEDENTES

1. Pretende el demandante que se declare que el señor Álvarez Parra –promitente vendedor– incumplió el contrato de compraventa que lo vinculaba con el demandado, el cual recayó sobre el tracto camión de placas SRL-488 –que identifica por sus características–, cuyo precio ascendió a la suma de \$165.000.000 del que se pagó la cantidad de \$150.000.000, justificando la no satisfacción de la solución del saldo pendiente en que, con posterioridad a la celebración del convenio, se enteró de que existía una denuncia penal al haberse matriculado con un solo cupo dos automotores, hecho ocultado dolosamente por el demandado, motivos por los que solicitó la resolución del contrato con la consecuente indemnización de perjuicios.

2. Emitido el auto admisorio de la demanda y notificada la pasiva, esta presentó oposición a las pretensiones en la que aceptó algunos hechos, narró su particular posición respecto de otros y formuló excepciones apoyadas en la falta de legitimación por activa, la inexistencia de los

perjuicios reclamados y el incumplimiento de su contraparte, alegando que el actor no cumplió lo de su cargo, pues no realizó el traspaso del automotor recibido en parte de pago del precio ni tampoco canceló la suma de \$15.000.000 convenidos en el contrato. De igual manera, objeto el juramento estimatorio, del cual criticó que no fue incorporada prueba alguna que respaldara lo allí afirmado.

3. Surtida la audiencia regulada en el artículo 372 adjetivo, agotada la etapa probatoria y presentados los alegatos de conclusión, la señora jueza de instancia declaró que concurrían los presupuestos procesales, la existencia del contrato y, por tanto, la legitimación en causa de las partes. Acto seguido, se pronunció sobre la condición resolutoria o la posibilidad del cumplimiento forzado que brota del incumplimiento de lo pactado y, descendiendo al caso concreto, valoró que el demandante no cumplió con parte del pago del precio porque no hizo el traspaso de una camioneta –el cual debía realizar en el término de cuatro meses contados a partir de la fecha del contrato–, ni tampoco satisfizo los últimos 15 millones a pagar en tres cuotas de \$5.000.000 a partir del 26 julio de 2016.

Así mismo, reportó que el demandado tenía el deber de efectuar el traspaso en el mismo plazo de cuatro meses, prestación que tampoco ejecutó, resultado que extrajo de la literalidad del convenio y del interrogatorio de parte de los contendientes. Con relación a la excusa del actor –fundada en que en el mes de octubre de 2017 se enteró de la investigación adelantada en la Fiscalía– para no realizar el traspaso y el no pago del saldo, la desestimó en tanto ello ocurrió un año después de que debía asumir el débito contraído, acopio demostrativo que la llevó a declarar el mutuo incumplimiento, porque ninguno de ellos está en mora, dado que las obligaciones insatisfechas eran simultáneas y, retomando la nueva doctrina de la Corte, afirmó que a pesar de esas faltas contractuales ellos pueden acudir a la resolución pero sin indemnización de perjuicios, comoquiera que no es aconsejable dejarlas en la indefinición, por lo que declaró el finiquito del contrato.

A continuación, procedió a dirimir el tema de las restituciones mutuas, dentro de las que ordenó que, en un plazo de quince días, la devolución del camión y a su contraparte la camioneta y de los \$115.000.000 pagados, “en el estado en el que lo recibieron, salvo el deterioro natural”, orientación que habían pactado los contrincantes en el mes de enero de esta anualidad, la cual ellos no cumplieron. Ante la situación de no existir parte vencida los absolvió de la condena en costas.

4. Inconformes con lo así resuelto, las partes apelaron. El demandante ofreció como reparos en la audiencia que él no es contratante incumplido, pues entregó el dinero y el automotor ofrecidos, explicando que no traspasó la camioneta ante el incumplimiento del demandado –la cual calificó como una fuerza ajena– quien, de mala fe y dolosamente, trató de disponer de un tractocamión que tenía vicios ocultos, por lo que no puede aplicarse igual carga a los contratantes. Para esta instancia hizo especial énfasis en los vicios ocultos que, de haber sido conocidos, lo habrían llevado a abstenerse de contratar.

El demandado cuestionó la posibilidad de cumplimiento de la restitución del tractocamión por no detentarlo demandante y ante la existencia de terceros que pueden alegar derechos sobre este. Además, porfió en que hubo una medida cautelar de embargo de un inmueble, materia sobre la que no se pronunció la juzgadora, sumado a que obró abuso del derecho al demandar, circunstancias que exigen condena en perjuicios, cúmulo de críticas que reprodujo en esta instancia, adicionando que debió levantarse la medida cautelar decretada, polémica que se dirime al compás de las siguientes

CONSIDERACIONES

1. En el orden jurídico nacional se llama a responder a los sujetos de derecho por el desconocimiento o insatisfacción de obligaciones que por convenio estaban a su cargo, nacidas de la ley, del negocio jurídico o de cualquier

convención válida, las cuales son vinculantes para ellas, quedando atadas a su observancia. En su defecto, se genera la situación patológica del incumplimiento que lo lleva a asumir las consecuencias patrimoniales desfavorables, entre otras al pago de la indemnización de perjuicios que la falta negocial genere, dando lugar a “la responsabilidad llamada ‘contractual’, concreta por esencia, [la cual] juega de ordinario entre personas que se han ligado voluntariamente y que por lo mismo han procurado especificar el contenido de los compromisos emergentes del negocio por ellas celebrado...”¹.

De lo explicado resulta que, acordadas entre las partes las cláusulas contentivas de los elementos esenciales y naturales del negocio, como las accidentales que a bien tengan incorporar –se insiste– ellas deben ser satisfechas en los términos que se previeron con el fin de lograr el cometido que en el plano económico y jurídico la figura escogida es útil, en franco desarrollo de los principios de buena fe y lealtad sustancial. Por el contrario, el apartarse de esos cánones genera responsabilidad, pues no en vano “el contrato, además de revestir determinados comportamientos sociales y recoger el conjunto de derechos y obligaciones que los interesados optaron por asumir, reflejo palpable, entre otros aspectos, de su voluntad libre para autodeterminarse, connota una categoría jurídica que, con apego a las descripciones abstractas de la ley, ha de evaluarse en procura de visualizar eventuales desbordamientos o abusos, ya relacionados con quienes en él intervinieron, o vinculados a los compromisos acordados”².

2. Ahora bien, en protección del poder vinculante del contrato la ley civil prevé la posibilidad de reclamar la resolución del negocio, mecanismo que opera “...cuando uno de los contratantes cumplió debidamente con lo pactado o se allanó a cumplirlo dentro del plazo o modo estipulados, y cuando el otro, por un acto de su voluntad, no obstante el cumplimiento de la contraparte, cuando es el caso, ha dejado de cumplir con lo pactado, en la forma y tiempo

¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia 001 del 19 de febrero de 1999.

² Corte Suprema de Justicia. Sentencia S-081 del 15 de agosto de 2008.

debidos”³. Esa hipótesis también habilita –si así lo expresa el interesado– la reparación del detrimento que acredite le fue causado, pues este derecho alternativo de demandar la resolución con indemnización de perjuicios se fundamenta “en la reciprocidad de derechos y obligaciones nacidos para las partes en la celebración del contrato bilateral y procede en el caso de que una de las partes deje de cumplir lo pactado, si la otra lo ha cumplido o se allana a cumplirlo”⁴.

3. En el caso que ocupa la atención de la sala, la funcionaria de conocimiento resaltó que el incumplimiento –que en el escrito inicial se atribuyó a la demandada– en realidad provino de ambos extremos, porque: (i) El demandante confesó no haber realizado el traspaso de la camioneta ni el pago de los \$15.000.000, sin aceptar el pretexto de que ello ocurrió porque se percató de un problema asociado con la legalidad del vehículo, en tanto ese defecto se detectó un año después del momento en que debía cumplir con esas obligaciones. (ii) El demandado no hizo el traspaso del tractocamión, para lo cual contaba con el mismo plazo para formalizar la transferencia del automotor objeto de la compraventa. Consecuentemente declaró la resolución, pero bajo la presencia de ese cuadro factual y, en armonía con esa atestación, negó la indemnización de los perjuicios, en la medida que ninguno de los extremos está en mora.

En desacuerdo con el fallo, el demandante aduce que sí cumplió con sus obligaciones, porque el convocado recibió la camioneta “a su entera satisfacción y en el estado mecánico en que se encontraba para esa fecha y que el pago de los \$15.000.000 estaba supeditado a que el vendedor cumpliera con sus cargas, a lo que agregó –*in extenso*– reflexiones orientadas a alegar que existía un vicio oculto que impidió materializar la compraventa, al paso que el demandado pone en duda la viabilidad de restitución el tractocamión debido a que existen terceros que pueden alegar derechos sobre este, agregando que se debe ordenar el levantamiento de la medida cautelar y condenar a la parte actora en perjuicios por la práctica de

³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 16 de marzo de 1988.

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 2 de noviembre de 1964.

la misma. La anterior contextualización es útil porque, de conformidad con lo previsto en los artículos 320, 322 y 328 del Código General del Proceso, los reproches extractados limitan el ámbito de estudio del Tribunal, claro está, sin perjuicio de las eventuales decisiones que deban adoptarse de oficio.

4. Para resolver la censura del accionante, lo primero que hay que poner de presente es que en el escrito inicial lo que se pretendió fue la resolución del proceso bajo el supuesto del incumplimiento de la demandada, infracción contractual que –en criterio del señor Feliciano Rodríguez– justificaba la condena por perjuicios, frutos y cláusula penal. Esos pedimentos se respaldaron en la celebración del negocio, la entrega de \$115.000.000 en efectivo y otros \$35.000.000 representados en un automotor, agregando que el saldo restante de \$15.000.000 se condicionó al traspaso del tractocamión, lo cual finalmente no se hizo porque el señor Álvarez Parra ocultó la existencia de un gravamen que limitaba el dominio de ese último automotor, definido en un proceso penal “en donde certifican que están matriculando dos vehículos con un solo cupo”, exposición a la que no se adosó ninguna consecuencia en torno a la validez de la convención, secuela que, aunque tampoco se hace valer en la alzada, sí se sugiere con la insistente evocación de los “vicios ocultos”.

Expresado de otra manera, el demandante ofrece una novedosa perspectiva para analizar la problemática, comoquiera que al incumplimiento de su contraparte ahora busca agregarle al litigio, como causa para pedir, la presencia de esos vicios ocultos que en el diseño original de la demanda no constituyeron el móvil para cimentar sus pretensiones, propósito que, por supuesto, hace improcedente acceder a ese análisis, ya que la apelación no es el escenario para modificar el escrito inicial. En este orden de ideas, el Tribunal no estudiará ese inédito argumento, en la medida que –como tal– no es susceptible de valoración en la segunda instancia, pues el examen del conflicto con base en esa alteración –conforme lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia– personifica una trasgresión del debido proceso del demandado, porque “de manera súbita y extemporánea, se emplaza al

opositor para que se pronuncie sobre aspectos que jamás integraron la plataforma jurídica y fáctica que caracterizó el litigio”⁵, como la eventual concurrencia de un vicio, en particular porque la acción para su atestación tiene un lapso de decadencia que, de superarse, contrae el saneamiento del defecto.

5. En cuanto a la crítica que el accionante desarrolla en lo atañadero al cumplimiento de las obligaciones, pronto se advierte el fracaso de la censura, para lo que basta poner de relieve que:

5.1. De acuerdo con lo estatuido en la ley civil los contratos son ley para las partes y estas quedan atadas no solo a lo que en aquel se expresa, sino a lo que le corresponda por la naturaleza de la obligación, lo que le pertenezca en virtud de la ley y que su ejecución se realice de buena fe (arts. 1602 y 1603). Por consiguiente, es preciso verificar los puntuales compromisos que surgen de la negociación que –para lo que importa al proceso y al no existir duda sobre la entrega de los \$110.000.000 en efectivo– consistían en la entrega de la camioneta al vendedor, de la cual, además, el demandante se comprometió “a entregar los documentos del vehículo en un plazo máximo de cuatro meses a partir de la fecha”, mientras que el saldo de \$15.000.000 “se cancelará en 3 cuotas mensuales de \$5.000.000...a partir del 26 de julio de 2016”, débitos que la falladora tuvo por no acreditados.

5.2. En la apelación, el señor Feliciano Rodríguez indicó que el vehículo se entregó a satisfacción del demandado y que los \$15.000.000 no se pagaron porque ese desembolso estaba condicionado al traspaso del tractocamión, argumentos de los que se desprende que: (i) El primero de ellos nada cuestiona acerca de la falta de acreditación de la entrega de los documentos del vehículo dado en parte de pago, actuación que –de acuerdo con lo reglado en el contrato– era necesaria, sin que bastara la entrega material para el agotamiento de esa carga. (ii) No es cierto que la satisfacción

⁵ Sentencia del 7 de septiembre de 2006.

del saldo del precio hubiera quedado subordinado a la materialización de la compraventa, requisito que no se indicó en la cláusula citada, la cual –en todo caso– contempló la necesidad de realizar el desembolso faltante en 3 instalamentos, ninguno de los cuales se demostró y, por el contrario, fue confesado por el demandante que no las pagó⁶, cuotas que debían sufragarse los días 26 de julio, agosto y septiembre, data esta última en la que, de forma simultánea, tendría que hacerse el último pago y el traspaso del tractocamión, no existiendo duda en torno a que ninguno de esos adeudos se acató y que ninguno de ellos podía escudarse en el incumplimiento de la contraparte para justificar el propio.

6. De lo hasta ahora comentado fluye como consecuencia la falta de fundamento para el decaimiento del convenio en la forma solicitada por el demandante, ante el mutuo y recíproco incumplimiento de los extremos del acuerdo de voluntades –y no solo del convocado, como se pretendió–, situación de hecho que, dentro del ideario de justicia, reclama una respuesta eficiente a esa recíproca conducta que desate el nudo al que quedan atadas las partes, como lo concluyó la falladora y no fue reprochado por ninguna de las partes, silencio frente al que se recuerda que aun cuando ambos extremos son apelantes, la habilitación del juez de segundo grado para resolver sin limitaciones “se encuentra referida únicamente a los puntos de ‘toda la sentencia’ sobre los cuales los alzados coinciden en formular reparos. No involucra, por tanto, lo que es pacífico para los contenientes”⁷, tal y como se refleja en este caso, pues la orientación adoptada no fue criticada y los recursos tienen direcciones distintas, de allí que ese punto ingresa a la segunda instancia sin reproche alguno.

De todas formas, no está de más memorar que, de acuerdo con la doctrina judicial vigente, ese colofón obedece a la aplicación analógica del artículo 1546 del Código Civil, dado su inocultable entronque con “la insatisfacción proveniente de una sola de las partes” hipótesis que “prevé como solución,

⁶ Carpeta 001. Documento 006. Min 1:06:30.

⁷ SC3781-2021

al lado del cumplimiento forzado, la resolución del respectivo contrato”, de allí que en tal precepto “subyace la idea de que frente a toda sustracción de atender los deberes que surgen de un acuerdo de voluntades, se impone la extinción del correspondiente vínculo jurídico”⁸. No obstante, pese a la viabilidad de resolver el contrato en esas contingencias, no puede perderse de vista que en las ocasiones en que el incumplimiento es recíproco las partes no están en mora y la alternativa de procurar el cumplimiento de la obligación principal o la resolución, no incorpora la indemnización de perjuicios⁹, así que, a pesar de la destrucción de esa relación jurídica y las restituciones concedidas por la falladora de primer grado, no hay lugar al reconocimiento de la reparación económica ni la imposición de la sanción convencional, razones suficientes para confirmar este segmento de la determinación atacada.

7. Ahora bien, el reproche afincado en que el fallo deja a las partes en un “limbo”, debido a que el señor Feliciano Rodríguez no tiene en su poder el automotor que se le ordena devolver y que es posible que terceros reclamen derechos sobre el bien, este también fracasa porque como se evidencia en el contrato de compraventa ambas partes dejaron constancia de haber recibido los vehículos a los que se aludió en el documento; es decir, la camioneta y el tractocamión, contingencia que también se confesó por el demandante –aunque agregó que la había dejado en una compraventa y que esta fue negociada–¹⁰. Adicionalmente, don Nelson Orlando se ha presentado como poseedor del comentado tractocamión ante las autoridades de tránsito¹¹, sin que al debate se haya traído prueba de la desposesión del actor ni de la presencia de derechos de terceros que pudieran hacer nugatoria la observancia de esa orden, quedando esa afirmación en el plano especulativo y, por ende, carente de motivo para modificar el apremio.

8. En lo relacionado con el alegado abuso del derecho, es preciso evocar que su materialización exige, “desde luego, la existencia de un derecho, sólo

⁸ Corte Suprema de Justicia. SC5430-2021.

⁹ Ib.

¹⁰ Carpeta 001. Documento 006. Min 1:12:45.

¹¹ Carpeta 001. Documento 001. Páginas 84-85.

que su ejercicio se realiza sin sujeción estricta a los fines económicos y sociales para el cual fue establecido, y al margen de los límites que el mismo ordenamiento jurídico señala”, lo cual puede ocurrir “cuando las medidas cautelares que a instancia suya se practican son excesivas, a pesar de lo cual las mantiene...”¹². Sin embargo, la Sala no evidencia que se haya actualizado el uso desmedido del mecanismo judicial, porque si bien se perfeccionó el embargo sobre un inmueble del convocado, de ese solo acontecimiento no se desprende un comportamiento desproporcionado, injusto e ilegal frente a su contraparte, quien se limitó a afirmar sobre esa materia que la medida “afecta los intereses del demandado y terceros que no han podido realizar ninguna negociación sobre el bien afectado”, sin evidencia alguna –al menos en el marco de este debate– de la realidad de la frustración de algún negocio.

Tampoco hay justificación de esa atestación con la genérica acusación de que la demanda “se formuló bajo unos supuestos fácticos y jurídicos que carecen de valor”, en tanto: (i) El fracaso de las pretensiones no genera automáticamente la conclusión de que haya existido un abuso del derecho – conforme ya se anotó– ya que, de ser así, ello edificaría, en la práctica, una indebida restricción para acceder a la administración de justicia. (ii) En el caso concreto, la improsperidad de la acción no obedece a la exposición de supuestos fácticos “que carecen de valor”, no ajustados a la realidad ni – mucho menos– se demostró su falsedad, al paso que los fundamentos de derecho no reflejan alguna tergiversación del ordenamiento. Cuestión distinta es que no triunfó la consideración de que el único incumplido fue el demandado, de quién –en todo caso– también se predica el incumplimiento.

No empece lo expuesto, ante el resultado del proceso una de las secuelas naturales que se erige es el levantamiento de las medidas cautelares practicadas, pues fracasaron las pretensiones de la demanda, en lo que se complementará el fallo de primer grado. Pero no habrá condena en perjuicios, porque ese epílogo se reserva para los casos expresamente

¹² Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 24 de enero de 2005. Exp. 1994-2131.

señalados en el Código General del Proceso, de los cuales el precepto que más se asimila a este asunto es el regulado en el artículo 597.5, según el cual esa declaración procede “si se absuelve al demandado en el proceso declarativo...” causal que no se ajusta a cabalidad a la determinación porque tal consecuencia no se configura, al establecerse el incumplimiento de ambos extremos y la resolución del negocio que celebraron.

9. Finalmente, no es procedente la imposición de la sanción prevista en el artículo 206 del estatuto adjetivo, correctivo que tiene lugar cuando la cantidad estimada excediere el cincuenta por ciento (50%) de la que resulte probada y cuando se nieguen las pretensiones por falta de comprobación de los perjuicios, siempre y cuando, en este último evento la falta de esa prueba “sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”, puntual descripción normativa que deja en evidencia su restrictivo campo de implementación. Aplicados esos lineamientos de la norma en cuestión al caso concreto, fluye como conclusión que no es procedente imponer el correctivo, ya que los pedimentos no tuvieron cabida ante la desatención contractual de ambas partes, o sea, la carencia del derecho a ser indemnizado, hipótesis que –presentada de otra manera– corresponde a la ausencia del derecho sustancial, contingencia que la ley procesal no sanciona de manera expresa.

En mérito de lo expuesto la sala civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Adicionar la sentencia de primera instancia para ordenar el levantamiento de las medidas cautelares practicadas. Proceda el *a quo* a librar los oficios comunicando esta determinación.

SEGUNDO: En lo restante, confirmar el fallo impugnado.

TERCERO: Ante el fracaso de la alzada del demandante y el parcial éxito del argumento relativo al levantamiento de las medidas cautelares no hay condena en costas en esta instancia.

Notifíquese,

LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado Ponente

JAIME CHAVARRO MAHECHA

Magistrado

ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

Magistrada

Firmado Por:

Luis Roberto Suarez Gonzalez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Adriana Saavedra Lozada
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jaime Chavarro Mahecha
Magistrado

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

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

Código de verificación: **fb638d2d7dc8d1a08cb89a575b18fa0031241fb4b2a0f4cb4d11170024a9a404**

Documento generado en 14/09/2022 04:06:32 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. Sala Civil

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Rdo. 022201900824 02

Se admite el recurso de apelación que la parte demandante interpuso contra la sentencia de 24 de junio de 2022, proferida por el Juzgado 22 Civil del Circuito de la ciudad dentro del proceso de la referencia.

Oportunamente, retorne el proceso al Despacho.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Marco Antonio Alvarez Gomez

Magistrado

Sala 006 Civil

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

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

Código de verificación: **ece4fc9c849b2e7d30c02123b0409e7daf60f8fc5f2c2b54ebeeaaca420f394a**

Documento generado en 14/09/2022 10:03:41 AM

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

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

Exp.: 022201900824 02

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

Bogotá, D. C., catorce de septiembre de dos mil veintidós.

Magistrado Ponente: **Germán Valenzuela Valbuena**

Radicado: 1100 1310 3023 2014 00330 01 - **Procedencia:** Juzgado 2° Civil Transitorio del Circuito.
Proceso: Jesús Edgar Papamija Diago. vs. Mauricio Vives Carrillo.
Asunto: Apelación sentencia
Aprobación: Sala virtual; Aviso N.º 34-22
Decisión: Revoca parcialmente.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 22 de octubre de 2020¹, proferida por el Juzgado 2° Civil del Circuito Transitorio de Bogotá.²

ANTECEDENTES

1. Jesús Edgar Papamija Diago instauró demanda en contra de Mauricio Vives Carrillo, con el propósito de que:

- (i) Se declarara que entre los litigantes se celebró el contrato que denominaron ‘cesión de derechos’ respecto del lote No. 38 de la Parcelación ‘Valle Verde’ de la ciudad de Cali;
- (ii) Se declarara que el demandado recibió por el negocio jurídico la cifra de \$110.500.000;
- (iii) Se declarara que el convocado incumplió la convención, y
- (iv) En consecuencia, que se dispusiera la resolución del contrato de cesión; se condenara al demandado a la restitución de \$110.500.000, más

¹ Asunto asignado al magistrado sustanciador por reparto del **16 de agosto de 2022**.

² Fallo por escrito en aplicación de lo dispuesto por la Ley 2213 de 2022, por medio de la cual se estableció la vigencia permanente del Decreto 806/20, normativa por la cual se adoptaron medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de la justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

intereses moratorios e indexación en los términos planteados en el libelo.³

2. Como fundamento de sus pretensiones el demandante adujo:

a. Que en el año 2003 se conformó una sociedad de hecho entre los señores Papamija Diago y Vives Carrillo, en la que cada uno de las partícipes realizó un aporte de US\$83.000 para la compra de un inmueble ubicado en la ciudad de Miami (EUA).

b. Que los dineros fueron administrados por Mauricio Vives Carrillo, quien los invirtió en la compra del bien denominado 'Trump U. 1803'. Posteriormente el convocado celebró una permuta que consistió en la entrega del predio en mención por valor de (US\$288.924), recibiendo 34 locales comerciales del centro comercial Megacentro de Bogotá, cada uno en razón de US\$8.520.

c. Que como parte de pago por las utilidades de la compra inicial y de la posterior explotación de los locales comerciales, el demandado cedió a Jesús Edgar Papamija los derechos que tenía sobre el lote de terreno ubicado en la Parcelación 'Valle Verde' de la ciudad de Cali, firmando el respectivo documento el 28 de mayo de 2010, negocio que se contrajo por la suma de \$110.500.000, cifra que el demandado reconoció estar adeudando, pero no quiso satisfacer los compromisos que adquirió.

d. Que el 9 de marzo de 2012 se adelantó en el Juzgado 18 Civil Municipal de Bogotá interrogatorio de parte como prueba anticipada, diligencia en la que Mauricio Vives Carillo reconoció el contenido del contrato de cesión, como la firma que impuso al documento, y además

³ Página 40 del archivo '01CuadernoPrincipal'.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3023 2014 00330 01

aceptó que la cesión de contrato era para sufragar al accionante la deuda que tenía para con éste.

3. El demandado fue legalmente notificado y dentro del término contestó la acción en su contra, se opuso a las pretensiones y formuló la excepción que denominó: inexistencia del negocio jurídico deprecado. Al respecto señaló que el contrato de cesión no se ha perfeccionado porque debía ser aceptado por Blanca Nubia Hoyos, ‘representante de la destinataria’.

Aceptó que entre las partes existe una relación comercial que nació de la compra del apartamento 1803 del edificio Ocean Trump de la ciudad de Miami, pero que fue el accionante y su esposa quienes suscribieron el contrato donde aportaron USD\$83.000, comprometiéndose a pagar US\$224.885,⁶⁵, pero como no tuvieron los recursos acudieron al demandado quien ofreció sus servicios para conseguir un crédito financiero y poder saldar el dinero adeudado.

Que seguidamente se hizo un canje del inmueble con algunos locales del centro comercial Megacentro de Bogotá, y las partes se reunieron para cruzar cuentas pero no pudieron llegar a un acuerdo. En el 2010 el accionante acudió a las oficinas del demandado ‘*a fin de que por algún medio el señor Vives le ayude a solucionar un problema económico*’, para lo cual se le ofreció la cesión de los derechos del inmueble ubicado en Cali con la obligación para el convocante de retornar una cantidad de \$70.000.000. En esencia, se alega que en verdad no existe ningún tipo de cesión y lo que está pendiente es la liquidación del contrato de sociedad de hecho.

4. El a-quo, en auto de 16 de julio de 2018, ordenó la vinculación al contradictorio de la Constructora Incon S.A., que obró como vendedora

Apelación Sentencia: 1100 1310 3023 2014 00330 01

del inmueble objeto del contrato de cesión objeto del proceso. No obstante, dada la prosperidad de la excepción previa de falta de legitimación que formuló, la sociedad fue excluida de la actuación mediante proveído de 20 de mayo de 2019⁴.

LA SENTENCIA APELADA

Declaró no probada la excepción de mérito. A su vez, declaró que entre las partes se celebró un contrato de cesión sobre el lote 38 de la Parcelación ‘Valle Verde’ de la ciudad de Cali, negocio del que dispuso su resolución por el incumplimiento de la parte demandada con las obligaciones que adquirió. Y en consecuencia, le ordenó que pagara a Jesús Edgar Papamija Diago la cifra de \$280.824.560.

Al efecto señaló que la existencia del contrato de cesión de derechos está demostrado con: el documento firmado por las partes el 28 de mayo de 2010, circunstancia aceptada al contestar la demanda; el interrogatorio de parte que absolvió el extremo pasivo; y con la prueba anticipada que se practicó en el Juzgado 18 Civil Municipal de Bogotá.

Seguidamente analizó el negocio objeto del litigio, para precisar que el cedente –acá demandado-, se obligó a transferir al cesionario el 100% de los derechos y obligaciones que le correspondieran sobre el lote N.º 38 de la Parcelación ‘Valle Verde’ de la ciudad de Cali, compromiso que – en sentir del *a-quo*- Mauricio Vives Carillo no honró, puesto que en otro negocio cedió su derecho a un tercero, esto es, al señor Rosalino Mina Mendoza.

⁴ Páginas 23-25 del archivo ‘01CuadernoExcepcionesPrevias’.

Frente a la excepción de mérito, el juez destacó que no hay lugar a la alegada inexistencia de la convención, para lo cual reiteró que el negocio jurídico *“en ciernes fue aceptado por el demandado tanto en la contestación de la demanda como en el interrogatorio, pacto al que hicieron referencia los testigos Aurora Tulia Urbano Montenegro, María Herminda Bohórquez y Sonia Patricia Quevedo”*, y que si bien los testigos hicieron referencia a la relación comercial que tuvo como fin la compra de un apartamento en la ciudad de Miami EE. UU., *‘no lo es menos, que las pretensiones vienen enderezadas, es al contrato de cesión’*.

Por último, y en lo que respecta al ‘daño’, el juez reseñó que en el contrato de cesión quedó plasmado que *‘a la fecha en que se suscribió se abonó el 100 del capital’* esto es, la suma de \$110.500.000, argumentación que, sumada a lo que dijo la testigo Sonia Patricia Quevedo, le sirvió de sustento para concluir que se acreditó el *‘desembolso con ocasión del negocio de marras’*, por lo que ordenó al demandado la devolución de la cifra en mención, la cual indexó. Para finalizar, denegó el reconocimiento de intereses de mora.

LA APELACIÓN

1. Expone la parte demandada que el juez no analizó todas las pruebas, puesto que obvió el pronunciamiento que realizó la Constructora Incon S.A., sociedad que señaló que *‘no es cierto que hubiese rechazado el documento de cesión’*, sino que el accionante nunca se hizo presente para *‘hacer exigible la misma’*.

En la apelación se reitera la tesis plateada en el escrito de oposición a la demanda, esto es, que el negocio de la compra del apartamento en Miami

Apelación Sentencia: 1100 1310 3023 2014 00330 01

sí existió, solo que Jesús Edgar Papamija Diago fue quien en un principio intentó materializar el contrato, pero tuvo que acudir a Mauricio Vives Carillo dado que aquél no poseía la suma que tenía que pagar al proyecto y que era cercana a los US\$200.000. Agregó que de los interrogatorios de parte se extrae que los litigantes concuerdan en que el demandado administró el apartamento y posteriormente lo permutó por unos locales comerciales de un centro comercial, por lo que en realidad lo que existe es una sociedad de hecho sin liquidar y se encuentra pendiente una rendición de cuentas.

Que el contrato de cesión emergió de una necesidad económica de Jesús Edgar Papamija mientras se cruzaban las cuentas de la sociedad de hecho, pero el convocante desistió de este último contrato, puesto que devolvió el documento, hecho que se prueba con los interrogatorios de parte y los testimonios, además de que confesó que nunca entregó ni pagó a su contraparte suma alguna por concepto de la cesión de contrato y *‘no existe por consiguiente, ninguna base jurídica para imponer condena dineraria a mi representado derivada de ese contrato de cesión de derechos’*.

2. El extremo demandante ejerció su derecho a la réplica, a cuyo efecto expuso los argumentos por los cuales la sentencia se debe mantener.

CONSIDERACIONES

1. Definido el marco dentro del cual se desenvuelve el conflicto jurídico conocido en vía de apelación, así como el sentido de la sentencia de primer grado y la inconformidad respecto de ella por parte del apelante, para resolver la alzada se tiene que a la luz del artículo 1602 del C.C. *“Todo contrato es una ley para las partes, y no puede ser invalidado*

Apelación Sentencia: 1100 1310 3023 2014 00330 01

sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”, postulado que recoge el principio de legalidad de los actos jurídicos, y que complementa el artículo siguiente al acoger el principio de la buena fe, a cuyo tenor “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”.

A partir de ahí, el derecho privado consagra las disposiciones encargadas de dotar a los contratantes cumplidos de acciones en que hagan valer su conducta de observancia a los compromisos adquiridos en la realidad negocial, frente al desacato del co-contratante; y entre ellas, se encuentran la condición resolutoria tácita para todos los contratos bilaterales, la acción de cumplimiento forzado, la ejecución defectuosa, o la simple mora en el honramiento de la prestación. Y en esa multiplicidad de hipótesis es viable acumular o reclamar la indemnización de los perjuicios.

Así, en términos generales, el supuesto de hecho en que se subsume el incumplimiento de un contrato, apareja el surgimiento de una acción a favor de la parte cumplida para solicitar, ya la ejecución del deber de conducta debido, o la resolución del vínculo negocial; y en una u otra hipótesis, para acumular o reclamar la indemnización de los perjuicios que usualmente son consustanciales a la mora. Empero, para que prospere una acción bajo estos parámetros es preciso que concurren ciertos presupuestos sin los cuales la pretensión derivada de una supuesta inobservancia negocial no se abre paso. A este propósito, concuerdan la doctrina y la jurisprudencia en que las exigencias son las siguientes:

- a. Existencia de un contrato bilateral válido.

- b. Exigibilidad de las prestaciones.
- c. Que el demandado haya incumplido una obligación principal en forma grave.
- d. Que quien ejercita la acción haya cumplido sus obligaciones, a menos que el cumplimiento de estas dependan del cumplimiento anterior de las de la contraparte.

2. Descendiendo al caso en concreto la sala observa que no hay discusión, a tal punto que no existe reparo en la impugnación, en el hecho de que entre los señores Jesús Edgar Papamija Diago (cesionario) y Mauricio Vives Carrillo (cedente), se celebró el 28 de mayo de 2010 el negocio que denominaron ‘*cesión de derechos*’, puesto que así lo prueba el documento que recoge la voluntad de las partes⁵, y la aceptación de su contenido por parte del acá demandado, tanto en la prueba anticipada que se adelantó en el Juzgado 18 Civil Municipal de Bogotá, como en el interrogatorio de parte que rindió en el *sub lite*.

Ahora bien, en ese contrato el demandado cedió ‘*en favor del cesionario el ciento por ciento (100%) de los derechos y las obligaciones que le corresponden o le pudieran corresponder como promitente comprador según promesa de compraventa firmada el 16 de marzo de 2010 entre el cedente y Constructora Incon S.A., en relación con el Lote número 38 de la Parcelación Valle Verde. El Cesionario manifiesta que conoce el inmueble que le ha sido Cedido, los derechos y obligaciones que se le ceden en virtud de este acuerdo; conoce y acepta los orígenes y condiciones de la negociación y el estado actual de la misma al igual que el contenido de la promesa de compraventa*’. Es decir, transmitió su posición negocial en el contrato preparatorio que había suscrito con la Constructora Incon S.A.

⁵ Página 8 del archivo ‘01CuadernoPrincipal’.

Asimismo está demostrado que el lote 38 de la Parcelación Valle Verde ubicado en la ciudad de Cali, fue vendido a un tercero, esto es, al señor Rosalino Mina Mendoza, pues así lo corrobora: (i) un nuevo de contrato de cesión en el que participó Mauricio Vives Carrillo; (ii) la E.P. N.º 2259 de 15 de junio de 2012, de la Notaría 21 de Cali, donde el derecho de dominio del predio le fue transmitido a ese tercero; y (iii) con el certificado de tradición y libertad del inmueble identificado con la M.I. N.º 370-825803.⁶

De lo referido indudablemente se sigue que Mauricio Vives Carrillo no cumplió con los pactos que adquirió para con Jesús Edgar Papamija Diago, en lo que concierne al contrato de cesión de 28 de mayo de 2010, pues no otra conclusión conlleva que hubiera cedido su posición negocial sobre el lote 38 de la Parcelación Valle Verde de Cali, pero que posteriormente suscribiera un negocio de similares características con Rosalino Mina Mendoza, en cuya virtud finalmente el fundo objeto de tales negociaciones fue vendido por la constructora a dicho tercero. En esencia, se cedió el contrato preparatorio para la adquisición del bien, se pagó la totalidad del precio, pero la pretensa venta no fue celebrada entre el demandante y la Constructora Incon S.A.

En la apelación se repara en que el convocante nunca hizo efectivo el contrato para con el vendedor del predio, de quien se dice desistió del negocio en razón de que devolvió el documento contentivo de la convención; no obstante, de lo que dan cuenta las pruebas es que el acuerdo entre Papamija Diago y Vives Carrillo sí se contrajo, contrario a la exposición base de la única excepción de fondo que el accionado formuló al contestar la demanda, y ese hecho, acreditado en el proceso,

⁶ Páginas 2-15 del archivo '01CuadernoExcepcionesPrevias'.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3023 2014 00330 01

impedía al inicial titular de la promesa de contrato para la adquisición del predio, firmar una posterior cesión con un tercero, hasta tanto no se cancelara el contrato de 28 de mayo de 2010, ya fuera por mutuo acuerdo, o por orden judicial.

En síntesis, el demandado cedió dos veces la promesa de venta que suscribió con la Constructora Incon S.A., pese a que inicialmente se obligó con Jesús Edgar Papamija Diago, motivos por los que el tribunal confirmará la sentencia de primera instancia en lo que respecta a la existencia del contrato y a su resolución dado el incumplimiento del demandado.

2.1. Sin embargo, la sala revocará el ordinal cuarto de la sentencia de primera instancia, en el que se condenó a Mauricio Vives Carrillo al pago de \$280.824.560, correspondiente a la suma de \$110.500.000 indexada.

Lo anterior puesto que si el efecto principal que subyace a la resolución de un contrato es que el estado de cosas debe retornar a la situación en la que se encontraban las partes antes de su celebración, en este caso se tiene que el pago de la cifra en mención y que tuvo como fin el contrato de promesa de venta que fue cedido, ya había sido honrado por el mismo demandado incluso previo a la cesión, por lo que es ilógico que deba restituir una suma de dinero que sufragó directamente a la Constructora Incon S.A., sin que en el expediente se encuentre probado que Jesús Edgar Papamija Diago dio a su contraparte suma alguna que deba ser restituida en razón del contrato de cesión, ello al margen de las otras negociaciones que ligen a las partes, asunto para el cual el tribunal no tiene competencia para pronunciarse, puesto que el objeto del diferendo está atado exclusivamente al referido contrato de cesión firmado el 28 de mayo de 2010.

Y es que si en la misma cesión se estipuló que el precio de la venta — negocio cedido-, fue de \$110.500.000 y que para el 28 de mayo de 2010 ya se había abonado el 100% del valor para la adquisición del fondo, es dable entender que Mauricio Vives Carrillo había honrado la totalidad del dinero. Por demás, aunque se pactó que los pagos realizados por el cedente no le serían reembolsados y quedaban a favor del cesionario, lo cierto es que la convención -incluso ese preciso acuerdo-, deviene sin ningún valor dada la resolución que el tribunal confirmará, por lo que, se repite, lo que procede es dejar a las partes en la misma condición en la que estaban antes del contrato y, para ese instante, lo que se tiene es que el demandado fue quien canceló el precio para la compra del bien ubicado en la ciudad de Cali.

El alegato del extremo convocante es que la cesión de derechos se realizó para salvar alguna parte de los dineros que su co-contratante le debía en razón de la adquisición de un apartamento en los Estados Unidos de América, para lo cual se constituyó una sociedad de hecho, unión de esfuerzos en la consecución de un fin común que no fue desconocido por el accionado, puesto que aceptó que en verdad se asociaron para obtener un provecho en conjunto con la comercialización del inmueble ubicado en el extranjero; sin embargo, de lo que no hay certeza es de la extensión y particularidades que le sobrevinieron a la compra del apartamento de la ciudad de Miami, pues contrario a la postura del apelante, que se repite, asumió que la cesión de derechos se celebró para saldar débitos anteriores, el demandado expuso que el negocio se contrajo para solventar una crisis económica de su asociado, pero que sigue pendiente de liquidar la sociedad de hecho y rendir las cuentas respectivas.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3023 2014 00330 01

La perspectiva de los litigantes sobre el negocio para la compra del apartamento del Edificio Ocean Trump en Miami, no constituye un aspecto sobre el cual la sala tenga competencia para pronunciarse, lo que conllevaría quebrantar el principio procesal de la congruencia (art. 281 Cgp), habida cuenta que en la demanda no se elevaron pretensiones al respecto, ni se invocó la figura de la coligación de contratos. Se reitera, aún a riesgo de fatigar, que la discusión giró en torno a un negocio de cesión de derechos que el demandado incumplió, pero del que no se probó que la contraparte haya pagado suma alguna, sin que en el contexto propio del negocio de 28 de mayo de 2010 las partes incluyeran algún tipo de cláusula en la que se hiciera referencia a la compra del inmueble ubicado en los Estados Unidos de América. En síntesis, las partes, producto de la resolución que se confirma, deben volver a la situación anterior a la cesión de derechos, donde al parecer se mantiene latente la discusión sobre la existencia y liquidación de una sociedad de hecho.

3. En consecuencia de todo lo dicho, se revocarán los ordinales cuarto y séptimo de la sentencia apelada; en lo demás se confirmará la decisión. Ante la prosperidad parcial de la demanda, las costas de primera instancia serán a cargo del demandado en un 50% de las que sean tasadas por el a quo. Y dado el éxito parcial de la alzada, no se impondrán costas en segunda instancia.

DECISIÓN

En mérito de 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:

Apelación Sentencia: 1100 1310 3023 2014 00330 01

1°) REVOCAR el ordinal cuarto de la sentencia apelada, proferida el 20 de octubre de 2020 por el Juzgado 2° Civil del Circuito Transitorio de Bogotá.

2°) REVOCAR el ordinal séptimo de la sentencia apelada, y en su lugar, se condena en costas a la parte demandada en un 50% de las que sean liquidadas por el a-quo.

3°) En todo lo demás, se **CONFIRMA** la sentencia apelada (ordinales primero, segundo, tercero, quinto, sexto y octavo).

4°) Sin costas en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

Los Magistrados,

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

ÓSCAR FERNANDO YAYA PEÑA JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO

Radicado: 1100 1310 3023 2014 00330 01

Firmado Por:

German Valenzuela Valbuena

Magistrado

Sala 019 Civil

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

Oscar Fernando Yaya Peña

Magistrado

Sala 011 Civil

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

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: **a221e69fe006d2236700ab256cfc45403acf055b1b9433e9c2765b80a65fea3a**

Documento generado en 14/09/2022 02:39:38 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. 110013103025201900485 01**

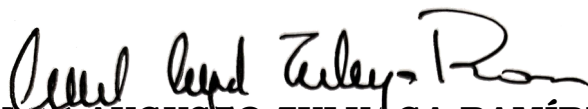
Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Ingresadas las diligencias al Despacho, el despacho dispone:

PRIMERO: REQUERIR una vez más a la parte demandante a efectos que en el término de ejecutoria, aporte la documental ordenada en auto del 26 de agosto de la presente anualidad.

SEGUNDO: En atención a la solicitud presentada por la apoderada del demandado Hemato-Oncólogos, debe memorarse que una vez cancele los honorarios ante la Universidad Nacional a efectos de realizar la prueba ordenada, es ese claustro universitario, el que le indicará el profesional que realizará el mismo.

Notifíquese y Cúmplase,


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: **4ce0a460ef00e8310f25f3edc4e478303c88ed85558570fe2e69cc5043e4c21a**

Documento generado en 14/09/2022 01:04:52 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., catorce (14) de septiembre de dos mil
veintidós (2022).*

*REF: ORDINARIO DE LIBERTY SEGUROS VIDA
S.A. contra TRANSPORTES ESPECIALES ENOC MEJÍA & CIA. S.C.A. y
CHUBB DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. Exp. 2013-00022-
02.*

*MAGISTRADO PONENTE: JORGE EDUARDO
FERREIRA VARGAS.*

*Discutido y aprobado en Salas de Decisión del 17 de
agosto y 14 de septiembre de 2022.*

*Se decide el recurso de apelación interpuesto por la
demandante contra la sentencia proferida el veinticinco (25) de mayo de dos
mil veintidós (2022) por el Juzgado 51 Civil del Circuito de Bogotá.*

I. ANTECEDENTES

*1.- El día 19 de diciembre de 2012 (pág. 69. Archivo
01Cuaderno Principal), LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A., a través de
apoderado judicial, demandó a TRANSPORTES ESPECIALES ENOC MEJÍA
& CIA. S.C.A. y CHUBB DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.,
pretendido que se declare (i) civilmente responsable a la primera del accidente y
consecuente invalidez de Jesús Albeiro Ramírez Paladines; (ii) que la demandante
tiene derecho a repetir en contra de las demandadas por las sumas de dinero que
ha tenido que pagar con ocasión del accidente de tránsito; (ii) que se condene al
pago de las suma de \$303'045.696.00, por concepto de prestaciones asistenciales,
\$39'253.619.00, correspondiente a las incapacidades temporales,
\$192'858.697.00, por las mesadas pensionales reconocidas y \$702'683.402.00,
por la reserva del capital que debió constituir para atender el pago de dicha
prestación económica, junto con la respectiva indexación y los intereses de mora
liquidados desde la ocurrencia del accidente; (iv) que con ocasión del contrato de
seguro que amparaba los riesgos de responsabilidad civil la compañía
aseguradora demandada está en la obligación de reconocer dichas sumas de
dinero. (págs.. 54 a 55, ib).*

*2.- Las súplicas se apoyan, en síntesis, en los hechos
que seguidamente se citan (fls. 52 a 54, ib.):*

2.1.- Refiere que el día 29 de julio de 2004 en la glorieta de Incauca en la vía que comunica a los municipios de Miranda y Candelaria (Valle del Cauca) se presentó un accidente de tránsito entre los vehículos CAX-856 afiliado a la empresa demandada y YAD-100 asociado a la Cooperativa de Motoristas del Cauca.

2.2.- Indica que el accidente se produjo cuando el primero de los automotores en referencia conducido por Jairo Lozano, ingresó a la vía sin adoptar las medidas de precaución y sin respetar la prelación del otro vehículo.

2.3.- Manifiesta que como consecuencia de dicha colisión Jesús Albeiro Ramírez Paladines, quien laboraba con la sociedad Incauca S.A. y se desempeñaba como ingeniero de taller agrícola y quien iba a bordo del vehículo que originó el accidente, sufrió múltiples heridas que derivaron en la invalidez y pérdida de la capacidad laboral.

2.4.- Aduce que la precitada víctima se encontraba afiliada al Sistema General de Riesgos Profesionales con Liberty Seguros de Vida S.A. y que dicho accidente fue catalogado como de origen laboral, por lo que se dispuso el pago de las prestaciones asistenciales que demandó su atención por la suma de \$303'045.696.00, más \$39'253.619.00, por incapacidad temporal y \$192'858.697.00, por mesadas pensionales, así como la reserva que se vio obligada a constituir para garantizar el pago de esa prestación económica por valor de \$702'683.402.00.

2.5.- Expresa que de conformidad con lo previsto en los artículos 1096 y 1100 del C.Co., 12 del Decreto 1771 de 1994, la Ley 776 de 2002, se encuentra facultada para repetir en contra del tercero responsable de la contingencia; para la data en la que ocurrió el siniestro el vehículo de placas CAX-856 se encontraba amparado con la póliza de automóviles expedida por CHUBB DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., distinguida con el No. 43029902, siendo beneficiaria la sociedad TRANSPORTES ESPECIALES ENOC MEJÍA & CIA S.A., de modo que dicha aseguradora está obligada a atender, reconocer y pagar las sumas pretendidas.

3.- Enterada la Transportadora demandada del auto admisorio de la demanda (pág. 108, ib), se opuso a la prosperidad de las pretensiones, presentó llamamiento en garantía en contra de CHUBB de Colombia Compañía de Seguros S.A. y Seguros Colpatria S.A., así mismo, propuso excepciones de mérito que tituló: “prescripción”; “hecho de un tercero”; “exceso en las pretensiones”; “ausencia de demostración de la cuantía pretendida” y la innominada (pág. 172 a 191, ib).

3.1.- Así mismo, notificada la aseguradora del extremo pasivo (pág. 274, ib) también se mostró inconforme con las pretensiones, propuso excepciones de mérito que denominó: “la póliza de seguro ... cubre solamente en exceso de los límites establecidos como primarios en la póliza de responsabilidad civil contractual y del Soat”; “prescripción

extintiva de las acciones directas o indirectas provenientes del contrato de seguro”; “inoperancia de la subrogación en favor del demandante”; “excesiva e infundada tasación de pretensiones” y la genérica (págs. 284 a 287,ib).

3.2.-Seguros Colpatria S.A. se opuso al llamamiento efectuado y formuló las excepciones de “prescripción de acciones y derechos derivados del contrato de seguro”; “límites de responsabilidad del asegurador”; “violación de garantías e incumplimiento de obligaciones” (Cuaderno 02LlamadoGarantia).

4.- Surtidas las etapas de rigor, inicialmente bajo la normatividad del Código de Procedimiento Civil, se citó a audiencia para el 25 de mayo del año en curso, oportunidad en la que se escucharon los alegatos de conclusión y se dictó sentencia que negó las pretensiones, decisión que no compartió el extremo demandante, por lo que interpuso la alzada que ahora se revisa.

II. FUNDAMENTOS DEL FALLO ATACADO

5.- El Juez a-quo al iniciar su fallo se relevó de exponer los antecedentes del litigio, conforme se lo permite la normatividad procesal. Así, tras verificar la competencia, capacidad de las partes y ausencia de irregularidad que anule lo actuado, señaló que el problema jurídico consistía en determinar si la aseguradora demandante estaba legitimada para repetir contra las demandadas por el valor pagado al señor Jesús Alberto Ramírez Paladines. En caso afirmativo analizar si los convocados están obligados civilmente a indemnizar a la pretensa subrogataria los perjuicios correspondientes.

Para solucionar el problema planteado, inició por recordar la figura de la subrogación prevista en el artículo 1656 del Código Civil, así como lo atinente a la misma en materia de seguros consignada en los artículos 1096 y 1100 del Código de Comercio, éste último, referente al seguro en accidentes de trabajo.

Enseguida, argumentó que acaecido el accidente de trabajo el trabajador cuenta con una doble garantía y protección legal, de una parte está la protección objetiva que brinda el sistema de seguridad social integral, en este caso por medio del subsistema de riesgos laborales en cabeza de la ARL, en caso de accidente de trabajo o enfermedad de origen laboral, garantizándoles una atención en salud, pago de subsidio por incapacidad, una indemnización permanente parcial o el reconocimiento y pago de pensiones, bien de invalidez o de sobrevivientes, entre otros prestaciones. De otra parte, también cuenta el trabajador con el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo como la indemnización plena del trabajador, por culpa patronal.

Con posterioridad, señaló que, si bien al tenor del canon 12 del Decreto 1771 de 1994 es posible que las ARL puedan repetir contra

el tercero responsable de la contingencia profesional, deben analizarse si en cada evento se cumplen los presupuestos propios de la subrogación, aspecto que ha sido analizado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en sentencia del 2014, reiterada en el fallo SC 295-2021, especificándose que la procedencia del citado mecanismo depende de varios requisitos, tales como, que la obligación que se satisface debe ser ajena, que la persona que paga debe afectar su propio patrimonio, que la obligación debe aparecer como susceptible de ser trasladada a persona diferente de quien era acreedor es decir, el crédito satisfecho será de aquellos que permita ser transferido.

Entonces, trasladados esos razonamientos al caso en estudio, concluyó que la subrogación pretendida por Liberty, actualmente Seguros Bolívar S.A. no opera, comoquiera que aquella no saldó una obligación que le fuera extraña y además lo hizo con unos recursos que por ley le entregan los empleadores para proceder a cancelar las prestaciones. En tal sentido, recordó que los valores reconocidos por la ARL fueron por prestaciones médicas asistenciales, las cuales estaba compelida a asumir conforme lo prevé el Decreto 1295 de 1994; por incapacidad temporal, así como mesadas pagadas por pensión de invalidez, auxilios que la ley impone a la administradora de riesgos laborales. De igual forma, la reserva para el pago de la pensión que se reclama es una carga que se le impone a dichas entidades por el Estatuto Financiero y, de todos modos, son sumas que pueden o no pagarse, inciertas en el futuro por lo que no resulta lógico, autorizar un recobro.

Finalmente, aseguró que aunque lo expuesto es suficiente para determinar la ausencia de legitimación de la aseguradora, debe también atenderse que dado que los pagos que se efectuaron se hacían con cargo a las cotizaciones de los empleadores, ordenar el recobro afectaría el principio del no enriquecimiento sin causa.

III. EL RECURSO

6.- Alega la parte recurrente, en compendio, que se debe revocar el fallo atacado, por razón que la sentencia recurrida desconoce el principio constitucional establecido en el artículo 230 Superior que señala que los Jueces en las providencias solo están sometidos al imperio de la ley, y que la jurisprudencia es solo criterio auxiliar de la actividad judicial. En su parecer, se acogió un precedente de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que contiene fallas interpretativas, y no representa la posición unificada y reiterada de la jurisprudencia en torno a la subrogación, sin permitir un debate con los argumentos expuestos por la parte actora.

En ese sentido, resaltó que la naturaleza de las Administradoras de Riesgos Laborales es la de fungir como gestoras de recursos públicos del sistema de seguridad social, por tal motivo el ejercicio de las acciones de subrogación les permite perseguir y recaudar, en beneficio del sistema general de riesgos laborales, frente a los responsables de las

contingencias laborales, los valores que el sistema debió proveer para atender eventualidades generadas las acciones omisiones de estos. Por tanto, en ejercicio de esta facultad y deber administrativo que le fuera delegado a las administradoras de riesgos laborales éstas no obtienen ni buscan su propio enriquecimiento o el incremento de su patrimonio, acción que recalcó se encuentra expresamente permitida por el artículo 12 del Decreto 1771 de 1994. Tal naturaleza, señaló, ha sido ratificada por varios pronunciamientos de la Corte Constitucional.

La providencia recurrida y la jurisprudencia que se invoca en ella, a más de desconocer la naturaleza misma del sistema de riesgos laborales, pasa por alto el carácter indemnizatorio de las prestaciones del sistema de riesgos laborales, que viene dado desde los orígenes de este sistema y desconoce tal carácter expresamente otorgado por la legislación Nacional y supranacional, como la Convención 017 de la OIT.

Finalmente, expuso que aun cuando se admitiera la improcedencia del reconocimiento de las mesadas pensionales, ha debido accederse al pago de las sumas canceladas al trabajador por concepto de prestaciones asistenciales \$303.045.696 e incapacidad temporal por \$39'253.619, las que tienen un indiscutido carácter indemnizatorio aun en aplicación del precedente jurisprudencial

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORPORACIÓN

1.- Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico procesal, como son demanda en forma, capacidad para ser parte, capacidad para comparecer y competencia concurren en la litis, además como no se observa causal de invalidez que anule la actuación se impone una decisión de mérito, con la consideración adicional referida a que en el evento de ser interpuesta la alzada por ambas partes, la Sala está revestida de la competencia para resolver sin limitaciones, empero, no es el caso de autos.

2.- De entrada se puntualiza que en el recurso de apelación la competencia del juez de segundo grado está perfilada por los reproches que se realicen en la alzada, quedando al margen del escrutinio cualesquier cuestión que no hubiere suscitado inconformidad en el extremo recurrente y que no esté íntimamente relacionado con las eventuales modificaciones frente a lo resuelto en la primera instancia (artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, hoy 328 del Código General del Proceso), pues de lo contrario, saltaría de bulto la vulneración al principio de congruencia de la sentencia (art. 305 C. de P. C., hoy 281 del C-. G. del P.), que impone: “La armonía que debe existir entre el litigio y el pronunciamiento judicial...”¹.

3.- Pretende el demandante que, por la vía de la

¹ Ver, sent. 13 de diciembre de 2002, Exp. 6893

acción de subrogación, se declare a la convocada Transportes Especiales Enoc Mejía civilmente responsable por el accidente y consecuente invalidez de Jesús Albeiro Ramírez Paladines, catalogado como de origen laboral y respecto del cual, la actora tuvo que asumir varias prestaciones como asistencia y gastos médicos, incapacidades y pensión de invalidez. Así mismo, se condene a la aseguradora convocada CHUBB DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. a desembolsar y pagar el valor de las sumas entregadas a la víctima.

Al respecto se tiene que el pago con subrogación significa ocupar el lugar de alguien o de algo y en cuanto se refiere al derecho de crédito conlleva la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga como un efecto independiente del designio de las partes y del extraño.

La solución o pago al acreedor tiene poder liberatorio de la relación jurídica y constituye el destino natural de ella cuando ocurre al amparo de una de las previsiones del artículo 1668 del Código Civil por parte de un tercero, deja por fuera al acreedor pero no cancela la obligación, pues subsiste en beneficio del tercero que subentra en la posición de aquel y sin que el deudor intervenga, ni sea relevante cualquiera oposición suya. La ocurrencia de esta modalidad de pago no tiene efecto extintivo sino solo de desplazamiento y sustitución del acreedor.

Cuando ocurre el mismo con la anuencia del deudor, evento en el que media autorización previa o coetánea al pago, no requiere de ratificación, la subrogación es a favor del autorizado y no del agente oficioso o del representante.

La subrogación se efectúa por ministerio de la ley en los casos previstos por las leyes y, especialmente, en beneficio de las situaciones previstas en el artículo 1668 ib. Ahora bien, para el caso examinado se invoca en general la previsión contenida en la norma que viene de citarse, referida al pago de una deuda ajena, consintiéndola expresa o tácitamente el deudor o aún a contrariedad de éste, salvo el caso que la prestación sea personalísima.

Igualmente, la misma codificación indica que quien por subrogación asume la posición del acreedor, lo hace con todas sus ventajas, privilegios y seguridades, a más de todas las contrapartidas y riesgos (arts. 1666 y 1667 C.C). Esta medida protege a quien pagó la deuda si no tenía todo o parte de interés en la misma, en otras palabras, cada deudor debe contribuir en la medida de su interés, razón por la cual, a aquél que canceló la prestación se favorece con la subrogación en aquella proporción o cuota de la deuda que no le correspondía (inc. 2º art. 1579 C. C.).

En materia aseguraticia, la Jurisprudencia² ha explicado que:

“La acción personal subrogatoria consagrada en la

² Sala de Casación Civil. Sentencia 18 de mayo del 2005.

legislación colombiana en el artículo 1096 del estatuto comercial, no obstante sus particularidades, se encuentra íntima y funcionalmente enlazada con la institución de la subrogación disciplinada por el ordenamiento civil, al punto que los fundamentos y los postulados medulares que le sirven de apoyatura en este específico régimen, en general, son los que informan la figura en la esfera mercantil, corolario del acerado principio indemnizatorio que, con tanto ahínco, campea en los seguros de daños -a diferencia de los de personas -, según explícita y autorizada mención ex lege, así como la realizada en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Comercio Colombiano del año 1.958 (artículos 914-916).

“Ello explica que se tengan por fundamentos cardinales de este instituto –entre otros- los siguientes, sin perjuicio que un sector de la doctrina se incline prevalentemente por los dos primeros:

“1) Evitar, a ultranza, que el responsable del daño se exonere de responsabilidad, merced al pago efectuado por el asegurador al beneficiario del seguro, primigenio acreedor de aquél, pues en caso contrario, se le estaría libertando de un débito que trasciende la esfera del ius privatum, así la condena, en línea de principio, se limite al mero resarcimiento económico. Expresado en otros términos, es claro que el ordenamiento desea que la conducta del victimario no quede impune, ora directa, ora indirectamente y, de paso, liberado de reconocer, en el ámbito patrimonial, el daño irrogado.

“2) Impedir, en diáfano desmedro del principio indemnizatorio aludido, el enriquecimiento del asegurado, en la medida en que si no existiese la subrogación ex lege, bien podría obtener, por parte de su asegurador, el resarcimiento del daño que experimentó, a la par que de manos del propio autor del mismo, lo que evidentemente repugna a los más elementales principios jurídicos y éticos.

“3) Posibilitar que la compañía de seguros, conforme a las circunstancias, pueda recibir unos recursos encaminados a lograr una más adecuada explotación profesional de la actividad aseguradora, toda vez que, indirectamente, se atenúan –así sea en mínima medida- los resultados adversos de la siniestralidad, lo que debe servir para que, en el plano económico, pueda atender mejor sus compromisos de orden contractual.

“Desde esta perspectiva, resulta claro el origen y el carácter del derecho radicado en cabeza del asegurador, en virtud de la aludida subrogación personal, derecho que es derivado³, como lo reconoce

³ Cfme : Antigono Donati, *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, Giuffré, Milán, 1.954, t.II, p.476; Anxo Tato Plaza. *La Subrogación del Asegurador en la Ley del Contrato de Seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 237 y ss.; Adriano Fiorentino, L. *Assicurazione Contra I Danni*, Dott, Nápoles, 1.949, p. 136; Antonio Brunetti, *In Tema di Surrogazione Dell'assicuratore*, en *Rivista Assicurazioni*, Roma 1942, p. 29; Vittorio Salandra. *Dell Assicurazioni. Commentario del Codice Civile*, arts. 1861-1932, Zanichelli, Bolonia, 1966, p. 350; Joaquin Garrigues, *Contrato de Seguro Terrestre*, Madrid, 1.982,

autorizada doctrina sobre la materia y, por tal motivo, ayuno de sustantividad y autonomía, como quiera que la entidad aseguradora –he ahí la importancia del fenómeno sustitutivo que aflora de la subrogación-, adquiere el mismo derecho que antes del pago residía en la órbita patrimonial del asegurado-damnificado.

“Con otras palabras, aunque la acción subrogatoria tiene su manantial en el pago que el asegurador le hace al asegurado-beneficiario en cumplimiento de la obligación que contrajo en virtud del contrato de seguro, el derecho que aquel ejerce al amparo de la referida acción frente a las “...personas responsables del siniestro”, no nace o deriva de la relación aseguraticia –a la que le es completamente ajena-, sino que procede de la conducta antijurídica desplegada por el victimario, autor del daño que afectó al damnificado asegurado, según el caso. Por tanto, el pago de éste tan sólo determina su legitimación en la causa para el ejercicio de la señalada acción, así como la medida del derecho que puede reclamar, pero no la naturaleza del derecho mismo, ni sus propiedades, pues éste no es otro distinto del que tenía la víctima antes de ser indemnizada por el asegurador.

“(...)”

“Finalmente, en lo que a esta problemática atañe, cumple advertir que no se puede desconocer la naturaleza y esencia subrogatoria de la acción establecida en el artículo 1096 del Código de Comercio, so capa de que el asegurador, al cancelarle la indemnización al asegurado-beneficiario, no paga deuda ajena, sino deuda propia, pues no es posible confundir el pago por subrogación, como institución, con las causas que dan lugar a ella. Con otras palabras, la subrogación se produce –legal o convencionalmente- porque al acreedor “le paga” alguien distinto a su deudor (art. 1666 C.C.), sin que el instituto, en sí mismo considerado, pare mientes en las razones que motivan ese pago. La cancelación de deuda ajena es apenas una de las razones que dan lugar a la subrogación, como lo prevé el numeral 6º del artículo 1668 del Código Civil, pero no la única, como se pinceló y como con acierto lo pregonan la jurisprudencia y la doctrina especializada en el ramo, la que férreamente aboga por la pertinencia de la ampliación o ensanchamiento de los supuestos de la subrogación legal, en concreto cuando se paga una deuda propia⁴ (...)”.

A su turno, el artículo 1100 del Código de Comercio prevé que: “Las normas de los artículos 1096 y siguientes se aplican también al seguro de accidentes de trabajo si así lo convinieren las partes”, en

p.200 y Arturo Díaz Bravo, Notas Sobre la Subrogación del Asegurador en el Derecho Mexicano y Comentarios a la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Colombiana de fecha 23 de septiembre de 1993, en Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros No.VII, Bogotá, 1995, p. 290.

⁴ *Marcel Fontaine, Droit des Assurances, Larcier, Bruselas, 1996, p. 255; Yvonne Lambert-Faivre, Droit des Assurances, Dalloz, París, 1990, p.p. 336 y 337. Antigono Donati. Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private, Op. cit., p.471 y Anxo Tato Plaza. La Subrogación del Asegurador en la Ley del Contrato de Seguro, Op. cit, p.p. 66 y 67.*

consonancia con ello, el artículo 12 del Decreto 1771 de 1994, señala que: “La entidad administradora de riesgos profesionales podrá repetir, con sujeción a las normas pertinentes, contra el tercero responsable de la contingencia profesional, hasta por el monto calculado de las prestaciones a cargo de dicha entidad administradora, **con sujeción en todo caso al límite de responsabilidad del tercero**”. (Resalta la Sala)

4.- Frente a la demanda planteada, la primera instancia estimó que no procede la subrogación implorada, habida cuenta que las sumas pagadas por la demandante en su calidad de Administradora de Riesgos Laborales frente al accidente de origen laboral -gastos asistenciales, incapacidades y pensión de invalidez-, corresponden a deudas propias de la aseguradora saldadas con recursos del sistema, incumplándose los requisitos de procedencia de la subrogación, aserción que basó en la jurisprudencia vigente de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

En observancia de lo anterior y con el estudio de la postura del órgano de cierre de la justicia ordinaria, advierte la Sala que no le asiste razón al apelante cuando afirma que se trata de decisiones insulares que no representan posición unificada de la Corte, habida cuenta que en varias oportunidades dicha corporación ha reconocido que las prestaciones debidas por las ARL o entidades del Sistema de Seguridad Social no tienen el carácter de indemnización.

Así, en sentencia del 9 de julio del 2012, sostuvo que: “nada se opone a la acumulación de la indemnización de perjuicios que se reclama en este proceso con la pensión de sobreviviente que recibe la demandante como beneficiaria del occiso, toda vez que esta prestación deriva de un título autónomo y distinto de la obligación indemnizatoria que está a cargo del tercero responsable del daño; y su concurrencia no podría implicar jamás un enriquecimiento sin causa para la actora porque la prestación pensional no guarda en realidad ningún tipo de relación con los perjuicios que deben ser resarcidos, por lo que no podría sostenerse que es una compensación de los mismos.

“En efecto, para hacerse acreedor de una pensión de vejez; de jubilación; de invalidez de origen común o profesional; de sobreviviente por muerte común o por razón del trabajo; de sustitución; o a la indemnización sustitutiva de esas prestaciones si aquéllas no fueren procedentes, solo es necesario cumplir con los requisitos contemplados en las normas pertinentes del sistema general de pensiones o de riesgos profesionales, o en los regímenes especiales o exceptuados, según sea el caso; sin que para el reconocimiento de esa especie de derechos tenga incidencia el hecho de que ellos tengan su causa adecuada en los actos de un tercero, o que el beneficiario de esas prestaciones haya sufrido o no un daño comprobado, o que haya recibido el pago de una indemnización de perjuicios o de un seguro de vida.

“Los beneficios pensionales tienen su origen en los aportes realizados para cada uno de esos riesgos, o en el tiempo de servicios, según sea el caso; y por lo tanto son ajenos a cualquier circunstancia que

resulte extraña al respectivo sistema; de suerte que al no haber ningún factor de conexión entre ellos y la actividad de un tercero, no podría estatuir la ley, como en efecto no lo hace, la facultad de repetir en contra de éste, toda vez que esas obligaciones se radican de modo exclusivo en la entidad aseguradora y a nadie más pueden transmitírsele” (Destaca el Tribunal).

Luego, en fallo del 14 de enero del 2015 (SC17494-2014), se sostuvo sobre la pensión de sobrevivientes que: “no puede entenderse imputada al cubrimiento de un daño emergente o lucro cesante, en los términos de los artículos 2341, 1613 y 1614 del C.C. y bajo esa consideración no procede describirla dentro del concepto de indemnización. Además, el desembolso que, eventualmente, pueda tener lugar, por imperativo legal, estaría a cargo de la administradora de riesgos profesionales o del empleador y se muestra como una prestación proveniente de un sistema (el de riesgos profesionales), dentro del cual las cargas pecuniarias por las contingencias profesionales, entre otras, la pensión de sobrevivientes, están a cargo, exclusivamente, en cabeza de una u otro, según el caso. Es claro que aquella prestación (la pensión de sobrevivientes) constituye un ingreso, luego no puede considerarse un perjuicio

“(…) cuando la disposición señalada (art. 12 Decreto 1771 de 1994), alude al ‘tercero responsable de la contingencia profesional’, es evidente que la empresa demandada no puede ser catalogada como tal, es decir, como tercero, en la medida en que no es ella la que debe asumir la contingencia, esto es, la pensión, habida cuenta que, por ley, le corresponde a la Administradora de Riesgos Profesionales o al patrono.

“En fin, en ese contexto, considera la Corte que la **cancelación de la pensión de sobrevivientes no autoriza a la actora a promover recuperación alguna de las sumas canceladas, pues, se reitera, es una obligación propia de su función, sin el carácter indemnizatorio proveniente del hecho dañino y por tanto ajeno al tercero causante del perjuicio.**

Así mismo, en pronunciamiento más reciente, sentencia del 17 de marzo del año en curso (SC 506-2022) se dijo que: “los postulados anteriores se han replicado en tiempos más próximos por esta Sala, abriéndose paso el criterio de que las prestaciones derivadas del sistema de seguridad social o de riesgos profesionales (pensión de vejez, de invalidez o sobreviviente) no tienen naturaleza indemnizatoria, dado que su origen deviene de los aportes realizados para dichos riesgos, sin atender la verificación de un daño o su cuantía, por lo que no devendría per se incompatible el pago de la pensión de invalidez o sobreviviente con la indemnización de perjuicios a cargo de un tercero causante del daño sufrido por el empleado, precisándose «que bien distintas son las acciones para reclamar indemnización y prestaciones sociales en asuntos laborales, de las civiles para demandar resarcimiento de perjuicios, por corresponder a fuentes diferentes; en aquella, lo será el contrato de trabajo y/o las leyes laborales que regulan el sistema de seguridad social, según el caso, y en esta, el daño infringido a la víctima, que puede o no venir precedida de una relación jurídica preexistente». SC2498-2018 de 3 de jul. Rad. 2006-00272-01. Ver también las sentencias SC17494-2014, SC295-2021)”.

5.- *En ese orden de ideas, es claro que dicha posición e interpretación se ha constituido en un precedente judicial reiterado, e incluso en doctrina probable de la Sala de Casación Civil, de obligatorio cumplimiento para los jueces de instancia.*

Al respecto, en Sentencia C-355 del 2008, la Corte Constitucional reiteró el carácter vinculante de la jurisprudencia de los órganos de cierre jurisdiccional, cuando expuso “Reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redundante en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares”.

A su vez, en sentencia SU-053 de 2015, se explicó:

“En la práctica jurídica actual, las instancias de unificación de jurisprudencia son ineludibles, debido a que el derecho es dado a los operadores jurídicos a través de normas y reglas jurídicas que no tiene contenidos semánticos únicos. Por tanto, el derecho es altamente susceptible de traer consigo ambigüedades o vacíos que pueden generar diversas interpretaciones o significados que incluso, en ocasiones deriva de la propia ambigüedad del lenguaje. Eso genera la necesidad de que, en primer lugar, sea el juez el que fije el alcance de éste en cada caso concreto y, en segundo lugar, de que haya órganos que permitan disciplinar esa práctica jurídica en pro de la igualdad”.

Añadiendo el máximo Tribunal Constitucional que “la carga argumentativa del juez que se desliga del precedente implica una exigencia tal, que si él no realiza una debida justificación de las razones que lo alejaron de tal precedente constitucional se genera un defecto que puede viciar la decisión. El desconocimiento, sin debida justificación, del precedente judicial configura un defecto sustantivo, en la medida en que su respeto es una obligación de todas las autoridades judiciales –sea éste precedente horizontal o vertical, en virtud de los principios del debido proceso, igualdad y buena fe”.

En tal sentido, aunque es cierto que este Tribunal podría apartarse del precedente expuesto en torno a la subrogación de las ARL, en esta ocasión no se estima necesario exponer argumentación en ese sentido, porque comparte plenamente el razonamiento de la Corte Suprema en la especialidad señalada y en torno a la naturaleza no indemnizatoria de las pensiones y la imposibilidad de recobro de sumas por ese concepto, si en cuenta se tiene que son prestaciones que, en caso de accidente laboral o enfermedad profesional, no le corresponden sino a las entidades del sistema de seguridad

social.

6.- Aunado a lo anterior, no pierde de vista el Tribunal que con el libelo se reclama la subrogación no solo de valores relacionados con la pensión de invalidez, sino de otras sumas catalogadas como “prestaciones asistenciales” e “incapacidad temporal”, mismas que fueron descartadas por la primera instancia con el argumento que su pago igualmente correspondía a la demandante con ocasión de lo establecido por el artículo 5° del Decreto 1295 de 1994.

El tenor de tal norma señala:

“ARTICULO 5o. PRESTACIONES ASISTENCIALES. Todo trabajador que sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional tendrá derecho, según sea el caso, a:

- a. Asistencia médica, quirúrgica, terapéutica y farmacéutica.
- b. Servicios de hospitalización.
- c. Servicio odontológico.
- d. Suministro de medicamentos.
- e. Servicios auxiliares de diagnóstico y tratamiento.
- f. Prótesis y órtesis, su reparación, y su reposición solo en casos de deterioro o desadaptación, cuando a criterio de rehabilitación se recomienda.
- g. Rehabilitaciones física y profesional.
- h. Gastos de traslado, en condiciones normales, que sean necesarios para la prestación de estos servicios.

Los servicios de salud que demande el afiliado, derivados del accidente de trabajo o la enfermedad profesional, serán prestados a través de la Entidad Promotora de Salud a la cual se encuentra afiliado en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, salvo los tratamientos de rehabilitación profesional y los servicios de medicina ocupacional que podrán ser prestados por las entidades administradoras de riesgos profesionales.

Los gastos derivados de los servicios de salud prestados y que tengan relación directa con la atención del riesgo profesional, están a cargo de la entidad administradora de riesgos profesionales correspondiente.

La atención inicial de urgencia de los afiliados al sistema, derivados de accidentes de trabajo o enfermedad profesional, podrá ser prestada por cualquier institución prestadora de servicios de salud, con cargo al sistema general de riesgos profesionales”. (Resalta el Tribunal).

El citado Decreto determinó la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales (hoy Laborales, por la entrada en vigencia de la Ley 1562 de 2012), y su artículo 1° se definió dicho sistema como el conjunto de entidades públicas y privadas, normas y

procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencias del trabajo que desarrollan, entre cuyos objetivos se encuentra, “c. Reconocer y pagar a los afiliados las prestaciones económicas por incapacidad permanente parcial o invalidez, que se deriven de las contingencias de accidente de trabajo o enfermedad profesional y muerte de origen profesional”.

*En ese mismo sentido, el artículo 1° de la Ley 776 de 2002, señala que: “Todo afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales que, en los términos de la presente ley o del Decreto-ley 1295 de 1994, sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, o como consecuencia de ellos se incapacite, se invalide o muera, **tendrá derecho a que este Sistema General le preste los servicios asistenciales y le reconozca las prestaciones económicas a los que se refieren el Decreto-ley 1295 de 1994 y la presente ley**”.*

El párrafo primero de dicho precepto prevé que:

“Las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, serán reconocidas y pagadas por la administradora en la cual se encuentre afiliado el trabajador en el momento de ocurrir el accidente o, en el caso de la enfermedad profesional, al momento de requerir la prestación.

(...)

*La Administradora de Riesgos Profesionales en la cual se hubiere presentado un accidente de trabajo, **deberá responder íntegramente por las prestaciones derivados de este evento,** tanto en el momento inicial como frente a sus secuelas, independientemente de que el trabajador se encuentre o no afiliado a esa administradora”.*

7.- Mediando el anterior estado de cosas, para la Sala es claro que, como lo aseguró el juez de primer grado, las citadas prestaciones de gastos médicos e incapacidad temporal deberán ser asumidos por la Administradora de Riesgos Laborales designadas para la protección efectiva de los trabajadores frente a las contingencias que puedan desencadenarse mientras desempeñan actividades laborales.

Lo anterior se colige luego de la lectura armónica de la Ley 100 de 1993 que materializó el funcionamiento del Sistema Integral de Seguridad Social con el objetivo de proporcionar cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud de los habitantes del territorio nacional, y los Decretos derivados de dicha normatividad, que imponen a las ARL garantizar que los trabajadores reciban los beneficios que el Sistema General de Riesgos contempló a su favor, en caso de accidente o enfermedad de origen laboral.

Añádase a lo expuesto que el Sistema General de Riesgos Laborales opera como un mecanismo de aseguramiento, mediante el cual los empleadores contratan la protección de sus trabajadores frente al riesgo que representa para ellos el ejercicio de su actividad laboral, “lo que eso significa es que, ocurrida cualquiera de las situaciones que ameritan el reconocimiento de los servicios asistenciales y de las prestaciones económicas previstas en el SGRP, los mismos se vuelven exigibles, independientemente del debate que pueda darse posteriormente sobre la culpa del empleador, de un tercero o del propio trabajador en el evento que condujo a la configuración del riesgo asegurado. Tal responsabilidad, se insiste, recae directamente sobre las administradoras de riesgos profesionales, pues estas asumen las cargas que en principio corresponderían al empleador, una vez se perfecciona la afiliación y se efectúa, cumplidamente, el pago de las cotizaciones correspondientes” (Sentencia T-721 de 2012).

De ese modo, la naturaleza de la relación entre empleador y administradora de riesgos laborales, permite concluir que los primeros trasladan el riesgo a la segunda, mediando una cotización que ingresa a un fondo común para con ello solucionar las prestaciones que requiera el trabajador. En la sentencia C-453 de 2002 se sostuvo:

“En ese orden de ideas las entidades Administradoras de Riesgos Profesionales, bajo un esquema de aseguramiento,- en el que las cotizaciones o primas, que el empleador entrega al sistema por cada uno de los trabajadores afiliados, generan una mutualidad o fondo común, con el cual se financian las prestaciones anotadas, deben ocuparse de brindar a los trabajadores la prestación de los servicios de salud que requieran, así como asumir el reconocimiento y pago oportuno de las prestaciones económicas establecidas en el Decreto Ley 1295 de 1994 –incapacidad temporal, incapacidad permanente parcial, pensión de invalidez, pensión de sobrevivientes, auxilio funerario-, al tiempo que deben realizar actividades de prevención, asesoría y evaluación de riesgos profesionales, y promover y divulgar programas de medicina laboral, higiene industrial, salud ocupacional y seguridad industria”.

Implica lo anterior que, contrario a lo asegurado por la recurrente, los rubros de prestaciones asistenciales e incapacidad temporal, tampoco podrían tenerse como conceptos susceptibles de subrogación, si en cuenta se tiene que su desembolso al trabajador proviene de los fondos comunes creados con las cotizaciones de los empleadores y así mismo, corresponden a emolumentos que se garantizan como cobertura inherente al seguro contratado.

8.- Resta añadir que, si bien el artículo 12 del Decreto 1771 de 1994 es una norma vigente en el ordenamiento jurídico colombiano, en el criterio de la Sala, la expedición de dicha regulación por parte del Presidente de la República en uso de las facultades conferidas por la Carta Política excedió sus atribuciones, comoquiera que se encargó de reglamentar aspectos que no figuraban en la norma inicial –Decreto 1295 de 1994- en cuyo contenido no se advierte alusión alguna a la responsabilidad de

terceros, ni menos la posibilidad de subrogación a la que se viene haciendo referencia.

De todos modos, advierte la Corporación que la razón de la improcedencia de la figura mencionada no es la atrás expuesta, sino la interpretación que debe dársele a la regulación en cada caso concreto, acorde con la jurisprudencia y normatividad que atañe a la seguridad social y a las administradoras del sistema pertinente.

9.- Así las cosas, se deberá confirmar el fallo censurado, por las razones consignadas en esta providencia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

1.- CONFIRMAR, por las razones plasmadas en esta providencia, la sentencia objeto de censura proferida el 25 de mayo del 2022 por el Juzgado 51 Civil del Circuito de Bogotá D.C.

2.- CONDENAR en costas de esta instancia a la parte recurrente. Tásense.

3.- De conformidad con lo previsto en el numeral 1° del artículo 365 del C. G. del P., en la liquidación de costas causadas en segunda instancia, inclúyase como Agencias en Derecho la suma de \$_1.800.000.00. Para la elaboración de la misma síganse las reglas previstas en el artículo 366 ejúsdem.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
MAGISTRADA

Exp. 2013-00022-02 Liberty Seguros de Vida S.A. contra Transportes Mejía S.A.S.

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: **19cbf762364dcb5a823466a1f838c7a0ad040223b2e5a331491616ec161c3791**

Documento generado en 14/09/2022 12:51:45 PM

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

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

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Radicación 110013103026 2016 00601 03

Por encontrarse legalmente procedente, el Despacho dispone:

Admitir en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 8 de febrero de 2022, por el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

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

NOTIFÍQUESE.

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

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

Código de verificación: **0d191a145eb49727944ae44909c0d85099e5daf781d6b35c0787ae7897953859**

Documento generado en 14/09/2022 08:14:44 AM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

MAGISTRADO PONENTE: JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós
(2022)

RAD. 11001310302820150005501

El apoderado judicial de la parte demandante presenta memorial manifestando que desiste del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 27 de agosto de 2021 por el Juzgado Cincuenta Civil del Circuito de Bogotá en proceso incoado por Ingrid Natalia Gordillo Merchán, Samuel Orlando Gordillo y Nicolás Gordillo Merchán, contra la IPS Previmedica S.A. y la Clínica Vasculat Navarra Ltda.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 316 del Código General del Proceso, se aceptará el desistimiento del recurso de apelación presentado por el demandante.

Al ser el único recurso de apelación que se halla en trámite, porque los de los demandados fueron declarados

desiertos mediante auto que se encuentra en firme, procede devolver el expediente al juzgado de origen.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Se acepta el desistimiento del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante interpuesto contra la sentencia proferida el 27 de agosto de 2021 por el Juzgado Cincuenta Civil del Circuito de Bogotá en proceso en que son demandantes Ingrid Natalia Gordillo Merchán, Samuel Orlando Gordillo y Nicolás Gordillo Merchán, y demandados IPS Previmedica S.A. y Clínica Vasculat Navarra Ltda.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta actuación por no aparecer comprobada su causación.

TERCERO: Devuélvanse las diligencias al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE

RAD. 11001310302820150005501

JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS
Magistrado

Firmado Por:

Jesus Emilio Munera Villegas

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: **5a045a13fad14c321d0eefd397a6c8e39e3ed097d1f0163c31e54363a99527fb**

Documento generado en 14/09/2022 04:47:02 PM

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

RAD. 11001310302820150005501

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN CIVIL

Bogotá D.C., catorce de septiembre de dos mil veintidós.

Radicación	110013103022-2013-00449-01
Proceso	Ordinario
Asunto	Apelación sentencia
Demandante	Blanca Lilia Cuadros Parra y o.
Demandado	Famisanar E.P.S. y o.
Decisión	Confirma

Magistrado Ponente

JAIME CHAVARRO MAHECHA

Discutido y aprobado en Sala de Decisión del 14 de septiembre de 2022

Se decide el recurso de apelación formulado por la demandada Famisanar E.P.S. contra la sentencia proferida el 28 de mayo de 2021 por el Juzgado 50 Civil del Circuito de Bogotá, en el proceso ordinario de María Marlén Cuadros Parra, María Otilia Cuadros Parra, Carlos Julio Cuadros Parra, María Oliveria Parra y Blanca Lilia Cuadros Parra, en nombre propio y del menor Miguel Pinzón Cuadros, contra Famisanar E.P.S., Hospital Universitario San Ignacio y Hospital Universitario Clínica San Rafael.

I. ANTECEDENTES

1. Síntesis de la demanda

Se solicitó¹ declarar civil y extracontractualmente responsable a Famisanar E.P.S., por los daños causados con ocasión del

¹ Ver folios 307 a 323 del archivo “01CuadernoDigitalizado” de la carpeta “C01Principal” de “CuadernoJuzgado” del expediente digital.

tratamiento médico y por falla del servicio como consecuencia de la inadecuada prestación de los servicios de salud a la señora Hermelinda Cuadros Parra; así mismo, por la errada valoración y diagnóstico tardío, pese a los síntomas que presentó, el inadecuado manejo y demás conductas incorrectas derivadas del incumplimiento de los lineamientos dados por la ciencia médica en la norma técnica para la detección temprana de lesión lítica, viéndose comprometido el acetábulo izquierdo afectándole la pelvis y cadera izquierda.

Igualmente, se declaren solidariamente responsables al Hospital Universitario San Ignacio y al Hospital Universitario Clínica San Rafael por la negligencia, imprudencia y desconocimiento del reglamento médico que provocó el fallecimiento de Hermelinda Cuadros Parra, y por la omisión y falta de cuidado en el tratamiento médico de las infecciones, anemia aguda que la aquejó.

En consecuencia, se les condene a pagar solidariamente la indemnización por los siguientes conceptos:

Lucro cesante por \$260.286.000; daño emergente por \$7.292.000; daños morales irrogados por 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes para María Oliveria Parra de Cuadros y Luis Miguel Pinzón Parra; para Blanca Lilia Cuadros Parra, María Marlén Cuadros Parra, Carlos Julio Cuadros Parra, 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno; daño a la vida de relación por 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes por “no poder compartir al lado de su mamá una vida normal (...)”; que los valores reconocidos sean indexados.

2. Fundamentos fácticos

En la demanda se afirmaron los hechos que a continuación se sintetizan.

2.1. El 27 de junio de 2005, Hermelinda Cuadros Parra asistió a consulta ante la I.P.S. Cafam, entidad adscrita a Famisanar E.P.S., y fue atendida por el doctor Pedro Pablo Pérez, quien, sin practicarle ningún examen radiológico ni de laboratorio, le diagnosticó desgarro (espasmo) muscular y distensión en la rodilla izquierda, por lo que la remitió a fisioterapia, a la que asistió durante 10 meses, luego de los cuales no presentó mejoría y el dolor era cada vez más fuerte, pues *“para esta época la lesión de osteomas osteoides interarticulares comenzaba a presentar un desarrollo progresivo y a la vez se expandía por la cabeza femoral y acetábulo izquierdo”*.

2.2. El 11 de agosto de 2005, la paciente acudió nuevamente a la E.P.S. dada la intensidad del dolor, y el galeno Abel Hernández ordenó practicarle un examen de fuerza muscular, tras el que se le diagnosticó disminución de la fuerza del miembro izquierdo, con pérdida de masa muscular y de dolor, de cuatro años de evolución, *“EF: arcos rotación cadera izquierda doloroso”*. En dicha calenda tampoco se examinaron o palparon las partes blandas de la paciente para determinar la existencia de masas.

2.3. El 5 de octubre de 2005, debido al aumento del dolor, Cuadros Parra asistió a I.P.S. Cafam y se le ordenó tomarse una radiografía que mostró una aparente normalidad.

2.4. El 29 de diciembre siguiente, se le tomó una radiografía de pelvis-cadera izquierda, por medio de la que se estableció la existencia de lesión lítica, comprometiendo el acetábulo izquierdo, relacionándolo con una lesión de tipo neoplásico.

2.5. El 3 de enero de 2006, la paciente fue atendida por ortopedia y traumatología por problemas de dolor de cadera izquierda, y se confirmó la lesión lítica y melanoma maligno del

miembro inferior, incluida la cadera, por lo que fue remitida al Instituto Nacional de Cancerología, y el 10 del mismo mes y año, al Hospital Universitario San Ignacio - Centro Javeriano de Oncología - para una valoración especializada, en la que se diagnosticó tumor maligno de la pelvis, solicitando se practique urgentemente una resonancia magnética y biopsia de dicha zona.

2.6. Después del 12 de enero de 2006, por medio de estudios radiológicos e imagenología se evidenció la lesión existente con presencia de edema, por lo que se contempla la posibilidad de un tumor maligno o una infección, no obstante, no se evaluó el motivo por el que la paciente presentaba una considerable pérdida de peso.

2.7. El 3 de febrero de 2006, se planteó la posibilidad de realizarle una cirugía, y el día 21 siguiente, se le informó que se sometería a hemipelvectomía con posterior reconstrucción endoprotésica de hemipelvis y fémur proximal que sería extraída.

2.8. El 19 de mayo de esa anualidad, se le practicó la intervención quirúrgica, y el 26 de ese mes se le dio el alta, enviándola a casa, con formulación de acetaminofén y tramadol en gotas de rescate, y con cita de control programada para el 6 de junio de 2006.

2.9. El 4 de julio siguiente, en control posoperatorio en el Centro Javeriano de Oncología se le autorizó el inicio de apoyo con muletas y se discute acerca de la necesidad de mejorar la fijación implantada con placa de reconstrucción de aloinjerto.

2.10. El 12 de septiembre del mismo año, Cuadros Parra le manifestó a su médico que padecía adormecimiento en sus brazos - disestesia en miembro superior derecho con pérdida de fuerza y disestesia en punta de dedos mano izquierda, sin embargo, el galeno

conceptuó: *“la paciente refiere sentirse muy bien, no hay dolor”*. Se decidió hacer osteosíntesis.

2.11. Para el 9 de marzo de 2007, partes del tumor primario habían invadido los tejidos blandos de la pelvis, lo que forzó a realizarle una nueva biopsia; el 24 de mayo de 2007 se tomaron los exámenes: TAC tórax, TAC abdomen y pelvis, que dejan en evidencia la presencia y evolución de las lesiones líticas, por lo que se programó y luego, se realizó cirugía para extraerle la cadera izquierda que estaba invadida por la enfermedad metastásica, y se le implantó aloinjerto de cadera, pero no fue el apropiado anatómicamente, razón por la que la paciente no pudo volver a sentarse como lo hacía antes.

2.12. El 17 de abril de ese año, Cuadros Parra acudió a control por el dolor, y se le ordenó TAC de tórax y abdomen ante la remota posibilidad de enfermedad metastásica y se dispuso que se sometiera a 25 radioterapias.

2.13. El 14 de junio de 2007 se advirtió el avance de la enfermedad y los sitios que ahora cubría; el día 26 siguiente se encontró masa proximal en muslo izquierdo, dolorosa a la palpación.

2.14. Entre el 24 y el 29 de julio de 2007, debió ser llevada por sus familiares al servicio de urgencias de la Clínica Plenitud porque tenía embolia pulmonar, vómito de sangre, dolor a la palpación de las astas costales internas, palidez cutánea y tos.

2.15. El 30 de julio de 2007, en la Clínica San Rafael se le practicó examen médico general y reflejó metástasis pulmonar, dolor, crecimiento tumoral, disnea, lo que ameritó tratamiento de radioterapia.

2.16. El 9 de octubre de 2007, se encontró que la enfermedad metastásica avanzó hasta el muslo izquierdo, siendo compatible con tumor de células gigantes. El 16 de enero de 2008 fue internada en la clínica Plenitud por infección y presencia de material purulento en sitio de osteosíntesis de cadera izquierda en la herida.

2.17. En febrero de 2008 falleció la señora Hermelinda Cuadros Parra.

3. Posición de la convocada

3.1. Famisanar E.P.S. contestó la demanda y presentó la excepción previa de *“ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales”*², la cual no prosperó³. Adicionalmente formuló las defensas de *“cumplimiento de los atributos de calidad, en la atención de la señora Hermelinda Cuadros Parra q.e.p.d., establecidos por el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud”*, *“inexistencia de responsabilidad por cumplir con las obligaciones legales y contractuales asignadas por la ley”*, *“inexistencia de responsabilidad por no prestar directamente el servicio de salud”*, *“acto médico ajustado a la lex artis y buena praxis. Obligación de medio”*, *“inexistencia de nexo causal entre la conducta administrativa de mi representada y el resultado alegado como dañoso”*, *“ausencia de perjuicios causados”* y la *“genérica”*⁴.

3.2. El Hospital Universitario Clínica San Rafael impetró la excepción previa de *“incapacidad o indebida representación del demandante”*; igualmente, esgrimió las excepciones de fondo de *“el equipo médico del Hospital Universitario Clínica San Rafael, brindó la*

² Ver folios 2 y 3 del archivo *“01Cuaderno2Digitalizado”* de la carpeta *“C02ExcepciónPrevia”* del expediente digital.

³ Ver folios 13 a 17 *idem*.

⁴ Ver folios 26 a 37 del archivo *“02Cuaderno1Digitalizado”* de la carpeta *“C01Principal”* de *“CuadernoJuzgado”* del expediente digital.

atención médica requerida por la paciente Hermelinda Cuadros Parra de acuerdo a la racionalidad técnico científica y a la lex artis”, “debido a las complicaciones que presentaba la paciente y sus antecedentes el tratamiento brindado no arrojó los resultados esperados, pues la paciente ingresó al hospital en un estado de salud muy deteriorado”, “el hospital trató la anemia que presentó la paciente en debida forma”, “la hemipelvectomía era el tratamiento indicado para la patología sufrida por la paciente, pero lamentablemente la paciente no consintió desde un principio su práctica, lo que causó la falta de oportunidad del equipo médico para salvar su vida, por lo que en este caso, hay lugar al eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima”, “a pesar de los esfuerzos médicos desplegados por varias especialidades para salvar la vida de la paciente fue imposible evitar su deceso”, “inexistencia de nexo de causalidad entre la muerte de la paciente y los servicios prestados por el equipo de salud del Hospital Universitario Clínica San Rafael”, “la obligación del profesional médico no es de resultados sino de medios” y “la estimación de la cuantía de la demanda en cuanto al lucro cesante es injustificada, la paciente al momento de su fallecimiento no tenía 28 años y no se prueba el salario que devengaba”⁵. A su vez, llamó en garantía a La Previsora S.A. Compañía de Seguros⁶.

3.3. El Hospital Universitario San Ignacio, alegó, por vía de excepción previa, la “*incapacidad o indebida representación del demandante*”; en oportunidad, también se resistió a las aspiraciones de la demandante por vía de las excepciones que denominó “*inexistencia de una actuación culposa y/o negligente por parte del hospital Universitario San Ignacio*”, “*inexistencia de relación de causalidad entre el fallecimiento de la señora Hermelinda Cuadros y la conducta desplegada por el Hospital Universitario San Ignacio* –

⁵ Ver folio 534 del archivo “01Cuaderno1Digitalizado” de la carpeta “C01Principal” de “CuadernoJuzgado” del expediente digital.

⁶ Ver folio 28 del archivo “01Cuadernodigitalizado” de la carpeta “C07LlamamientoG”, de la carpeta “C01Principal” de “CuadernoJuzgado” del expediente digital.

hecho ajeno – culpa exclusiva de la víctima”, *“apreciación del acto médico – Naturaleza de las obligaciones médicas”*, *“cumplimiento de los estándares en la prestación de los servicios de salud”*, *“cumplimiento de las lex artis ad hoc”*, *“indebida representación judicial”*, *“inexistencia de solidaridad”* y la *“genérica”*⁷. Llamó en garantía a Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.⁸.

3.4. La referida aseguradora contestó la demanda principal y el llamamiento apartándose de las respectivas pretensiones con apoyo en los medios enervantes que en cada caso denominó *“inexistencia de culpa en el actuar del hospital Universitario San Ignacio y sus especialistas”*, *“los actos médicos son de medio no de resultado”*, *“inexistencia de solidaridad”*, *“desconocimiento de la jurisprudencia al tasar perjuicios morales”*, *“límite en la obligación de indemnizar”* y la *“genérica”*⁹.

3.5. La Previsora S.A. Compañía de Seguros se pronunció frente a la demanda inicial por medio de las excepciones de mérito de *“coadyuvancia de las excepciones que frente a la demanda interpuso el Hospital Universitario San Rafael”*, *“inexistencia de culpa o falla en la prestación del servicio médico-asistencial, imputable al Hospital Universitario Clínica San Rafael”*, *“inexistencia de nexo causal entre la conducta desarrollada por el Hospital Universitario San Rafael y el hecho dañoso”*, *“inexistencia y/o sobreestimación de perjuicios”* e *“indebida representación del menor Luis Miguel Pinzón Cuadros”*; de cara al llamamiento en garantía propuso las de *“la cobertura de la póliza no operó, porque el siniestro fue reclamado por fuera del periodo de vigencia”*, *“prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro”*, *“la póliza no cubre perjuicios extrapatrimoniales diferentes a*

⁷ Ver folios 489 a 508 del archivo *“02Cuaderno1Digitalizado”* de la carpeta *“C01Principal”* de *“CuadernoJuzgado”* del expediente digital.

⁸ Ver folios 59 a 61 del archivo *“01Cuaderno6Digitalizado”* de la carpeta *“C06LlamamientoG”* de la carpeta *“C01Principal”* de *“CuadernoJuzgado”* del expediente digital.

⁹ Ver folios 561 a 573 del archivo *“02Cuaderno1Digitalizado”* de la carpeta *“C01Principal”* de *“CuadernoJuzgado”* del expediente digital. Ver también folio 109 a 117 del *“01Cuaderno6Digitalizado”* de la carpeta *“C06LlamamientoG”* de la carpeta *“C01Principal”* de *“CuadernoJuzgado”* del expediente digital.

los perjuicios morales”, “debe respetarse la suma máxima asegurada” y “existencia de deducible”¹⁰.

3.6. El 8 de mayo de 2015 se resolvieron las excepciones previas, y se declaró probada la de “incapacidad o indebida representación del demandante”, que en común impetraron el Hospital Universitario San Ignacio, el Hospital Universitario Clínica San Rafael y La previsora S.A. Compañía de Seguros, por lo que se excluyó de la parte activa a Luis Miguel Pinzón Cuadros¹¹.

4. Sentencia de primer grado

La *iudex a quo* desestimó las pretensiones de la demanda respecto del Hospital Universitario San Ignacio y el Hospital Universitario Clínica San Rafael, declaró no probadas las excepciones que presentó Famisanar E.P.S., por lo que la declaró responsable civil y extracontractualmente por los daños y perjuicios irrogados a María Otilia, Blanca Lilia, María Marlén Cuadros Parra y María Oliveria Parra. En consecuencia, condenó a la E.P.S. a pagar por concepto de perjuicios morales la suma de \$9.085.200 para la primera, y \$18.170.400 (20 s.m.l.m.v.) para cada una de las restantes demandantes; negó lo pretendido por Carlos Julio Cuadros Parra frente a Famisanar E.P.S., así como las aspiraciones referentes a lucro cesante y daño emergente.

Para decidir de ese modo, expuso:

El problema jurídico a resolver consiste en determinar si la actora demostró los presupuestos axiológicos de la responsabilidad civil médica extracontractual y solidaria de las encausadas con motivo de la muerte de Hermelinda Cuadros Parra, y de contera el

¹⁰ Ver folio 89 a 132 del archivo “01Cuadernodigitalizado” de la carpeta “C07LlamamientoG”, de la carpeta “C01Principal” de “CuadernoJuzgado” del expediente digital.

¹¹ Ver folios 13 a 17 del archivo “01Cuaderno2Digitalizado” de la carpeta “C02ExcepcionPrevia” de “CuadernoJuzgado” del expediente digital.

sufrimiento a que fueron sometidos los actores, por una omisión imputable a aquellas en la prestación de los servicios de salud para el oportuno diagnóstico y tratamiento de la patología tumor de células gigantes que padeció la fallecida. En este tipo de asuntos, el demandante asume la carga de demostrar los elementos de la responsabilidad civil: el daño, la culpa, y el nexo de causalidad.

La responsabilidad civil reclamada encuadra dentro del tipo extracontractual, invocada respecto de los perjuicios que sufrieron los demandantes en virtud de la muerte de su ser querido que recibió atención en salud por las demandadas (sentencia SC17317 de 2014). Las E.P.S. tienen el deber de garantizar la prestación de dichos servicios, por lo que se valen de las I.P.S. o de profesionales en el ramo, por ende, si existe una deficiente, inoportuna o irregular atención, o la inobservancia de la calidad exigible o de la *lex artis*, por parte de estos, con capacidad de generar daños, se compromete la responsabilidad de la entidad promotora de salud respectiva (art. 2344 C.C. y sentencia SC13925 de 2016).

Las pruebas recaudadas permiten establecer que Famisanar E.P.S. es responsable por la deficiente atención que se le brindó a Hermelinda Cuadros Parra, pues de forma reiterada se incurrió en omisiones y conductas injustificadas que impidieron que recibiera un oportuno diagnóstico y tratamiento del tumor de células gigantes que padecía y que la llevó a la muerte, como quiera que la sintomatología ameritaba realizar exámenes básicos para advertir la gravedad del origen del dolor en su cadera, los que no fueron ordenados sino pasados aproximadamente 8 meses después de las primeras señales de la patología y posteriormente a recibir un tratamiento de fisioterapia que agravó su condición.

Lo anterior, porque:

- Hermelinda Cuadros Parra en la primera consulta, el 25 de mayo de 2005, le expuso al médico el dolor abdominal que padecía, y le informó sobre la pérdida de peso, y luego de ello, por la persistencia del dolor, acudió en varias fechas posteriores, sin que se le ordenaran exámenes determinantes para descartar el dolor muscular.

- Blanca Lilia Cuadros Parra, en el interrogatorio de parte, adujo que se le insistió al profesional que le ordenara exámenes a su hermana para establecer la causa de la situación, debido a que el dolor en la pierna de Hermelinda permanecía.

- El testigo Francisco Bernardo Linares explicó que ante un diagnóstico a tiempo el tratamiento varía, dependiendo si su detección se hace en el estadio 1, 2 o 3; pero en el caso de Hermelinda, se hizo en un estadio avanzado del tumor, lo que implicó de una vez la cirugía.

- El perito señaló que el descubrimiento temprano del tumor permitía un manejo intraóseo sin necesidad de intervención quirúrgica, por lo que existe relación directa entre el estadio de la detección, las complicaciones que se presentan y la sobrevivencia del paciente. También indicó, que debido al diagnóstico tardío el acetábulo destruido por el tumor, no tenía la resistencia mecánica para soportar la carga del miembro inferior izquierdo.

- Entre el 25 de mayo de 2005, fecha de la primera cita de la paciente, y el mes de diciembre de ese calendario, no se ordenó por el médico tratante el examen adecuado para emitir un diagnóstico certero, que conforme con lo que *“declararon los galenos en el curso de este proceso, solo se necesitaba de una radiografía para advertir la masa tumoral”*, toda vez que linares adujo que mediante ese toma radiográfica se hubiese efectuado un buen abordaje frente

al dolor pélvico; el experto Camilo Soto Montoya refirió que la simple radiografía de pelvis o de cadera izquierda posibilita detectar neoplasias o tumores histoesqueléticos, y si en ella se refleja alguno de estos, se pide una resonancia magnética de la zona respectiva. Y agregó, en su dictamen que, ante la sospecha de un tumor óseo benigno agresivo o maligno, se deben hacer estudios radiológicos de extensión y establecer el diagnóstico histológico con una biopsia, para luego de surtidos estos pasos, se lleva a cabo el procedimiento quirúrgico apropiado en forma prioritaria.

- De acuerdo con la historia clínica, el 25 de mayo de 2005, Hermelinda Cuadros Parra acudió a consulta por dolor abdominal, pérdida de peso y malestar general, y no se le realizaron exámenes de ningún tipo, que en palabras de los médicos que declararon en el decurso procesal, dados los síntomas, requería solamente una radiografía con la que se hubiese podido determinar la gravedad de la lesión, y además, *“la demora en determinar con certeza el mal que la aquejaba se siguió extendiendo hasta el 29 de diciembre de 2005, data en la que tras la realización de las pruebas médicas pertinentes concluyeron por primera vez la existencia de la lesión de tipo neoplásico”*.

No existe justificación para que la E.P.S. accionada, a través de la I.P.S. Cafam, no hubiese ordenado los exámenes básicos necesarios para conocer la patología de la paciente, que para el caso era la radiografía, ya que hasta pasados 8 meses después de la primera consulta se realizó. Y es que con tal imagen diagnóstica se podía descartar el diagnóstico de dolor lumbar, y se hubiese remitido a la paciente a un hospital de tercer o cuarto nivel, para no mantenerla durante varios meses en terapias que contribuyeron al aceleramiento de crecimiento de la masa tumoral.

El Consejo de Estado en sentencia de 8 de mayo de 2013, destacó que la importancia del diagnóstico radica en que a partir de este se plantea el tratamiento, por lo que un error en aquel, la mayoría de las veces, apareja una equivocación en este, generando una falla del servicio cuando no se agotan los recursos científicos y técnicos a su alcance para establecer un diagnóstico definitivo. De allí, que la patología que aquejó a Hermelinda Cuadros Parra es catastrófica, e independientemente de la oportunidad del diagnóstico y tratamiento, no se garantizaba que se salvara su vida, *“lo cierto es que un diagnóstico a tiempo habría dado una expectativa de vida mayor y con ello la posibilidad de su familia hoy demandantes de compartir con ella e inclusive tener un mayor grado de conciencia de la enfermedad que padecía, mírese que de acuerdo a la literatura médica obrante en el expediente el tiempo de supervivencia de los pacientes con este tipo de patologías es de 32.8 meses y la tasa de supervivencia a 5 años fue del 27%”*. Quedaron en evidencia las omisiones de E.P.S. Famisanar y sus médicos vinculados, puesto que de la historia clínica y las atenciones brindadas no existe prueba que se realizara de manera oportuna la radiografía que se requería, por lo que incurrió en error y demora en el diagnóstico, pese a los serios signos de complejidad de la enfermedad que llevó a que Hermelinda acudiera el 25 de mayo, el 27 de junio, el 1 de julio, el 14 de julio, el 28 de julio, el 2 de septiembre, el 5 de octubre y solamente hasta el 29 de diciembre de 2005 se obtuvo la imagen diagnóstica con la que se advirtió la lesión lítica en la pelvis, y además, hasta el 3 de enero de 2006, se hizo la remisión para hospitalización y estudio prioritario en una institución de mayor nivel por el posible melanoma maligno del miembro inferior, incluida la cadera.

El trámite sancionatorio que abrió la Secretaría Distrital de Salud en contra de la citada E.P.S. y que culminó con providencia en la que se dijo que no hubo fallas en la prestación del servicio, no

excluye de responsabilidad a Famisanar, como quiera que la decisión aquí adoptada es producto del análisis de las pruebas recaudadas. Respecto a que el perito no tuvo acceso a la historia clínica registrada por la I.P.S. Cafam, tal como lo reconoció el mismo, en todo caso dicho documento confirma la evolución del dolor desde la primera cita hasta cuando fue atendida por primera vez en el Hospital San Ignacio, después de 8 meses.

En cuanto a la responsabilidad del aludido hospital, se memora que en la demanda se cuestionaron tres aspectos: la no realización de exámenes adecuados, no buscar un tratamiento alternativo, y no haber realizado estudios de biocompatibilidad para colocar el implante adecuado; sin embargo, ello no se demostró, dado que, conforme a lo visto en la historia clínica, lo explicado por el doctor Linares Restrepo, lo indicado en el dictamen pericial, y la literatura médica allegada dan a entender que los exámenes realizados fueron los indicados, máxime que por su conducto se pudo establecer el diagnóstico de tumor de células gigantes, sino que además se hizo el procedimiento quirúrgico adecuado y acorde con lo querido por la paciente. Igualmente, se descartaron otras alternativas de tratamiento. No se acreditó la necesidad de realizar estudio de biocompatibilidad para colocar el implante, el cual, en todo caso, no fue el causante de la infección y la bacteria que adquirió la paciente, tal como lo expuso el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en la experticia que rindió. Por tales motivos, no se tiene por certificada la culpa en la actividad médica desplegada por el Hospital San Ignacio.

Al Hospital Universitario Clínica San Rafael se le endilgó el incumplimiento en su obligación de tratar las infecciones y la anemia aguda de la paciente, pero conforme a la trazabilidad en la atención contenida en la historia clínica, los testimonios recibidos y el deteriorado estado de salud en que llegó aquella, no permiten

acoger tales argumentos de los demandantes, por lo que no hay lugar a predicar la culpa de la entidad hospitalaria.

Dado el fracaso de las pretensiones contra el Hospital Universitario San Ignacio y el Hospital Universitario Clínica San Rafael, no se hace referencia a las excepciones que impetraron ni a los llamamientos en garantía que realizaron.

En relación con el daño, se tiene que para los actores se traduce en la aflicción por la pérdida de su familiar debido al actuar culposo de Famisanar E.P.S., así como por la afectación económica que sufrieron al asumir algunos gastos durante el tratamiento y los ingresos dejados de percibir luego de su muerte. *“(...) el diagnóstico tardío anuló las posibilidades para la paciente de una mayor sobrevivida luego de iniciado un tratamiento equivocado por espacio de 8 meses (...) y concordante con ello sus familiares perdieron la posibilidad de haber estado con su hija y hermana en ese tiempo mayor de sobrevivida, con lo cual queda estructurado el daño y el nexo causal con la culpa ya probada, se les impidió a su vez haber adquirido mayor conciencia en la gravedad de la enfermedad que en fase más temprana hubiere generado mayores expectativas si no de recuperación, sí de tiempo de vida”.*

En torno a los perjuicios que deben ser resarcidos, en primer lugar, se avista que el lucro cesante reclamado no puede ser reconocido por cuanto los actores no eran dependientes económicos de la occisa. Tampoco se demostró que los valores perseguidos por concepto de lucro cesante fueron sufragados por la activa, lo que impide acoger la pretensión. Se acepta la reclamación a título de daños morales impetrada por Blanca Lilia, María Marlén, María Otilia Cuadros Parra y María Oliveria Parra, por los montos ya referidos, pues por el actuar negligente la E.P.S. lleva a presumir que generó desasosiego a su progenitora y hermanas, empero como

Carlos Julio Cuadros Parra en su interrogatorio adujo que no acompañó ni convivió con Hermelinda en los últimos años de vida, no se accede a su reclamo. El daño a la vida de relación se exigió frente al hijo de la desaparecida Cuadros Parra, quien fue desvinculado del extremo actor.

Las excepciones de mérito de Famisanar E.P.S. quedan abatidas con las disertaciones ya esbozadas.

5. El recurso de apelación

La demandada E.P.S. Famisanar planteó y sustentó los siguientes reparos:

5.1. *“Frente a la teoría de la pérdida de oportunidad aplicada en la sentencia Vs la causa petendi de la acción”*. Si bien no se mencionó expresamente la citada teoría, se hizo alusión a la misma y con base en ella se profirió la condena en contra de la recurrente, sin tener en cuenta que las conductas que le fueron achacadas en la demanda fueron i) la inadecuada prestación de los servicios de salud; ii) la errada valoración, iii) diagnóstico tardío a pesar de los diferentes síntomas que presentó la paciente, el inadecuado manejo y demás conductas incorrectas derivadas del incumplimiento de los lineamientos dados por la ciencia médica, pero no se alegó la pérdida de oportunidad. *“Precisado lo anterior, si en este caso se profiere condena porque la señora Hermelinda perdió la oportunidad de obtener un diagnóstico temprano y el tratamiento médico temprano, ¿no se entiende entonces cuál es esa probabilidad o esa expectativa de una mayor vida si la paciente rechazó desde el comienzo inclusive en el desenlace de su enfermedad la mejor opción de tratamiento para tratar su patología, el cual era la realización de la hemipelvectomía externa?”*; cuestionó también la inconforme si la paciente hubiese tenido la misma postura de conocer 3 o 4 meses

antes el diagnóstico de tumor por células gigantes, y agregó que no se demostró que con un diagnóstico oportuno se hubiese garantizado mayor expectativa de vida, pues la muerte sobrevino porque la paciente no aceptó el tratamiento. Formuló nuevos interrogantes sobre cuál fue el grado de pérdida de oportunidad y cómo se saca la misma o a cuánto equivale.

5.2. “*Indebida valoración de las pruebas*”. Frente a lo decidido en la sentencia fustigada planteó como disentimientos los siguientes:

- El perito no tuvo acceso a la historia clínica de la Caja de Compensación Familiar Cafam, sus apreciaciones frente al particular se basaron en su experiencia, formación profesional, y en la historia clínica del Hospital Universitario San Ignacio.

- María Oliveria Parra de Cuadros y María Otilia Cuadros Parra reconocieron que su hija y hermana, respectivamente, no accedió a la amputación de su pierna.

- María Marlén Cuadros Parra manifestó que su hermana comenzó a sentir dolor en la cadera desde el año 2003, circunstancia que no analizó el despacho de primer grado, teniendo en cuenta que la primera cita se registró en mayo de 2005.

- No puede asegurarse, como lo hizo la juez, que las primeras señales de la enfermedad se presentaron en mayo de 2005, pues tal como adujo María Marlén Cuadros Parra el dolor se presentó desde el año 2003, por lo que es posible que cuando se acudió a la consulta en la fecha mencionada la enfermedad de tumor de células gigantes “*quizás ya estaba instaurada y no era entonces sus primeros síntomas y además fue incidentalmente dentro de la práctica del examen físico se advirtió el dolor en la cadera y pierna izquierda*”.

- La IPS Cafam realizó el tratamiento para lo que sospechó como primera medida, un dolor muscular.

- El perito aludió que no es fácil para un profesional de medicina general y familiar pensar que se trataba de lesión lítica o de esta clase de tumor. La formación actual puede llevar a los médicos a sospechar de la presencia de tumores y a hacer exámenes idóneos más rápido, pero los lineamientos vigentes no pueden aplicarse a un hecho ocurrido hace 16 años.

- La visión del experto es más amplia sobre este tipo de tumores, en comparación con lo que se conocía para el año 2005 por un médico general y familiar, que en su momento estimó adecuada la electromiografía y la radiografía lumbosacra por el dolor lumbar y ante la no mejoría se escaló ante la especialidad de ortopedia.

- Consideró la dispensadora de justicia que no se atendió la anemia y pérdida de peso, tos; pero no fue así, dado que se ordenaron exámenes, al paso que olvidó aquella, que tales síntomas no se enmarcan dentro de una sola patología.

- Para el diagnóstico de la enfermedad no pasaron 8 meses, en tanto la primera consulta fue el 25 de mayo de 2005 y la radiografía de caderas “*seguramente*” se ordenó en noviembre de esa anualidad, al finalizar el tratamiento por fisioterapia y los resultados se obtuvieron el 29 de diciembre de 2005, lo que arroja un término de 7 meses o menos.

5.3. “*No se acredita culpa probada en cabeza de Famisanar*”. La E.P.S. no es civilmente responsable por los daños alegados, como quiera que no existe nexo de causalidad entre el servicio administrativo que presta y dichos perjuicios, pues nada tuvo que

ver frente a la atención médica asistencial dispensada, ya que solo tiene la función de garantizar la cobertura y acceso de las prestaciones médico asistenciales del Plan Obligatorio de Salud vigente.

En consecuencia, pidió revocar totalmente el fallo apelado y, en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda.

La parte actora guardó silencio de cara a lo manifestado por la apelante, mientras que las codemandadas y las llamadas en garantía solicitaron que se confirme la providencia.

II. CONSIDERACIONES

1. Concurren en este asunto los presupuestos procesales traducidos en competencia del juez, demanda en forma, capacidad procesal y para ser parte, sin que se advierta causal de nulidad que pueda comprometer la validez de lo actuado; por manera que, se procede a resolver el asunto en referencia, en orden a lo cual se precisa que, por mandato del artículo 328 del Código General del Proceso, la actividad del Tribunal se concretará a los precisos reparos debidamente sustentados por la impugnante.

2. La responsabilidad médica

La controversia jurídica planteada se inscribe en el campo de la responsabilidad civil por la prestación de servicios médicos, tipo de responsabilidad en la que deben concurrir todos los presupuestos materiales para el éxito de la pretensión, como son la prueba de la relación jurídica que vinculó a la persona jurídica demandada con el paciente; el daño padecido por los demandantes; la culpa predicable del profesional de la medicina que actuó por cuenta de aquella y la relación de causalidad adecuada entre el

comportamiento activo o pasivo del profesional y el daño. El reproche a la actividad de los galenos que prestaron los servicios se circunscribió puntualmente a la atención brindada a Hermelinda Cuadros Parra con ocasión de la patología que la aquejó.

3. Análisis del caso concreto

Los reproches de E.P.S. Famisanar S.A.S. están fundados, esencialmente, en tres aspectos. El primero, en la presunta incongruencia en que incurrió la *iudex a quo* al aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad al caso concreto cuando la misma no fue objeto de las pretensiones. La segunda, la indebida valoración probatoria. La tercera, que no se acreditó la culpa de la recurrente.

Para tal efecto, se analizarán los reproches presentados en el orden propuesto.

3.1. De la congruencia

Al tenor del artículo 281 del Código General del Proceso, “*La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley*”, siendo esta la consagración legal del principio de congruencia de la sentencia. Así las cosas, la congruencia está relacionada con que se respeten los contornos delineados por los fundamentos fácticos, el *petitum* y los medios enervantes de este; sobre el particular, ha reiterado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que “*...se trata, pues, de un defecto en la actividad decisoria del juez, que no puede confundirse con los errores de juzgamiento, toda vez que la inconsonancia únicamente acaece cuando aquél, al dictar la sentencia, desconoce los linderos que, al respectivo debate litigioso,*

le trazaron las partes en la demanda y en la contestación, o le asignó la ley, especialmente, en materia de excepciones meritorias, ya sea porque no resuelve todo lo que dentro de esos márgenes está, ora porque se pronuncia más allá o por fuera de lo que ellos delimitan” (sentencia SC1260-2022, 22 de abril de 2022); en tanto que los intervinientes procesales, en presencia del juez de la causa, al momento de la fijación del litigio se limitaron a ratificar en los hechos pretensiones y excepciones¹².

En el *sub judice*, la acción se promovió contra la E.P.S. Famisanar S.A.S., en síntesis, por los daños causados con ocasión del tratamiento médico y por falla del servicio como consecuencia de la inadecuada prestación de los servicios de salud a la señora Hermelinda Cuadros Parra; así mismo, por la errada valoración y **diagnóstico tardío**, pese a los síntomas que presentó, el inadecuado manejo y demás conductas incorrectas derivadas del incumplimiento de los lineamientos dados por la ciencia médica en la norma técnica para la detección temprana de lesión lítica, viéndose comprometido el acetábulo izquierdo afectándole la pelvis y cadera izquierda. En consecuencia, se solicitó que fuese condenada, junto a las codemandadas, a pagar a los actores, entre otros, los perjuicios morales que la situación mencionada les provocó.

Revisada la sentencia atacada, se avista que luego de discriminar los medios suasorios recaudados y presentar un breve resumen de los que se estimaron pertinentes para el contexto del fallo, se esbozaron las consideraciones, dentro de las que se deslindó el análisis de cada uno de los elementos de la responsabilidad reclamada, y por cada una de las accionadas. De allí, que en el acápite denominado “*la culpa*”, se empezó por el estudio de la predicada

¹² Ver archivo “06Video3Audiencia20163108”, tiempo 33:44 del “CuadernoC01Principal” de la carpeta “CuadernoJuzgado” expediente digital.

respecto de la inconforme, por ser cronológicamente la primera que tuvo que ver con la atención de la paciente, a través de la IPS Cafam, y desde los albores se advirtió que *“examinado el material probatorio obrante en el expediente, se establece que en efecto la E.P.S. Famisanar es responsables por la atención deficiente que se le brindó a la Sra. Hermelinda Cuadros Parra, pues de forma reiterada incurrieron en una serie de omisiones y conductas que **impidieron que esta persona hubiere recibido un oportuno diagnóstico y tratamiento** del tumor de células gigantes que padecía **y que finalmente la llevan a la muerte**”*¹³ (negrilla extratexto); Seguido, en apoyo de tal disertación, se destacó que el médico con el que consultó el 25 de mayo de 2005 no ordenó examen adecuado que permitiera dar diagnóstico certero, destacando que se requería una radiografía para tal empeño, conforme con lo que mencionaron el testigo Francisco Bernardo Linares y el perito Camilo Soto Montoya, lo que llevó a que *“la demora en determinar con certeza el mal que la aquejaba se siguió extendiendo hasta el 29 de diciembre de 2005 (...)”*, por lo que se calificó de injustificado que la encausada, por medio de la IPS Cafam no hubiere ordenado y garantizado la práctica de los exámenes necesarios para determinar la patología de Cuadros Parra, y así actuar de conformidad, es decir, remitiéndola a un hospital de tercer o cuarto nivel. A continuación, con soporte en la jurisprudencia del Consejo de Estado, se puso de presente la importancia del diagnóstico y los efectos que apareja para quien se sustrae de utilizar todos los recursos científicos y técnicos a su alcance para obtenerlo.

Al amparo de dichas manifestaciones, se refirió que aun cuando la enfermedad que padeció Hermelinda Cuadros Parra era catastrófica y, al margen del diagnóstico y el tratamiento, no se podía garantizar que se le hubiera salvado la vida, *“lo cierto es que un diagnóstico a tiempo habría dado una expectativa de vida mayor y con ello la posibilidad de su familia hoy demandantes de compartir con ella*

¹³ Ver página 26 de la sentencia.

*e inclusive tener un mayor grado de conciencia de la enfermedad que padecía, mírese que de acuerdo a la literatura médica obrante en el expediente el tiempo de supervivencia de los pacientes con este tipo de patologías es de 32.8 meses y la tasa de supervivencia a 5 años fue del 27% (...)*¹⁴, para después, encontrar pilar en el dictamen pericial acerca de que la detección temprana del tumor en un estadio anterior permite un tratamiento intraóseo y sin cirugía como la que se practicó.

Lo precedente llevó a la *iudex a quo* a concluir que “*la entidad accionada E.P.S. Famisanar sí incurrió en error y demora en el diagnóstico pues ante la IPS Cafam pese a haber demostrado serios signos de complejidad de la enfermedad (...), es decir, transcurrieron 8 meses después de sus primeros síntomas reportados a la institución prestado de salud (sic), cuando hubiere sido posible desde un inicio haber practicar (sic) una radiografía que era necesaria no solo para advertir la gravedad de la enfermedad y remitirla a una institución que atiende casos de mayor complejidad, sino permitirle acceder a un tratamiento más oportuno que si bien no hubiere garantizado superar su enfermedad, si hubiere sido determinante para haber gozado de más tiempo de vida como se explicó en precedencia*”.

Ahora bien, la disidente asegura que en tal pronunciamiento va implícita la aplicación de la teoría de la oportunidad, porque para el despacho la paciente perdió la posibilidad de obtener un diagnóstico a tiempo y así se le limitó el poder gozar de más tiempo de vida; sin embargo, no comparte esta Colegiatura lo expuesto por la E.P.S. en esta instancia, puesto que la literalidad del fallo es puntual y específica, y no se presta a interpretaciones o ambigüedades, como quiera que se explicó con nitidez que la pasiva erró al no garantizar, como es su deber legal, que la paciente recibiera un diagnóstico tempestivo y de la mano un tratamiento acorde con ello, para lo cual

¹⁴ Ver página 28 *idem*.

se apoyó en las pruebas recaudadas, a las cuales les asignó el mérito demostrativo ya conocido y, precisamente, en la información que aportan al litigio las mismas, fue que adujo que la detección temprana de la enfermedad hubiese podido permitir extender el tiempo de vida de la paciente y brindarle mayor entendimiento, a ella y su familia, de la gravedad de su estado de salud.

En ese orden, pese a la nominación que le quiso dar la apelante a los argumentos rotulados en la decisión de primer grado, o sea, “*teoría de la oportunidad*”, lo cierto es que los mismos se orientaron a poner de presente las equivocaciones de la entidad prestadora de salud en cuanto al diagnóstico tardío de la patología que presentó Hermelinda Cuadros Parra, lo que sin mayor complejidad permite establecer, que en condiciones óptimas de atención la situación personal y familiar de la paciente pudo haber sido diferente y más favorable, sin perjuicio de que el desenlace fuese el mismo, dada la severidad con que la atacó dicha patología.

Aunado a lo precedente, se tiene que a las demandantes solamente se les reconocieron perjuicios morales, por lo que su tasación se hizo conforme a los elementos de juicio allegados, sobre la cercanía de cada una con su desaparecida familiar y a los raseros jurisprudenciales que rigen la materia, tanto, que se negaron los reclamados por Carlos Julio Cuadros Parra, al no demostrarse realmente un grado de proximidad y afectación por la muerte de su hermana.

Así, en el descrito panorama, la providencia fustigada sí se circunscribió al estudio de los hechos y pretensiones de la demanda, por lo que no se abre paso la alegación en este sentido.

De otro lado, frente a los cuestionamientos que se formularon en la alzada, referentes a cuál es la posibilidad o expectativa de mayor vida si la paciente rechazó la mejor opción para el tratamiento de su

patología, que era la hemipelvectomía, o si de haber conocido Hermelinda 3 o 4 meses antes el diagnóstico de tumor por células gigantes en la pelvis su postura hubiese sido diferente, o la aseveración atinente a que, si se hubiese determinado antes la enfermedad ello no garantizaba una mayor expectativa de vida porque lo que la llevó a la muerte fue el oponerse al tratamiento propuesto, la Sala estima pertinente hacer las siguientes reflexiones.

Lo primero, es que no se advierte la presencia de argumentos que tiendan a desvirtuar las disertaciones de la sentencia, ni a poner de manifiesto cuáles fueron los presuntos yerros en que se incurrió, sino que se trata de una exposición de situaciones hipotéticas y que por ende esta Corporación no puede contestar.

Segundo, de cara a las preguntas sobre la expectativa de vida que podía incrementarse para la paciente y la determinación que hubiese adoptado Hermelinda Cuadros Parra de haber obtenido un diagnóstico oportuno, no es dable a esta Colegiatura hacer un pronunciamiento, pues la decisión debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso (art. 164 C.G.P.) y no en lo que no ocurrió ni se acreditó; no obstante, téngase en cuenta que, al referirse la *iudex a quo* sobre la posibilidad de ampliar la vida de la paciente, se fundó en las estadísticas informadas por la literatura médica que se aportó al expediente, y no se enfiló la disidencia contra tal apreciación, lo que la deja incólume. Además, la voluntad que hubiese podido expresar la difunta Hermelinda de haberse obtenido un diagnóstico oportuno es incierta, dado que ello no tuvo lugar, en la medida en que la E.P.S., a través de la I.P.S. encargada, no cumplió con tal deber, por lo que de ahí en adelante sería especulativa la argumentación.

Tercero, en cuanto a que el no sometimiento de la entonces enferma Cuadros Parra a la hemipelvectomía planteada como

tratamiento, fue lo que la llevó a la muerte, es importante precisar, que tal decisión humana de la paciente sobrevino cuando ya existía un diagnóstico, lo que sitúa temporalmente esa discusión después del 29 de diciembre de 2005, que es la fecha límite hasta la que se generó la negligencia de la encartada para llegar a obtener la identidad de la patología, lo que de suyo hace que en nada se modifique el fallo, pues permanece inhiesta la equivocación traducida en el diagnóstico tardío.

Es infértil en integridad el reparo.

3.2. Indebida valoración de las pruebas

En la alzada se sostuvo que la responsabilidad declarada surgió de la deficiente atención, las omisiones y conductas en que incurrió las E.P.S. mediante la I.P.S. Cafam al impedir que Hermelinda Cuadros Parra recibiera un diagnóstico oportuno y el tratamiento, por lo que enlistó como “*disentimientos*”, los siguientes:

- El perito no conoció ni tuvo acceso a la historia clínica de Cafam, por tanto, sus apreciaciones y conceptos fueron informadas al proceso con base en su experiencia y formación profesional y con el contenido de la historia clínica registrada por el Hospital Universitario San Ignacio.

Nuevamente se echa de menos el reproche concreto contra los fundamentos de la sentencia, debido a que no se dijo específicamente si lo relatado, a juicio de la inconforme, le resta mérito probatorio a la experticia en integridad o siquiera parcialmente. Además, en la providencia se tuvo en cuenta que la apoderada de Famisanar en su alegato de conclusión señaló que el experto no conoció la historia clínica que se llevó en la I.P.S. Cafam, y no le era dable asegurar que el tiempo de evolución fue de 10 meses, ante lo que se explicó que “*en*

todo caso este supuesto si está acreditado con la historia clínica de tal I.P.S. allegada al proceso, donde se confirma una evolución del dolor desde la primera cita hasta cuando es atendida por primera vez en el hospital San Ignacio por aproximados 8 meses”; es evidente que la conclusión del despacho encontró apoyo demostrativo para el puntual suceso del diagnóstico tardío de Cafam I.P.S. en la propia historia clínica que de tal entidad se arrimó al expediente, por lo que queda frustrada la apelación en este sentido.

- María Oliveria Parra de Cuadros y María Otilia Cuadros Parra reconocieron que su hija y hermana, respectivamente, no accedió a la amputación de su pierna.

Para la Sala, esta genérica manifestación de la pasiva no lleva a revocar lo decidido, pues no se discute que efectivamente Hermelinda Cuadros Parra fue renuente a que se le practicara la hemipelvectomia, tal como lo reconocieron su madre y su hermana, a la par que la declaración de responsabilidad contra la E.P.S. tuvo su origen en la etapa surtida ante la I.P.S. Cafam por incurrir en errores al establecer el diagnóstico de la patología entre el 25 de mayo de 2005 y el 29 de diciembre del mismo año, mientras que el suceso ahora mencionado tuvo lugar ante el hospital San Ignacio, después de consumada la negligencia ya mentada. No prospere el reparo.

- María Marlén Cuadros Parra manifestó que su hermana comenzó a sentir dolor en la cadera desde el año 2003, circunstancia que no analizó el Despacho de primer grado, teniendo en cuenta que la primera cita se registró en mayo de 2005.

- No puede asegurarse, como lo hizo la juez, que las primeras señales de la enfermedad se presentaron en mayo de 2005, pues tal como adujo María Marlén Cuadros Parra el dolor se presentó desde

el año 2003, por lo que es posible que cuando se acudió a la consulta en la fecha mencionada la enfermedad de tumor de células gigantes *“quizás ya estaba instaurada y no era entonces sus primeros síntomas y además fue incidentalmente dentro de la práctica del examen físico se advirtió el dolor en la cadera y pierna izquierda.”*

Es cierto que la actora aludida en su declaración¹⁵ narró que para el año 2003 se presentaron síntomas en la humanidad de Hermelinda, empero ello en nada altera la responsabilidad de la E.P.S., en la medida en que se fincó en que entre la primera consulta a la que asistió la paciente con los dolores mencionados a su médico y el momento en que se estableció el diagnóstico pasaron cerca de 8 meses, y dentro de las defensas de la accionada no se esgrimió que Hermelinda hubiese acudido tiempo después de sentir dolor, y ello comprometió su recuperación. No se abren paso las alegaciones.

- La IPS Cafam realizó el tratamiento para lo que sospechó como primera medida, un dolor muscular.

La persistencia en el concepto inicial brindado en la entidad referida, pese a no hacerse exámenes a la paciente y persistir los síntomas, fue lo que conllevó a que no se tuviese un diagnóstico acertado con celeridad, por lo que la acotación de la pasiva es infructuosa para revocar la decisión.

- El perito aludió que no es fácil para un profesional de medicina general y/o familiar pensar que se trataba de lesión lítica o de esta clase de tumor. Adicionalmente, la formación actual puede llevar a los médicos a sospechar de la presencia de tumores y a hacer exámenes idóneos más rápido, pero los lineamientos vigentes no pueden aplicarse a un hecho ocurrido hace 16 años.

¹⁵ Ver tiempo 5:06 del archivo “06Video3Audiencia20163108” del “CuadernoJuzgado” del expediente digital.

En punto de la explicación del experto, es útil señalar, que en el interrogatorio que absolvió¹⁶ manifestó, en síntesis, que (tiempo 41:20) con una simple radiografía de pelvis o de cadera izquierda pueden detectarse neoplasias o tumores músculo esqueléticos, si en la radiografía quedan dudas de la existencia, se usa una resonancia magnética (tiempo 44:01). Los tratamientos de fisioterapia comprenden medidas antiinflamatorias, como aplicación de calor, de frío, masajes, electroestimulación transcutánea, ultrasonido, la parte dinámica, estiramientos musculares, y todo ello favorece el crecimiento tumoral. Que (tiempo 1:02:39) el promedio universal para detectar la patología de células gigantes es de 4 meses, pero para un médico no entrenado en ortopedia oncológica (tiempo 1:03:09) no es fácil pensar en la presencia de un tumor, pues el proceso obligatorio de sospechar y pedir una radiografía simple, en un médico general, puede no darse esa conexión mental y no hacer el diagnóstico temprano. A su vez, al ser consultado precisó que (tiempo 1:03:58) son síntomas que generan sospecha alta de la enfermedad: el dolor atípico, permanente (tiempo 1:06:17) que se diferencia de otros dolores más frecuentes que son los mecánicos, el tumoral es permanente, se exacerba con el estímulo físico o mecánico, no se quita con el sueño, de hecho, despierta a quien lo padece, ese dolor atípico es la clave clínica para hacer el diagnóstico de un tumor como estos. Luego, refirió que (tiempo 1:08:00) el dolor presentado por Hermelinda daba para sospechar por lo menos de un tumor, más por la edad de la paciente.

En ese contexto, se evidencia que pese a que el personal sanitario sin especialidad en oncología no tiende a sospechar de inmediato la presencia de un tumor y ordenar exámenes de descarte, lo cierto es que los síntomas que presentó Hermelinda Cuadros Parra, tales como el dolor constante y atípico, la anemia,

¹⁶ Ver archivo "24Video1Audiencia20210514" del "CuadernoJuzgado" del expediente digital.

la pérdida de peso y la evidente agravación de su salud, eran claros indicadores del tumor; no obstante, entre el 25 de mayo de 2005 y el 29 de diciembre de ese calendario no se hicieron cambios en el manejo clínico, lo que conllevó a que se sobrepasara por mucho el promedio de detección, y, en palabras del experto, con la fisioterapia, se favoreció el crecimiento tumoral, por ende, para cuando se obtuvo el diagnóstico, ya fue tardío. Mírese, además, que las conclusiones del perito no fueron controvertidas ni mucho menos abatidas en el plenario, razón por la que sirven de elemento de juicio para adoptar la decisión. Frustrada queda la alzada en este sentido.

El segundo ítem del reproche, contiene únicamente una consideración propia de la recurrente, desprovista de soporte probatorio, en la medida en que no menciona el fundamento científico o técnico de su dicho, en torno a que para cuando se valoró a la paciente los lineamientos para la detección tumoral eran diferentes, motivo por el que se rechaza tal lucubración.

- La visión del experto es más amplia sobre este tipo de tumores, en comparación con lo que se conocía para el año 2005 por un médico general y familiar, que en su momento estimó adecuada la electromiografía y la radiografía lumbosacra por el dolor lumbar y ante la no mejoría se escaló ante la especialidad de ortopedia.

La improcedencia del reparo es evidente por cuanto no se expuso la literatura médica que le sirve de apoyo, quedando como una mera afirmación de parte.

- Consideró la dispensadora de justicia que no se atendió la anemia y pérdida de peso, tos, pero no fue así, dado que se

ordenaron exámenes, al paso que olvidó aquella, que tales síntomas no se enmarcan dentro de una sola patología.

Como se destacó al valorar las respuestas brindadas por el perito en audiencia, los síntomas que reveló la señora Cuadros Parra si servían como indicador de sospecha tumoral, por lo que las órdenes impartidas por el galeno adscrito a la IPS Cafam, desacertadas, por cierto, no eximen de responsabilidad a la E.P.S. apelante.

- Para el diagnóstico de la enfermedad no pasaron 8 meses, en tanto la primera consulta fue el 25 de mayo de 2005 y la radiografía de caderas “*seguramente*” se ordenó el noviembre de esa anualidad, al finalizar el tratamiento por fisioterapia y los resultados se obtuvieron el 29 de diciembre de 2005, lo que arroja un término de 7 meses o menos.

Con suficiencia se ha explicado que la atención ofrecida desde la primera cita que tuvo la paciente, se itera, 25 de mayo de 2005, hasta el 29 de diciembre de 2005, cuando por fin se le ordenó un examen idóneo consistente en la radiografía de pelvis, implicó un manejo inadecuado de la salud de la persona tantas veces mencionada, excediendo el promedio de 4 meses para la detección del tumor, y conllevando el deterioro del estado de salud inicial, reduciendo considerablemente las posibilidades de mejoría y de tratamiento menos invasivo, así como la expectativa de vida. En ese orden, el error en el cálculo temporal en que incurrió la juez, al señalar un tiempo de 8 meses, no quita ni pone ley en este asunto, dado que las fallas a la hora de buscar un diagnóstico y de dictaminarlo son evidentes, por lo que no se acoge el reparo.

3.3. “No se acredita culpa probada en cabeza de Famisanar”

En sentir de la censora, la E.P.S. no es civilmente responsable por los daños alegados, como quiera que no existe nexo de causalidad entre el servicio administrativo que presta y dichos perjuicios, pues nada tuvo que ver frente a la atención médica asistencial dispensada, ya que solo tiene la función de garantizar la cobertura y acceso de las prestaciones médico asistenciales del Plan Obligatorio de Salud vigente.

La disidente, de nueva cuenta expone sus propias inferencias, sin atacar los raseros plasmados en la sentencia, como quiera que con absoluta claridad se enunció en esta el contenido de la SC13925 de 2016 proferida por la Corte Suprema de Justicia, en la que se esgrimen los motivos por los que la E.P.S., debe salir a responder por las fallas en la prestación del servicio de salud en que incurra la I.P.S. cuando se causen daños; por lo que, al hallar la decisión cuestionada, respaldo jurisprudencial y probatorio, se mantiene inmodificable.

III. CONCLUSIÓN

En síntesis, la decisión de primer grado se ajustó a derecho y se acompasó con lo revelado por los elementos de juicio legal y oportunamente recaudados, de los que se logra obtener demostración del diagnóstico tardío efectuado por el profesional adscrito al ente que prestaba los servicios de salud por designación de Famisanar E.P.S. a la paciente Hermelinda Cuadros Parra, falencia que aparejó complicaciones para el manejo de su patología, con el fatal desenlace que afectó perjudicialmente a los actores; por consiguiente, se impone su confirmación.

Dado el resultado del recurso de apelación, se impondrá condena en costas por la segunda instancia a la demandada (num. 1° art. 365 C.G.P.).

IV.- DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

PRIMERO: CONFIRMA la sentencia proferida el 28 de mayo de 2021 por el Juzgado 50 Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto referenciado.

SEGUNDO: Se condena en costas por el trámite de la segunda instancia a la recurrente a favor de la demandante. Como agencias en derecho, el magistrado sustanciador fija la suma de \$1.000.000. Liquidense por la Secretaría de la primera instancia, en su debida oportunidad.

TERCERO: En su oportunidad, devuélvase la actuación digital, al juzgado de origen.

Notifíquese.

Magistrados integrantes de la Sala

JAIME CHAVARRO MAHECHA

ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

[11001310303020130044902](https://www.corteconstitucional.gov.co/objeto/11001310303020130044902)

Firmado Por:

**Jaime Chavarro Mahecha
Magistrado
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

**Luis Roberto Suarez Gonzalez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

**Adriana Saavedra Lozada
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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

Código de verificación: **9125c3f5031eda369d55be24676d1ed4c67905b49162a1ded794f669ad72bab8**

Documento generado en 14/09/2022 04:26:34 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
SALA CIVIL DE DECISIÓN

Bogotá, DC, catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Radicación n.º **11001310303520180030802**

Se **admite**, en el efecto **suspensivo**, el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 19 de agosto de 2022 proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Civil del Circuito de Bogotá.

Téngase en cuenta que el presente trámite se rige por la Ley 2213 de 2022¹, por lo que, ejecutoriada la presente providencia, comenzará a correr el término de cinco (5) días, previsto en el artículo 12 de dicha normativa.

Por Secretaría contabilícese el término señalado en el numeral anterior y oportunamente ingrésense las diligencias al Despacho para lo pertinente.

NOTIFÍQUESE,

LIANA AIDA LIZARAZO V.
Magistrada

¹ En virtud de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el canon 624 del Código General del Proceso, se aplica la ley mencionada, dado que era la norma vigente cuando se interpuso el recurso.

Firmado Por:
Liana Aida Lizarazo Vaca
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 008 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: **e57d81d3517de7ac8ab6a4742f15c2815914532acb51dda72a827ff830f5c9ef**

Documento generado en 14/09/2022 03:11:44 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. 110013103036201900325 02**

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Ingresadas las diligencias al Despacho, de conformidad con lo normado en el inciso 2° del artículo 12 de la ley 2213 de 2022, se corre traslado por el término de cinco (5) días al apelante para que sustente los reparos que, de manera concreta formularon contra la sentencia del *a quo*, so pena de **DECLARARSE DESIERTO**.

Vencido el término antes mencionado, córrase traslado al extremo contrario de la sustentación por el término de cinco (5) días.

Secretaría controle los mencionados términos, para que vencidos, se ingrese el expediente al Despacho, a fin de proferir la decisión que en derecho corresponda.

Notifíquese y Cúmplase,


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: **fc2f23a575eb78d56e5b37823b44908cd1ae723f4aff817e025470bc88b425ae**

Documento generado en 14/09/2022 01:04:55 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., catorce (14) de septiembre de dos mil
veintidós (2022).*

*ACCIÓN POPULAR instaurada por LIBARDO
MELO VEGA CONTRA LA COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES
S.A.S. EXP. 03820200019801.*

*MAGISTRADO PONENTE: JORGE EDUARDO
FERREIRA VARGAS.*

*Discutido y aprobado en Salas de Decisión del 27 de
julio y 14 de septiembre del 2022.*

*Decide el Tribunal el recurso de apelación
interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 2 de junio de 2022,
proferida en el Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito de Bogotá.*

I. ANTECEDENTES

1.- El señor Libardo Melo Vega entabló demanda de acción popular en contra de la Compañía Nacional de Chocolates S.A.S. pretendiendo principalmente se declare que: (i) La convocada ha violado los derechos colectivos consagrados en el literal n) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998, el artículo 78 de la Constitución Nacional y la Resolución 16379 de 2003 en razón a la deficiencia de llenado no funcional del producto preenvasado “CHOCOLISTO CHOCOLATE” de contenido neto de 1000 gramos; en esa línea, (ii) Se le ordene retirar de forma inmediata el producto referido, (iii) Abstenerse de continuar su producción; (iv) De igual forma, condenarla al pago de los perjuicios atendiendo lo consagrado en el canon 34 de la Ley 472 de 1998 y las costas dentro del respectivo trámite, entre otras¹.

En todo caso, y en subsidio de las pretensiones 2ª y 3ª, solicitó que se abstenga de fabricar “CHOCOLISTO CHOCOLATE” en una presentación de contenido neto de 1000 gramos sin las correspondientes advertencias que comuniquen de forma suficiente, clara y oportuna las deficiencias referentes al llenado del empaque.

¹ Folio 11 Archivo “01.ESCRITO ACCIÓN POPULAR”.

2.- Las súplicas se edifican en los hechos que enseguida se sintetizan²:

2.1.- La demandada Compañía Nacional de Chocolates S.A.S. fabrica el producto preempacado "CHOCOLISTO CHOCOLATE" en una presentación de contenido neto de 1000 gramos, siendo ofrecido a la sociedad en un envase que es llenado muy por debajo de su capacidad real, es decir, se anuncia un contenido neto de 1000 gramos de producto pero esa cantidad no lo llena.

2.2.- Refirió que en el empaque con el cual se promociona el producto no puede evidenciarse el nivel de llenado en razón al sellamiento que posee. Para argumentar matemáticamente su afirmación, indica que la deficiencia de llenado no funcional es de aproximadamente 22,22%, si se tiene en cuenta que la altura del envase es de 22,5 cm y el vacío presentado es de cerca de 5 cm.

2.3.- Acorde con ese relato, indicó que de conformidad con la Resolución 16379 del 18 de junio de 2003, se califica como engañoso un preempacado que es llenado con una capacidad inferior a la real, sin que se precisen e informen a los consumidores las condiciones técnicas del porqué de ese suceso.

2.4.- Asegura que conforme a la norma referida, corresponde al empresario advertir y comunicar de forma suficiente, clara, oportuna, verificable, comprensible y precisa lo relacionado con la deficiencia aludida, sin que ello ocurra en el empaque del "CHOCOLISTO CHOCOLATE" en una presentación de contenido neto de 1000 gramos, por ende, no podía ponerse en circulación ese producto.

3.- El reparto correspondió al Juzgado 38 Civil del Circuito de Bogotá quien por auto de 4 de agosto de 2020 admitió la demanda, ordenando notificar a la accionada y comunicando el libelo a la PROCURADURÍA DELEGADA PARA ASUNTOS CIVILES, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, así como a la DEFENSORÍA DEL PUEBLO.

3.1.- La sociedad Compañía Nacional de Chocolates S.A.S., por intermedio de su apoderado judicial, señaló que satisface la totalidad de las exigencias normativas en la producción de los bienes que oferta. Refirió que el tarro Chocolisto Chocolate * 1000 gramos se encuentra diseñado para ocupar un volumen interno de 2500 cm³ y una densidad de producto de 0,4 g/cm³, razón por la que sólo se llena hasta la base del cuello, es decir, hasta el límite de la capacidad permitida, evitando de esa manera que la mezcla entre en contacto con agentes externos que generen contaminación.

Aseguró que debido al proceso de envasado, el empaque se transporta constantemente, razón por la que el movimiento contribuye al aumento de la densidad del producto, en como consecuencia, al acrecentar su densidad se genera mayor espacio en la cabeza del tarro. Señaló,

² Fls. 4 a 9 Archivo "01.ESCRITO ACCIÓN POPULAR".

que el espacio de cabeza se considera como el vacío que existe entre la superficie del producto y la base del cuello del tarro, y no como lo pretende hacer ver el actor, es decir, hasta el borde superior del empaque.

En todo caso, destacó que las mediciones rudimentarias realizadas por la actora, el uso de regla y un producto cuyo origen no se tiene certeza, no pueden incidir sobre las pruebas técnicas que si satisface la demandada.

Tras reiterar que el movimiento del empaque es lo que causa el cambio de densidad del producto, interpuso las excepciones de mérito que título: “cumplimiento de la normatividad técnica y constitucional respecto del producto de la accionada”, “ausencia de violación derechos colectivos y adecuado suministro de información” y “abuso del derecho, mala fe y temeridad”.

3.2.- La Superintendencia de Industria y Comercio por su parte, informó que dentro de sus competencias se encuentra la relativa a los reglamentos técnicos y metrología legal, razón por la cual si bien está a su cargo la facultad investigativa sobre asuntos como el que se relata en el dossier, lo cierto es que ello no limita la posibilidad de que el Juez se pronuncie frente a la existencia o no de actos que vayan en contra de los derechos de los consumidores.

3.3.- Mediante auto de 11 de febrero de 2021 se fijó fecha para audiencia de que trata el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, en cuya materialización se declaró fracasada el día 3 de marzo de esa anualidad.

3.4.- En auto de 5 de abril de 2021³ se dio apertura al debate probatorio y posteriormente traslado de alegatos, auto de 27 de abril de 2022.

3.5.- En sentencia del 2 de junio de 2022 se negaron las pretensiones de la demanda y se declararon probadas algunas de las excepciones propuestas por la Compañía Nacional de Chocolates S.A.S.

4.- Contra esa determinación el extremo actor propuso recurso de apelación que ahora se analiza.

EL FALLO CENSURADO

5.-. La Juez a-quo encontró cumplidos los presupuestos procesales, y luego de hacer un recuento de los hechos y pretensiones, estimó que el problema jurídico se centraba en determinar si el producto Choclista en presentación de 1000 gramos era preempacado de forma engañosa, con deficiencia de llenado funcional y violentando el reglamento técnico contenido en la Resolución 16379 de 2003.

³ Archivo “48AbrePruebasAcción”.

Tras hacer referencia a los artículos 23 y 24 de la Ley 1480 de 2011, y aspectos técnicos de la reglamentación del llenado de los empaques, sostuvo que en el envase se refiere la leyenda “Cont. Neto 1000 g”, así pues, no obra prueba alguna que demuestre que el producto no corresponde al ofertado, o por lo menos en la cantidad publicitada.

Atestó que frente al llenado funcional, no existe elemento probatorio alguno del cual se pueda concluir que la medición realizada por el actor, la regla y los 5 cm existentes entre el producto y el extremo superior del borde, sea certera y que cuente con un soporte técnico pertinente.

Finalmente, refirió que no se acreditó que el producto objeto del cartular no posee los 1000 gramos que se oferta al público, por lo que los derechos que considera el demandante como amenazados con el actuar de la demandada, no resultan probados.

EL RECURSO DE ALZADA

*6.- La parte demandante inconforme con la decisión pronunciada en primera instancia interpuso recurso de apelación, oportunidad en la que expuso que el fallo de primera instancia omitió valorar la realidad de la problemática planteada, comoquiera que en ningún caso se refirió el incumplimiento de la demandada en la medida de peso de 1000 gramos publicitada a los consumidores, por el contrario, pretendía establecer el preempacado engañoso que representa una deficiencia en el llenado del producto Chocolisto * 1000 gramos, y sin que se ponga de presente la razón del vacío cercano a un 22,5% del empaque.*

Destacó igualmente la ausencia de aplicación del precedente horizontal y vertical, para lo cual sostuvo que distintas autoridades judiciales, de las cuales allegó el respectivo extracto, han sostenido que el preempacado engañoso representa una amenaza para los derechos de los consumidores, resaltando que el empaque de un producto en su estructura y presentación debe ser lo más ajustado posible a la realidad del contenido del producto.

Refirió igualmente, que se declinó del esfuerzo probatorio con las fotografías arrimadas al expediente, en específicos aquellas en las cuales se pretendía demostrar la deficiencia en el llenado y por el contrario se ramificó el análisis a un tema sobre el cual no se solicitó examen alguno, esto es, el peso contenido en el tarro de Chocolisto.

6.1.- Por auto adiado 23 de junio de 2022 se concedió la alzada en efecto suspensivo.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

7.- Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico procesal, no hay duda que se encuentran reunidos y como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se impone emitir fallo de mérito que decida la controversia.

8.- Desde la promulgación de la Constitución Política de 1991 en el artículo 88 se consagró la **acción popular**, como mecanismo para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella; luego la Ley 472 de 1998 desarrolló ese precepto constitucional al consagrar en el artículo 1º que el objeto es regular las acciones populares y las de grupo que trata la norma constitucional en cita, orientadas a garantizar la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos.

De la interpretación del primer articulado puede decirse que la Carta Política creó dos clases de acciones populares: una con **finés concretos o específicos** otorgada a una o varias personas dentro de la comunidad, para defender los derechos e intereses allí indicados de todo ese conglomerado (inciso primero); y, otra llamada por la jurisprudencia “**de grupo o de clase**” que se encuentra en cabeza de cualquier miembro del grupo, para reclamar la indemnización por un perjuicio inferido a “un número plural de personas” (inciso segundo).

Adviértase que la Constitución de 1991 no distingue como lo hace la doctrina, entre **intereses colectivos e intereses difusos**, para restringir los primeros a un grupo organizado y los segundos a comunidades indeterminadas, pues ambos tipos de intereses se entienden comprendidos en el término “colectivos”. Las acciones populares protegen a la comunidad en sus derechos colectivos y por lo mismo, pueden ser promovidas por cualquier persona a nombre de la comunidad cuando ocurra un daño a un derecho o interés común.

Las acciones populares no son extrañas al ordenamiento jurídico colombiano. Primeramente, surgieron como acciones populares y ciudadanas con fines abstractos, en cuanto buscaban la defensa de la legalidad y la constitucionalidad de los actos jurídicos de carácter legislativo y administrativo. Luego, como acciones populares con fines concretos, en virtud del interés colectivo de un sector de la comunidad que se busca defender de los poderes del Estado, de la administración pública y de los fuertes grupos económicos

En el Código Civil, se regulan acciones populares que se agrupan en: i) **Protección de bienes de uso público** (entre otros artículos 1005, 1006, 2007, 2358 y 2360), dirigidas a preservar la seguridad de los transeúntes y el interés de la comunidad respecto de obras que amenacen causar un daño; y, ii) **Acción por daño contingente** (artículos 2359 y 2360), que puede derivarse de la comisión de un delito, la imprudencia o negligencia de una persona, que pongan en peligro a personas indeterminadas.

Enseña la Ley 472 de 1998 que las acciones populares son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos, las que se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible (artículo 2°).

Esa misma normatividad en su artículo 4° define como derechos e intereses colectivos los que siguen:

- a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;*
- b) la moralidad administrativa;*
- c) la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;*
- d) el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;*
- e) La defensa del patrimonio público;*
- f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación;*
- g) La seguridad y salubridad públicas;*
- h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública;*
- i) La libre competencia económica;*
- j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna;*
- k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos;*
- l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente;*
- m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes;*
- n) Los **derechos de los consumidores y usuarios.***

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

PARÁGRAFO. Los derechos e intereses enunciados en el presente artículo estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente ley (artículo 4°) (El resaltado no es original).

9.- *Del petitum y de la causa petendi en que se apoya aquél, se infiere que la acción intentada por el extremo actor es la popular consagrada en el artículo 88 de la Carta Política y la Ley 472 de 1998, pretendiendo se le ordene a la sociedad accionada abstenerse de forma inmediata de seguir fabricando el producto preempacado “CHOCOLISTO CHOCOLATE” de contenido neto *1000 gramos que presente DEFICIENCIA DE LLENADO NO FUNCIONAL”, adicionalmente, “RETIRE del mercado el producto preempacado (...) que ha sido puesto en circulación en un envase que presenta DEFICIENCIA DE LLENADO NO FUNCIONAL”;* entre otras.

*En subsidio, y al tratarse de una deficiencia necesaria, abstenerse de “fabricar el producto preempacado “CHOCOLISTO CHOCOLATE” de contenido neto *1000 gramos sin las correspondientes advertencias que comuniquen de forma suficiente, clara, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea todo lo relacionado con tal situación, es más, la información que permita establecer a qué aspecto técnico obedece la deficiencia, el nivel de llenado y demás advertencias que resulten inherentes a dicha temática.*

10.- *En ese contexto y para entrar en materia, es de memorar que la protección al consumidor está consagrada, igualmente por los artículos 78 y 88 del mismo Supremo Ordenamiento Nacional, y en la primera de las mencionadas normas se establece que la “(...) ley regulará ... la información que debe suministrarse al público en la comercialización de bienes y servicios”.*

Así mismo, se contempla la responsabilidad de quienes en la “(...) comercialización de bienes y servicios atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios”.

Destaca la Sala, además, que las anteriores disposiciones, salvo expresa excepción legal, se aplican tanto a las personas que tengan la calidad de comerciantes, como a cualquier particular que concurra a desarrollar - dentro del mercado colombiano - la actividad de enajenación de bienes o servicios, pues esas son las características que dan a las normas constitucionales su naturaleza, esto es, aplicación igualitaria, general y prevalente.

11.- *Trasuntado lo anterior, hácese necesario puntualizar que, atendiendo a lo dispuesto por el inciso 1º del artículo 328 del Código de los Ritos Civiles, el análisis de la Sala en sede del recurso de apelación interpuesto se circunscribirá a desatar las protestas elevadas contra la sentencia de primer grado, relativa a la distorsión del problema jurídico a resolver, comoquiera que la juez de primer grado aludió a cuestiones ajenas a la discusión planteada por el actor.*

*Reza la normativa en cita que: “**El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley (...)**” (negritas fuera del texto original).*

12.- En ese orden de ideas, rápidamente colige la Sala que, la Juez a-quo erró en la delimitación y resolución del problema jurídico puesto a consideración por el actor popular, habida cuenta que la cuestión a la que aludió fue a la deficiencia de llenado del empaque correspondiente al producto Chocolisto por *1000 grs que produce la sociedad convocada, mas no, a establecer si el contenido o peso neto del producto allí preenvasado correspondía con el referido en la etiqueta y ofertado al público en general.

Al respecto, recordemos que la funcionaria consideró: “En efecto, no se demostró por medio de báscula o algún elemento que mida el peso del producto, que éste en realidad no contiene los 1000 gramos que señala la fabricante en su etiqueta”, temática sobre la cual, se insiste, no se fundó la Litis.

Y si bien, consideró, “[t]ampoco se acreditó por parte del actor popular, que el envase que contiene el producto, tenga una capacidad de 1000 gramos cuando es llenado hasta que se rebose y que por tanto se presenta un llenado no funcional, sino que se limitó únicamente a medir la distancia que hay entre el producto y el filo del tarro que lo contiene, lo cual es insuficiente para acreditar que no se está cumpliendo por la parte accionada en el peso ofrecido en venta”, lo cierto es que dicha conclusión, nada tiene que ver con el objeto del debate, según se anotó.

En efecto, como sustento de la acción constitucional de la referencia, se indicó que el producto Chocolisto Chocolate en la presentación de contenido neto * 1000 gramos, “se ofrece a los consumidores en un envase que es llenado muy por debajo de su capacidad real, es decir, en el envase se anuncia un contenido neto de 1000 gramos pero esta cantidad de producto NO llena el envase que lo contiene”, a juicio del interesado, “[e]n este preempacado NO se puede ver el nivel de llenado del envase, debido a que el color del envase no lo permite y a que viene totalmente sellado, asumiéndose que el envase viene totalmente lleno de producto, situación que NO sucede pues al lograr abrir el envase se observa que presenta una DEFICIENCIA DE LLENADO NO FUNCIONAL de aproximadamente 22,22% del total de la capacidad del envase. Se observa como la altura total del envase es de 22.5cm y la deficiencia de llenado es de aproximadamente 5cm”; se trata entonces de la deficiencia de llenado del respectivo envase, más no de la alteración en el peso neto del contenido del producto ofertado.

13.- Bajo ese escenario, para resolver resulta necesario traer a colación el contenido del artículo 1° del Estatuto del Consumidor –Ley 1480 de 2011-, según el cual:

“Esta ley tiene como objetivos proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos, en especial, lo referente a:

1. La protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y seguridad.

2. El acceso de los consumidores a una información adecuada, de acuerdo con los términos de esta ley, que les permita hacer elecciones bien fundadas.

3. La educación del consumidor.

4. La libertad de constituir organizaciones de consumidores y la oportunidad para esas organizaciones de hacer oír sus opiniones en los procesos de adopción de decisiones que las afecten.

5. La protección especial a los niños, niñas y adolescentes, en su calidad de consumidores, de acuerdo con lo establecido en el Código de la Infancia y la Adolescencia” Se resalta.

Adicionalmente, el numeral 1.3. del artículo 3° de la misma normatividad, prevé como derecho de los consumidores y usuarios el de “(...) recibir información: Obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación, así como sobre los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización, los mecanismos de protección de sus derechos y las formas de ejercerlos”.

Y, finalmente el canon 23 de la misma obra, desarrolla el contenido a la información mínima que debe brindarse respecto de un producto o servicio, en los siguientes términos:

“Los proveedores y productores deberán suministrar a los consumidores información, clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan y, sin perjuicio de lo señalado para los productos defectuosos, serán responsables de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información. En todos los casos la información mínima debe estar en castellano.

PARÁGRAFO. Salvo aquellas transacciones y productos que estén sujetos a mediciones o calibraciones obligatorias dispuestas por una norma legal o de regulación técnica metrológica, respecto de la suficiencia o cantidad, se consideran admisibles las mermas en relación con el peso o volumen informado en productos que por su naturaleza puedan sufrir dichas variaciones.

(...)”.

En esa línea, no puede perderse de vista la Resolución 16379 de 2003 incorporada en el Capítulo IV, Título VI de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, el cual establece en el Numeral 4.7 “Disposiciones de preempacados engañosos”, lo siguiente:

“Para efectos de lo previsto en los artículos 14 a 16 del Decreto 3466 de 1982 se deberá observar lo siguiente:

a) Un preempacado no debe tener fondo, paredes,

tapa o cubierta falsos, ni ser construido de esa manera, total o parcialmente, que pueda inducir a error a los consumidores.

b) Un preempacado no debe hacerse, formarse o llenarse, de forma que pueda inducir a error al consumidor. Si un consumidor no puede ver el producto en un preempacado, se asumirá que está lleno. Se califica como engañoso un preempacado que presente deficiencia de llenado no funcional. La deficiencia de llenado es la diferencia entre la capacidad real del material de empaque y el volumen de producto que contiene. La deficiencia de llenado no funcional, es el espacio vacío de un preempacado que se llena a menos de su capacidad.

c) Sin perjuicio de suministrar al consumidor las advertencias del caso, la deficiencia de llenado puede ser necesaria para los siguientes propósitos:

i. Protección del producto;

ii. Requerimientos de las máquinas utilizadas para acomodar el contenido de los Preempacados;

iii. Asentamiento inevitable del producto durante el manejo y transporte; y

iv. Necesidad de que el preempacado desempeñe una función específica (por ejemplo dónde el preempacado desempeña una función específica en la preparación o consumo de un alimento), dónde tal función es inherente a la naturaleza del producto y se comunica claramente a los consumidores”.

Disposición vigente para la data en que se presentó la acción popular que ocupa la atención de la Sala, habida cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6° de la Resolución 32209 de 2020 “Por la cual se modifican los Capítulos Primero, Segundo y Cuarto del Título VI de la Circular Única, y se reglamenta el etiquetado y el control metrológico aplicable a productos preempacados”, se dispuso: “Los artículos 1, 2, 3, 4 y 6 de la presente resolución, entran a regir a partir de los doce (12) meses siguientes a la publicación en el Diario Oficial. Con la entrada en vigencia de los mencionados artículos 1, 2, 3, 4 y 6 de este acto administrativo, se deroga la Resolución 16379 de 2003”; publicada el 06 de julio del año 2020.

En lo que toca, a la última resolución expedida, se contempló:

“4.13.3. Llenado completo Si un consumidor no puede ver completamente el producto en el preempacado, se presumirá que está lleno. Es posible que un preempacado no esté lleno completamente siempre y cuando la diferencia entre el volumen real del material de empaque y el volumen del producto que contiene (espacio vacío funcional) se requiera en el proceso de producción.

4.13.4. Espacio vacío funcional El espacio vacío es la diferencia entre la capacidad del material de empaque y el volumen del producto que contiene. Un espacio vacío se considera funcional cuando sea necesario en los siguientes casos:

- a) Para el proceso de producción;
- b) Para la protección del producto;
- c) Por los requisitos de las máquinas usadas para llenar el preempacado;
- d) Por el asentamiento inevitable del producto durante su despacho y manipulación; y
- e) Por la necesidad de que un preempacado lleve a cabo una función específica (por ejemplo, cuando el empaque tiene una función en la preparación o consumo de un alimento), en donde dicha función es inherente a la naturaleza del producto.

El productor, importador, empacador o quien ponga su marca o enseña en el producto, deberá demostrar técnicamente a la autoridad de control, cuando esta lo requiera, alguna de las anteriores razones, casos en los cuales no será necesario presentar al consumidor advertencia alguna sobre el particular.

4.13.5. Espacio vacío no funcional

Un preempacado con un espacio vacío no funcional (espacio vacío que no se requiere en el proceso de producción) se considera engañoso, excepto cuando en el empaque el consumidor sea informado de manera clara, precisa y sin lugar a equívocos sobre las condiciones del empaque en las que se ofrece el contenido”.

14. Al cariz de lo expuesto y determinado el objeto del litigio, cumple señalar que la parte accionada en la contestación de la demanda, afirmó: “(...) el tarro de Chocolisto chocolate está diseñado para ocupar un volumen interno de 2500 cm³ y una densidad de producto de 0.4 g/cm³ llenando el tarro completamente hasta la base del cuello es decir, hasta el límite de su capacidad permitida, lo cual se considera el espacio de llenado funcional del tarro para las etapas posteriores de envasado y sellado, evitando de esta manera que el producto entre en contacto con agentes externos que generen contaminación, y atenten contra la salubridad de los consumidores (...) Esta densidad se logra en el proceso de granulado, el cual le confiere características de instantaneidad, textura y sabor al producto, en esta fase el producto se transforma de polvo a grano adquiriendo una densidad entre 0.38 y de 0.42 g/cm³, parámetro que se ajusta a la especificación de diseño del tarro. (...) En este caso lo que sucede es que el producto pasa por los procesos de transporte tubular, llenado, enfardado o empaque en corrugada y almacenamiento, donde la densidad del polvo va aumentado formándose gránulos debido al movimiento y fricción al que se ve sometido en su manipulación antes de ser comercializado, generando aumentos en el espacio de cabeza del tarro aproximadamente de 3.5 a 4 cm al final del proceso. Estos cambios son inherentes al proceso y al producto y no se pueden evitar técnicamente”.

Agregó, “(...) es que además, téngase en cuenta que si en el proceso de llenado se intenta sobrepasar la capacidad del recipiente, no será posible cumplir con las condiciones de bioseguridad y salubridad, pues el producto presentará contaminación al entrar en contacto con agentes externos”.

*14.1 Bajo esas premisas y evaluados los demás elementos de convicción que obran en el plenario, de entrada, debe decirse que no se acreditó que a propósito del llenado inicial de los empaques -Chocolista Chocolate * 1000 grs-, exista un espacio entre el cuello del tarro y el producto que oscile entre los 3.5 y 4 cms, de suerte que, en principio, no puede afirmarse que se trata de un preempacado no funcional.*

Sin embargo, a propósito de las manifestaciones traídas a cuento, pronto se concluye que con ocasión “al movimiento y fricción al que se ve sometido en su manipulación antes de ser comercializado” el producto e incluso con posterioridad, según lo relató el testigo Manuel Santamaría –funcionario del área de calidad de la compañía Nacional de Chocolates S.A.S.-, se genera la denominada deficiencia de llenado, ya que se causan “aumentos en el espacio de cabeza del tarro aproximadamente de 3.5 a 4 cm al final del proceso. Estos cambios son inherentes al proceso y al producto y no se pueden evitar técnicamente”.

Si así son las cosas, la deficiencia de llenado puede resultar necesaria para la protección del contenido a efectos de evitar su contaminación, es más, resulta ineludible a propósito del asentamiento inevitable durante el manejo y transporte de los preempacados en que se contiene; circunstancias en principio imponían suministrar al consumidor las advertencias del caso a tono con lo dispuesto en la Resolución 16379 de 18 de Junio de 2003 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio; no obstante, dicha normatividad fue derogada desde el 6 de julio de la pasada anualidad, rigiendo en el momento la Resolución 32209 de 2020, regulación en la que se indica que tratándose de espacios funcionales, “[e]l productor, importador, empacador o quien ponga su marca o enseña en el producto, deberá demostrar técnicamente a la autoridad de control, cuando esta (sic) lo requiera, alguna de las anteriores razones, casos en los cuales no será necesario presentar al consumidor advertencia alguna sobre el particular”, de suerte que en el asunto sub examine no resulta necesario que a la hora de ahora la etiqueta del producto contenga la información relativa al espacio de vacío calificado como funcional.

En ese orden de ideas, puede predicarse la configuración de una carencia actual de objeto en la acción popular, por haber cesado la vulneración de los derechos colectivos de los consumidores y usuarios con ocasión de la derogatoria de la Resolución 16379 de 18 de junio de 2003, no siendo a la fecha exigible la imposición en la etiqueta del producto tal información – deficiencia de llenado funcional-, de modo que, resulta inocua cualquier intervención que conlleve el juez de acción popular para amparar los derechos colectivos invocados, razón por la que de oficio se declarara probada la excepción de “carencia de objeto de la acción popular”, toda vez que, “(...) En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el que verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio”⁴.

⁴ Art. 281 del C. G. del P. amén de lo establecido en el canon 282 ib.

En otras palabras, en el curso del expediente desaparecieron las circunstancias que amenazaban o vulneraban las prerrogativas aludidas, por lo que no es posible ordenar su protección, así las cosas, no se accederá a las súplicas principales o subsidiarias relacionadas en el escrito introductorio.

Es de memorar que, "[...] la carencia de objeto por haberse superado el hecho vulnerador que originó la acción, se da cuando se comprueba que entre la presentación de ésta y el momento de dictar el fallo cesó la amenaza o vulneración del derecho cuya protección se había solicitado y, en tal circunstancia, ya no será necesaria la orden de protección, pero en todo caso, debe el juez declarar que la mencionada amenaza o vulneración existió pero desapareció [...]"⁵

15.- En consecuencia, se revocará el numeral 1° de la sentencia impugnada, comoquiera que no se tuvieron por demostradas las excepciones denominadas: “1. Cumplimiento de la normatividad técnica y constitucional respecto del producto de la accionada” y “Ausencia de violación derechos colectivos y adecuado suministro de la información” contenidas en la contestación de la demanda, presentada el 26 de agosto de 2020⁶, habida cuenta que para tal calenda tenía plena validez la Resolución 16379 de 18 de junio de 2003, que imponía, pese a la deficiencia de llenado necesario, suministrar al consumidor las advertencias del caso, así pues, como se anticipó, se declarará probada de oficio la titulada: “Carencia de objeto de la acción popular”, y confirmará en todo lo demás la decisión impugnada, mas por las consideraciones vertidas en esta providencia. Sin condena en costas en esta instancia, ante las resultas de la alzada. (Revisar Dr. Art. 34 Ley 472 de 1998).

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR *el numeral primero de la sentencia adiada 2 de junio del año 2022, proferida en el Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito de Bogotá, para en su lugar, declarar de oficio el medio exceptivo: “Carencia de objeto de la acción popular”.*

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 29 de agosto de 2013, Radicación No. 25000-23-24-000-2010-00616-01(AP), Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno

⁶ 14. MEMORIAL CON CONTESTACIÓN POR PARTE DE CHOCOLISTO ACCIÓN POPULAR.PDF.

SEGUNDO: *En lo restante, la providencia se mantendrá incólume, mas por las razones expuestas en este proveído.*

TERCERO: *Sin condena en costas en esta instancia.*

CUARTO: *Secretaría, de cumplimiento al artículo 80 de la ley 472 de 1998, enviando copia de este fallo a la Defensoría del Pueblo.*

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE.

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
MAGISTRADA

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA
MAGISTRADA

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **5a154b3b6b4a941fec313bc2cf17416c263cc6718fa84f9a91b12e75623f70db**

Documento generado en 14/09/2022 12:52:09 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
SALA CIVIL DE DECISIÓN

Bogotá, DC, catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Radicación n.º **11001310303820210021201**

Se **admite**, en el efecto **suspensivo**, el recurso de apelación interpuesto por la parte pasiva contra la sentencia del 4 de agosto de 2022 proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito de Bogotá.

Téngase en cuenta que el presente trámite se rige por la Ley 2213 de 2022¹, por lo que, ejecutoriada la presente providencia, comenzará a correr el término de cinco (5) días, previsto en el artículo 12 de dicha normativa.

Por Secretaría contabilícese el término señalado en el numeral anterior y oportunamente ingrésense las diligencias al Despacho para lo pertinente.

NOTIFÍQUESE,

LIANA AIDA LIZARAZO V.
Magistrada

¹ En virtud de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el canon 624 del Código General del Proceso, se aplica la ley mencionada, dado que era la norma vigente cuando se interpuso el recurso.

Firmado Por:
Liana Aida Lizarazo Vaca
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 008 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: **28703a587a5eee176a301dad5fe650bf569da381c3acf166d2759097d384f244**

Documento generado en 14/09/2022 03:11:04 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 BOGOTÁ D.C. Sala Civil

Bogotá D.C., trece (13) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Expediente No. 039201100208 02

De conformidad con el inciso 3º del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, no se tiene en cuenta la sustentación que hizo la parte demandante ante el Tribunal, por extemporánea.

Con todo, es útil destacar que en auto de 29 de agosto pasado (cdno. Tribunal, archivo 06) se corrió traslado de la sustentación presentada ante el juzgado de conocimiento.

Ejecutoriado este auto, vuelva el proceso al Despacho.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Marco Antonio Alvarez Gomez

Magistrado

Sala 006 Civil

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

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

Código de verificación: **87be78da3629bf61a93086b6367dfec14b2fc29f01c55dc6400d79716f664c04**

Documento generado en 14/09/2022 10:08:44 AM

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

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

Sala Civil

Magistrado Ponente:

MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veintidos (2022)

Ref: Proceso verbal No. 110013103041202000341 01

Se decide el recurso de apelación que la parte demandante interpuso contra la sentencia de 10 de junio de 2022, proferida por el Juzgado 41 Civil del Circuito dentro del proceso que promovió contra Herley Aguirre Serrano.

ANTECEDENTES

1. La señora Adriana Rojas Sánchez planteó una pretensión declarativa de responsabilidad civil contractual del aludido demandado, por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que le habría causado por “la lesión deformante de nariz secundarias a procedimiento quirúrgico estético de embellecimiento de rinoplastia” y la “toma de injerto no informado y no consentido” (cdno. ppal., archivo 02, p. 4), por lo que pidió condenarlo a pagarle \$44 994 351, 51 (lucro cesante debido y futuro), \$6 800 000 (daño emergente), más los perjuicios asociados al daño moral, fisiológico, a la salud y a la vida de relación, o por la alteración grave a las condiciones de existencia.

2. Para sustentar sus pretensiones, la demandante, odontóloga de profesión, aseveró que el 23 de febrero de 2009 fue intervenida quirúrgicamente en el Hospital Universitario San Ignacio para una “reducción de tejido adiposo de la pared abdominal por liposucción o lipectomia” y una rinoplastia abierta, habiendo egresado sin complicaciones. En 2012, año en M.A.G.O. Exp. 110013103041202000341 01

el que devengaba un salario mensual de \$2 000 000, consultó en la Clínica Corpo Láser para una cotización de retoque de la liposucción y “corrección de nariz” (cdno. ppal., archivo 02, p. 1). Con ese propósito suscribió un contrato de cirugía estética de embellecimiento con el médico Aguirre, quien se comprometió a un resultado consistente en mejorar el “aspecto en contorno corporal, y aspecto nasal”, mediante los procedimientos de liposucción y rinoplastia. Según la historia clínica, la valoración preanestésica arrojó resultados normales, lo que significa que no existían patologías que requirieran corrección mediante un procedimiento funcional o terapéutico (cdno. ppal., archivo 02, p. 2).

Las intervenciones quirúrgicas se realizaron el 31 de mayo de dicho año; cuando despertó de la cirugía, advirtió que tenía “una herida quirúrgica en la oreja derecha”, informándosele por el médico tratante que había tomado “tejido de la concha auricular derecha para dar simetría a la nariz”; sin embargo, “nunca se le informó la necesidad (sic) de tomar tejidos de otras áreas corporales para la cirugía estética en la nariz” (cdno. ppal., archivo 02, p. 2). Al día siguiente se autorizó su salida del centro clínico a las 11:00 a.m.

Posteriormente, la señora Rojas observó que, a pesar de los cuidados, indicaciones y controles con su médico, “la curvatura de la nariz ‘que había quedado corregida con la cirugía’” estaba “cada vez (...) más pronunciada” y presentaba “tumoración cara lateral izquierda de la nariz en sitio de injerto realizado (sic)”, razón por la cual decidió consultar con dos cirujanos plásticos, quienes le propusieron una nueva rinoplastia para “corregir la curvatura exagerada y la pequeña tumoración” (cdno. ppal., archivo 02, p. 2).

Agregó que el demandado le causó daños por practicarle una “resección de tejido de oreja derecha sin su consentimiento”, generándole perjuicios morales y a la vida de relación, “ante la insatisfacción por el aspecto y la desilusión por haberse sometido a un procedimiento quirúrgico estético, esperando un resultado, con el cual se comprometió el profesional (sic), y no haberlo obtenido” (cdno. ppal., archivo 02, p. 3).

Señaló que el médico Aguirre le entregó un documento denominado “resumen de historia clínica”, fechado a 12 de marzo de 2013, en el que se

encontró una “clara descripción del procedimiento a realizar, [y] unas condiciones que nunca fueron planteadas (...) por lo cual debe ser tenida en cuenta como epicrisis –resumen– subjetivo de historia clínica”; además, “en la historia clínica aportada por el médico no se encuentra el consentimiento informado idóneo donde se informen los riesgos de la rinoplastia y las opciones de toma de tejidos para realización de injertos o similares” (cdno. ppal., archivo 02, p. 3).

Concluyó afirmando que hubo negligencia en la realización del procedimiento que dejó deformidad en la nariz, “e inobservancia de las normas de la lex artis que obligan a la información del paciente de los riesgos y de los procedimientos a realizar, como la omisión a la toma de tejidos para injerto” (cdno. ppal., archivo 02, p. 3).

3. El demandado se opuso a las pretensiones y planteó las defensas que denominó (i) pericia, idoneidad y experiencia del médico; (ii) “cumplimiento de la lex artis... adecuada práctica médica”; (iii) “cumplimiento del deber de informar, adecuado consentimiento informado”; (iv) “acaecimiento del riesgo previsto”; (v) “las obligaciones médicas son de medios mas no de resultados”; (vi) “ausencia de nexo causal – ausencia de causalidad adecuada”; (vii) “inexistencia de culpa”; e (viii) “inexistencia de los elementos propios de la responsabilidad” (cdno. ppal., archivo 13, pp. 1 a 17).

Igualmente, objetó la cuantía del juramento estimatorio (cdno. ppal., archivo 13, p. 8).

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La jueza negó las pretensiones. Señaló que no es clara la causa de la protuberancia en la nariz de la paciente, “por lo que queda en duda si de lo que en verdad se trataba era de un procedimiento de mero embellecimiento o en verdad de corrección de defectos derivados de la primera intervención”, por lo que no es posible afirmar que se trató de una obligación de resultado, para presumir la culpa del médico (cdno. ppal., archivo 56, p. 19).

Respecto de ese elemento de la responsabilidad, consideró que el dictamen pericial aportado por la demandante “destaca por su imprecisión y vaguedad (...), pues ni por asomo se ocupó de memorar y valorar el procedimiento quirúrgico practicado por el demandado (...) y si la conducta de [éste] se ajustó a la *lex artis*, o si por el contrario, incurrió en omisión o negligencia que haya generado la protuberancia génesis de la presente acción”; y aunque en su declaración refirió que “la historia clínica estaba incompleta y que en el consentimiento informado no está la autorización para el injerto, que finalmente no funcionó correctamente porque se desplazó y generó la deformidad”, tampoco explicó o justificó las razones por las que ese hecho ocurrió, ni puntualizó el error médico del demandado. En suma, no precisó “los presuntos errores que definitivamente incidieron en el daño que a su juicio se generó”, ni “le valió comentario alguno el hecho de que se trató de una rinoplastia secundaria”, como tampoco refirió “las causas de la deformidad que presentó la nariz de la demandante después de la primera intervención, ni mucho menos los efectos de ésta y sus riesgos de cara a la segunda cirugía”, por lo cual ese concepto pericial no prueba la culpa del médico (cdno. ppal., archivo 56, pp. 20, 21 y 22).

Por el contrario, el dictamen elaborado por la médica Lisette Barreto explicó el procedimiento realizado, la necesidad del injerto y determinó que no es posible considerar que la cirugía plástica de rinoplastia secundaria generó una obligación de resultado, porque en esa clase de procedimientos es “imposible prometer un resultado pues este depende de la reacción de cada organismo, así la técnica sea la adecuada y el ejercicio de ésta sea muy depurado y en manos experimentadas” (cdno. ppal., archivo 56, p. 22), sin que se hubiere desvirtuado la idoneidad de la experta, ni sus afirmaciones o conclusiones.

Agregó que la demandante sí fue informada de los riesgos de la cirugía. En relación con el injerto precisó que, “más allá de un riesgo, constituye una manera propia y adecuada de solucionar los hallazgos encontrados por el galeno de la cirugía, aprobada por la *lex artis* y, en general, por la literatura médica especializada”, cuya necesidad sólo se puede determinar en el momento de la cirugía y fue informado a la paciente, según lo expresó la perito Barreto (cdno. ppal., archivo 56, p. 25).

Finalmente, señaló que fue probado “mediante el dictamen pericial de la doctora Barreto que si hubo consentimiento informado, que el procedimiento efectuado por el galeno demandado fue el adecuado, que la historia clínica cumple los requisitos legales y que la protuberancia de la demandada obedece al proceso de cicatrización propio de la demandante, que pudo ser corregido a través de los procedimientos ordenados por el demandado, pero descalificados por la demandante, quien por ello no acudió a efectuarlos, tal como se desprende de la demanda, quien, según la misma, consultó con otros galenos, quienes también descalificaron las recomendaciones del demandado, sin que aparezca prueba de tales conceptos, ni mucho menos el error médico en el proceder recomendado por el demandado” (cdno. ppal., archivo 56, p. 26).

EL RECURSO DE APELACIÓN

La señora Rojas solicitó revocar la sentencia por las siguientes razones:

a. Fue probado que la cirugía fue estética; sin embargo, en la sentencia se asumió que se trató de un procedimiento secundario, “hecho que no fue establecido en la consulta médica, en la valoración prequirúrgica, ni desde el inicio del proceso, sino después de trabado el proceso como parte de la defensa del demandado”, por lo que no podía asumirse que la rinoplastia fue pactada “como cirugía secundaria o como correctora de deformidad ‘protuberancia’ de cirugía anterior” (cdno. Tribunal, archivo 05, p. 3).

b. La valoración de la historia clínica fue errada, pues la jueza no tuvo en cuenta las normas que regulan su contenido y diligenciamiento (Ley 23/81, arts. 33, 34, y 36; Dec. 3380, arts. 12, 30; y Resolución 1995 de 1999, arts. 1, lit. a, d, arts. 3, 4, 5, y 10.), teniendo como suficiente una historia clínica que “no cumple para nada con los requisitos mínimos de objetividad, contenido y realidad (...), aceptando de forma gravemente errada unos dibujos simples como una descripción de historia clínica médica, sin escritos, sin datos y sin registros específicos y/o anexos”, a partir de la cual no es posible “colegir el motivo de la consulta, los antecedentes, la exploración física, signos vitales, y documentos complementarios como los paraclínicos, M.A.G.O. Exp. 110013103041202000341 01

fotos y otros como el consentimiento del médico tratante referido en el acto médico con su paciente”. De igual forma, se valoró erradamente el concepto de epicrisis, “dándole validez en su temporalidad y contenido, que no es la realidad de la historia clínica gráfica” (cdno. Tribunal, archivo 05, p. 4).

c. Omitió considerar que el consentimiento informado, como derecho fundamental (C. Pol., arts. 13, 16 y 20), “debe contener todos los riesgos que el médico informa al paciente (...) porque es un derecho a la información y no una autorización para lesionar”, como se asumió por la juzgadora al señalar que “los riesgos fueron informados y por ello son parte del cumplimiento con diligencia y cuidado”, desconociendo que fue probado que en el caso no existe un consentimiento informado “debidamente diligenciado y completo, y si bien es cierto, tal y como lo afirma el demandado, se tenía plenamente conocimiento del procedimiento al que el paciente (sic) se iba a someter y sus riesgos, lo que no tenía conocimiento era que por imprudencia, negligencia o impericia, se iba a causar un daño como sucedió en este caso, realizando un procedimiento no informado de injerto auricular” (cdno. Tribunal, archivo 05, p. 5).

d. No se probó que la toma del injerto del pabellón auricular realizado en la cirugía fue informado y aceptado; “no está descrito en ninguna parte, no se mencionó”; sólo se afirmó por el demandado y la perito que se dio esa información en forma verbal, “como si la perito tuviese la prueba concreta de lo dicho durante la consulta médica no descrita en la historia clínica que valoró para su experticia” (cdno. Tribunal, archivo 05, p. 6).

e. No se tuvo en cuenta que, aunque la perito Barreto afirmó en su dictamen que el médico demandado cumplió con la *lex artis*, “por ninguna parte del proceso y en la experticia se deja demostrado” su cumplimiento (cdno. Tribunal, archivo 05, p. 7).

f. La jueza descartó el precedente jurisprudencial referido a las cirugías estéticas y de embellecimiento “donde corresponde la valoración de las pruebas y de los elementos de la responsabilidad conforme a la obligación de resultados de la cirugía (...) pactada entre las partes, de donde se valora el daño y el nexo de causalidad, y el demandado sólo se exonera con la M.A.G.O. Exp. 110013103041202000341 01

demostración de causa extraña, culpa de la víctima, caso fortuito o fuerza mayor” (cdno. Tribunal, archivo 05, p. 7).

CONSIDERACIONES

1. Parece necesario recordar, una vez más, que no hay responsabilidad médica sin culpa probada y demostración del nexo causal entre el daño ocasionado y la conducta culposa de la parte demandada (C.C., art. 2341). Esta es la regla general, incluso tratándose de cirugías plásticas, estéticas o de perfeccionamiento, a menos, claro está, que el profesional de la medicina hubiera garantizado un resultado específico. Luego, en este tipo de pleitos, la parte demandante no puede reducir el cumplimiento de su tarea probatoria a demostrar que, tras la intervención del galeno, presenta una puntual patología o afectación, puesto que ese solo será el punto de partida: suya es la carga de probar, además, que el médico tratante obró con impericia, negligencia, imprudencia o violación de la *lex artis*, y que existe una relación de causalidad entre el comportamiento de aquél y el resultado dañoso¹ (C.G.P., art. 167).

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia puntualizó en reciente jurisprudencia que,

[C]onviene insistir que el fundamento de la responsabilidad civil del médico es la culpa, conforme la regla que impera en el sistema jurídico de derecho privado colombiano. Por consiguiente, salvo supuestos excepcionales –como la existencia de pacto expreso en contrario–, **la procedencia de un reclamo judicial indemnizatorio relacionado con un tratamiento o intervención médica no puede establecerse a partir de la simple obtención de un resultado indeseado** –v. gr. el agravamiento o la falta de curación del paciente–, **sino de la comprobación de que tal contingencia vino precedida causalmente de un actuar contrario al estándar de diligencia exigible a los profesionales de la salud**². (se resalta y subraya)

El estado de cosas no varía cuando se trata de procedimientos quirúrgicos que tienen propósitos reconstructivos, o de los que procuran el simple embellecimiento o ajuste meramente estético de la persona, porque, aún en esas hipótesis, la responsabilidad del médico estará determinada por los

¹ Cfme: Cas. Civ. Sentencia de 19 de diciembre de 2005; Exp.: 381997-00491-01

² Cas. Civ. Sentencia de 5 de octubre de 2021. Exp. SC4425-2021

términos del contrato celebrado con el paciente. Cosa distinta es que, en defecto de éste, o en presencia de cláusulas ambiguas, se pueda –según los perfiles del caso– hacer una distinción para considerar que en las intervenciones con fines reparadores la obligación, en principio, es de medio, mientras que, en las cirugías perfectivas, embellecedoras o cosméticas, se asume un deber de prestación de resultado.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que,

(...) [A]l demandante en acciones de responsabilidad médica le corresponde “demostrar, en línea de principio, el comportamiento culpable de aquél en cumplimiento de su obligación, bien sea por incurrir en error de diagnóstico o, en su caso, de tratamiento, lo mismo que probar la adecuada relación causal entre dicha culpa y el daño por él padecido, si es que pretende tener éxito en la reclamación de la indemnización correspondiente, cualquiera que sea el criterio que se tenga sobre la naturaleza jurídica de ese contrato, salvo el caso excepcional de la presunción de culpa que, con estricto apego al contenido del contrato, pueda darse, como sucede por ejemplo con la obligación profesional catalogable como de resultado” (Cas. Civ., sentencia del 13 de septiembre de 2002, expediente No. 6199; subrayas y negrillas fuera del texto).

Es claro, entonces, que por regla de principio, los médicos se obligan a realizar su actividad con la diligencia debida, esto es, a poner todos sus conocimientos, habilidades y destrezas profesionales, así como todo su empeño, en el propósito de obtener la curación del paciente o, en un sentido más amplio, a que éste consiga en relación con su salud o con su cuerpo el cometido que persigue o anhela, sin que, por lo tanto, se reitera, como regla general, queden vinculados al logro efectivo del denominado “interés primario” del acreedor –para el caso, la recuperación de la salud o su curación-, pues su deber de prestación se circunscribe, particularmente, a la realización de la actividad o comportamiento debido, con la diligencia exigible a este tipo de profesionales.

No obstante lo anterior, en desarrollo del principio de autonomía privada pueden presentarse casos, valga precisarlo, no solamente en el campo de la cirugía plástica con fines estéticos o de embellecimiento, en los que el médico, por decisión propia y consciente, adquiera el compromiso de lograr u obtener un resultado específico, esto es, que se obligue para con el paciente a la consecución de un fin determinado, supuesto en el que, como es obvio entenderlo, la obligación a su cargo se tipifica como de resultado. De igual forma, existen determinadas actuaciones médicas, en las que la finalidad perseguida se puede obtener con la ejecución de la conducta convenida y en las que la presencia de elementos contingentes es mínima, lo que conduce, en tales supuestos, a que se generen obligaciones de resultado.

(...)

Según se aprecia, la específica caracterización del deber que surge para el profesional de la medicina como una obligación de resultado puede derivar de los alcances que tenga su compromiso en el momento de convenir el respectivo contrato (...).³ (se subraya)

En igual sentido, ha precisado que,

[Si el galeno fija un objetivo específico, cual ocurre con intervenciones estéticas, esto es, en un cuerpo sano, sin desconocer su grado de aleatoriedad, así sea mínimo o exiguo, se entiende que todo lo tiene bajo su control y por ello cumplirá pagando la prestación prometida.⁴ (se resalta y subraya)

2. Que las cosas son de este modo lo confirma la naturaleza de la obligación contraída por el médico en los contratos de prestación de servicios, que es de medio y no de resultado. Así fue previsto en la Ley 1438 de 2011, según la cual la asistencia en salud “genera una obligación de medio, basada en la competencia profesional” (art. 104).

Por ello, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que,

Si “el médico asume, acorde con el contrato de prestación de servicios celebrado, el deber jurídico de brindar al enfermo asistencia profesional tendiente a obtener su mejoría, y el resultado obtenido con su intervención es la agravación del estado de salud del paciente, que le causa un perjuicio específico, éste debe, con sujeción a ese acuerdo, demostrar, en línea de principio, el comportamiento culpable de aquél en el cumplimiento de su obligación (...).”⁵ (se resalta y subraya)

Desde esa perspectiva, aunque, tratándose de las denominadas cirugías plásticas, en general, la obligación asumida por el médico debe ser examinada con mayor exigencia y rigor, toda vez que, las más de las veces, el paciente no es un enfermo propiamente dicho, sino una persona que pretende mejorar su aspecto físico o sus condiciones estéticas, es claro que la solución de la controversia que llegue a presentarse pasa por verificar el acuerdo al que hubieren llegado las partes. Se precisa, entonces, identificar “el contenido y alcance del contrato de prestación de servicios médicos

³ Cas. Civ. Sentencia de 5 de noviembre de 2013. Rad. 20001-3103-005-2005-00025-01

⁴ Cas. Civ. Sentencia de 24 de mayo de 2017, exp.: 7110-2017

⁵ Cas. Civ. Sentencia de 13 de septiembre de 2002. Exp. 6199

celebrado en el caso concreto”⁶, puesto que, si se garantizó un resultado, la culpa será presumida y el demandado sólo podrá eximirse probando la existencia de una causa extraña entre el nexo causal de la conducta imputada y el daño ocasionado. En caso contrario, le corresponderá a la parte demandante probar la culpa de su demandado.

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

a. La demandante acudió a consulta con el médico Aguirre el 15 de marzo de 2012, por “rinoplastia 2ria. Primaria hace 3 años”, “no obstrucción”, laterorrinia y liposucción. La historia clínica precisa como antecedentes médicos: rinitis alérgica y mesoterapia, quirúrgicos “rinoplastia – apendicectomía hace 7 años”, alérgicos “alérgica al polvo”, y familiares: “padres diabetes y ca (sic) en la madre, HTA”. Se diagnosticó “laterorrinia” y “obstrucción bilateral clínica” (cdno. ppal., archivo 42, p. 22).

Según el resumen de la historia clínica, tras el examen físico a la paciente “se le explica plan quirúrgico, abordaje abierto nasal, con posibilidad de uso de injertos cartilagosos de concha auricular y de septum nasal, según las condiciones encontradas en el intraoperatorio, el mayor riesgo de complicaciones, igualmente, la posibilidad de un tiempo quirúrgico largo por las dificultades que se pueden presentar en el transoperatorio” (cdno. ppal., archivo 01, p. 39).

b. La señora Rojas suscribió, en calidad de paciente, un consentimiento informado para “rinoplastia 2ria” y “liposucción 2ria”, el primero para “corregir desviación nasal y obstrucción”. Con los dos se pretendía “modificar contorno corporal y aspecto nasal”. En él se consignaron (i) las posibles complicaciones de la intervención, puntualmente las “generales y propias de toda intervención médico-quirúrgica como: infección, hemorragia, lesión nerviosa, reacciones alérgicas, infarto del miocardio, insuficiencia respiratoria, paro cardíaco, insuficiencia renal, lesión cerebral, trombosis venosa u otras. Algunas de las cuales, ocasionalmente pueden llegar a ser fatales”, y (ii) las relacionadas con el “estado general” y las

⁶ Cas. Civ. sentencia del 30 de enero de 2001, expediente No. 5507. Cfme. sentencia del 5 de noviembre de 2013
M.A.G.O. Exp. 110013103041202000341 01

“enfermedades asociadas”, encontrándose, entre otras, la asimetría y recidivas (cdno. ppal., archivo 42, p. 3), que, según el diccionario de la Real Academia, significa “reaparición de una enfermedad algún tiempo después de padecida.”⁷.

Igualmente, en ese documento la paciente declaró lo siguiente: “luego de haber recibido información clara y sencilla acerca del procedimiento o intervención que me va a practicar el Doctor Herley Aguirre como miembro de la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica, me ha explicado de forma satisfactoria cómo es, quién lo realiza y qué se pretende con su realización. Además, me ha explicado los riesgos posibles y remotos dependientes del procedimiento (...) Se me ha informado de otras alternativas posibles y disponibles al procedimiento propuesto y he recibido respuestas satisfactorias a todas mis preguntas” (cdno. ppal., archivo 42, p. 3)

La “lista de chequeo” para el ingreso a cirugía de la Clínica Corpo Láser, también da cuenta de la existencia de ese consentimiento (cdno. ppal., archivo 01, p. 18).

c. El 30 de mayo de 2012, la demandante presentó a Seguros de Vida del Estado S.A. una “solicitud individual y declaración de asegurabilidad de seguro para póliza de gastos médicos por complicaciones quirúrgicas derivadas de cirugías plásticas, tratamientos estéticos, procedimientos odontológicos, dermatológicos u oftalmológicos” (cdno. ppal., archivo 01, p. 26). En su declaración de parte, manifestó haber adquirido la póliza antes de ingresar al quirófano (audiencia, min. 29:07).

d. El 31 de mayo siguiente, el médico Aguirre practicó la “liposucción abdominal, suprailíaca, interfemorales y subtrocantérica” y la “rinoplastia secundaria”; esta última, según el informe quirúrgico, ocurrió de la siguiente manera: “se infiltra lidocaína con epinefrina, en dorso, punta y septum nasales. Abordaje abierto, columelar y marginal, disección de dorso, punta nasal y túneles superiores, se aprecia tejido fibrótico en punta y dorso nasal. Con dificultad para identificar elementos estructurales de punta nasal,

⁷ Visto en <https://dle.rae.es/recidiva?m=form>
M.A.G.O. Exp. 110013103041202000341 01

son asimetría en volumen hacia el lado de cartílago alar izquierdo, el cual se CE para dar simetría, hay pedazos de cartílago en certiente nasal ósea izquierda, con cartílago lateral irregular, deprimido y amputado, se trata de disecar túnel para toma de injerto de cartílago septal, pero éste es irregular e incompleto. Se toma concha auricular derecha para dar simetría en pirámide cartilaginosa izquierda, en el cual se TOS 6-0. Cauterización de cornetes inferiores y medios. Cierre de incisiones nasales. Taponamiento” (cdno. ppal., archivo 01, p. 16).

e. El 10 de julio de 2012, la paciente acudió a consulta en la que manifestó insatisfacción con “prominencia adiposa glútea izquierda”, y se advirtió “prominencia” de “injerto cartilaginoso”, por lo que se recomendó hacer masajes y continuar en observación (cdno. ppal., carpeta 18, archivo 06). Según el resumen de historia clínica, la demandante “no asistió a más controles” después de esa fecha (cdno. ppal., archivo 01, p. 40).

Con esta plataforma probatoria, resulta incontestable que entre la señora Rojas y el cirujano Herley Aguirre Serrano fue celebrado un contrato de prestación de servicios para que éste le practicara una liposucción y una rinoplastia secundarias, sin que se hubiera garantizado un resultado. Aunque no existe un documento que dé cuenta del negocio jurídico, esta última conclusión se impone porque: (a) no hubo un pacto expreso de compromiso, por parte del galeno, de obtener un efecto específico; (b) a falta de convención sobre este particular, debe aplicarse la Ley 1438 de 2011, cuyo artículo 104 precisa que los médicos contraen obligaciones de medio; (c) en lo que concierne a la rinoplastia, se trataba de un procedimiento reconstructivo y no de simple embellecimiento, pues el consentimiento informado suscrito por la demandante claramente precisa que se trata de “corregir desviación nasal y obstrucción” (cdno. ppal., archivo 42, p. 3); y (d) en cualquier caso, si en ese consentimiento se le advirtió a la paciente que existía la posibilidad de recidiva, queda descartada la garantía de un resultado, puesto que podía sobrevenir la misma desviación que se quería corregir.

Pero, además, no se puede perder de vista que, según los dos dictámenes periciales practicados, la rinoplastia es “una intervención quirúrgica en la cual

M.A.G.O. Exp. 110013103041202000341 01 12

se resuelven problemas estéticos y/o funcionales de la nariz”, a través de la cual “se puede adelgazar la punta, rectificar o aumentar el dorso, modificar los ángulos de la nariz en relación con la frente o el labio superior, así como rectificar las narinas” (cdno. ppal., archivo 30, p. 6 y archivo 25, p. 3). Y lo que es más relevante, se trató de una rinoplastia secundaria, lo que, según la perito Lisette Barreto Hauzeur, implicaba “que ya tuvo un procedimiento previo el cual deja como secuelas una alteración del esqueleto de la nariz y, sobre todo, gran cantidad de fibrosis” (cdno. ppal., archivo 25, p. 3).

Por consiguiente, no es posible afirmar, como lo sostiene la parte apelante, que se trató de una simple cirugía estética o de embellecimiento, para, por esa vía, presumir la culpa del médico.

4. Ahora bien. ¿se probó la culpa del médico Aguirre? La respuesta es negativa por las siguientes razones:

a. En primer lugar, fue la propia demandante la que, en su declaración de parte, reconoció que nació con una nariz aguileña; que después de la primera rinoplastia le quedó en el dorso de la nariz parte de la prominencia que tenía; y que el médico demandado, ello es medular, corrigió ese defecto. Estas fueron sus palabras: “la verdad esa giba que me quedó de la primera cirugía era un pedacito de la giba que yo tenía, de nacimiento yo tenía mi nariz con un turupe aquí [se indicó el dorso nasal], como las brujas, entonces, por eso detestaba mi nariz y al quitarme esa giba quedó un trocito de esa giba (...). Esa giba ya existía y no la quitaron por completo. En la cirugía con el doctor Herley, él me la terminó de quitar y esto quedó perfecto [se indicó el dorso de la nariz], esta giba que yo tenía me la quitó (...)” (audiencia, min. 31:23).

Incluso, que el médico dio -en su momento- un buen consejo profesional lo revela un hecho elocuente: aunque la demandante le expresó que quería una nariz “respingada”, él le explicó que no iba con su rostro dado que tiene “unos rasgos latinos fuertes”, como lo admitió en su declaración de parte la señora Rojas (audiencia, min. 12:47).

b. En segundo lugar, el dictamen pericial del médico Rafael Enrique Polo Romero, aunque sostiene que hubo “abandono a la paciente” y falta de diligencia, dado que no encontró “en ninguna de las escuelas existentes en rinoplastia, la técnica de curar desplazamientos de injertos de cartílagos en dorso nasal tratados con masajes” (cdno. ppal., archivo 30, p. 7), carece de la solidez, precisión y exhaustividad necesarias para otorgarle merito probatorio, conforme al artículo 232 del C.G.P.

En efecto, su conclusión según la cual la paciente fue abandonada, se respaldó únicamente en el tiempo que transcurrió entre la cirugía y la cita que se hizo cuarenta días después; sin embargo, la propia demandante señaló que acudió a tres controles después del procedimiento (audiencia, min. 23:36). Además, el perito sostuvo que en la historia clínica no se refirieron los antecedentes de rinitis y laterorrinia, ni los quirúrgicos y familiares de la señora Rojas (audiencia, min. 35:11); no obstante, su afirmación resulta desvirtuada con una simple observación de la historia clínica en la que se consignaron esos datos en la consulta de 15 de marzo de 2012 (cdno. ppal., archivo 42, p. 22). De igual manera, su concepto no reparó en que fue una rinoplastia secundaria, la cual, según la perito Barreto, no es un detalle irrelevante porque implica secuelas en el esqueleto de la nariz y la presencia de fibrosis (cdno. ppal., archivo 25, p. 3).

Incluso, más allá del concepto que el experto rindió por escrito, en la audiencia manifestó que no es discutible la decisión de la toma del injerto del cartílago auricular, que es un procedimiento “usual” y que “no es nuevo”, limitándose a reprochar que esa opción no se le informó a la paciente (audiencia, mins. 42:05 y 42:44). Asimismo, reconoció que es habitual encontrar la “depresión”, la cual requería ser llenada con otro cartílago en una rinoplastia secundaria, reiterando que el riesgo derivado de ese procedimiento debía dejarse por escrito en el consentimiento informado (audiencia, min. 45:50).

Luego, el concepto del médico Polo no es prueba de la culpa del demandado.

c. En tercer lugar, el dictamen pericial de la cirujana plástica estética y reconstructiva, Lisette Barreto, a diferencia del anterior, sí es explicativo, sólido, esclarecedor e ilustrativo. Así, explicó que el procedimiento que se implementó –teniendo en cuenta el estado de los tejidos en la nariz de la demandante– es el que correspondía, que la actuación del doctor Aguirre fue acorde a la *lex artis*, y que “el injerto de cartílago es una herramienta muy importante en el moldeamiento nasal (...) pues son muy compatibles y tienden a integrarse adecuadamente (sic) en el lecho (esto dependiendo de la cicatrización de cada paciente). Indudablemente, la nariz tiene recursos limitados por su estructura misma ofreciendo como injertos cartilagosos el tabique nasal (...) en su área cartilaginosa. Por lo tanto, se debe recurrir a otras zonas como es la concha auricular o el cartílago costal”, precisando que, “a la luz de lo revisado en la historia clínica, la literatura mundial, tanto en artículos como textos, se puede concluir que sí estuvo acorde a lo promulgado por la ciencia en esas cirugías” (cdno. ppal., archivo 25, pp. 5 y 6). Además, al declarar en la audiencia, la experta manifestó que, con apego a la descripción quirúrgica, la actuación del demandando se ajustó a las reglas del arte porque sus decisiones fueron coherentes con la literatura médica, dado que, en primer lugar, determinó la realización de una rinoplastia abierta, lo cual es importante porque permite una mejor visualización de las estructuras; luego, estando en la cirugía, encontró “lacitos” de la nariz, que había ausencia de cartílago lateral que conllevaba a la desviación advertida en la historia clínica y que tenía amputado el alar izquierdo, que es el que sostiene el cartílago lateral, por lo que, una vez iniciada la cirugía y no habiendo septum, para dar solución a la paciente el médico optó –acertadamente– por tomar cartílago de la oreja (audiencia, mins. 2:05:22, 1:25:15 y 1:28:50). Sobre este último punto, relativo a los hallazgos durante la operación, la Sala volverá más adelante.

También señaló que los riesgos más previsibles para la cirugía son “hematomas, infección, [y] alteraciones de la cicatrización, de ahí que uno ponga recidivas porque característicamente la rinoplastia secundaria”, que implica “la laterorrinia”, y que “puede ocurrir que, a pesar de que yo lo lleve a la línea central (...) o que le haga unos injertos extras –porque como si el cartílago lateral no es fuerte se colapsa todo el techo–, puede ocurrir que la cicatrización (...) vuelve a su posición”. Al mismo tiempo, precisó que el M.A.G.O. Exp. 110013103041202000341 01

antecedente de la cicatrización por la primera rinoplastia implicaba la existencia de tejido cicatrizal y modificado (audiencia, mins. 2:35:35 y 1:23:05), y agregó que el cartílago que se puso en la parte lateral de la nariz para rellenar la amputación de ese tejido lateral debe pasar por un proceso de cicatrización en el que se integra; sin embargo, puede suceder que no se dé, lo que pudo haber sucedido en la primera rinoplastia, por lo que en los controles postoperatorios se “va moldeando” y se vigila lo que acontezca, siendo imposible prever con anterioridad a la cirugía si eso va a ocurrir (audiencia, mins. 1:32:10 y 2:00:32).

Igualmente, en su criterio, la información consignada en la historia clínica fue correcta teniendo en cuenta los motivos de la consulta, porque apeló a los detalles importantes para el caso, como que tenía antecedentes quirúrgicos y alergia al polvo, la cual implica que se trata de una persona que frecuentemente se manipula la nariz (audiencia, mins. 2:26:26 y 2:25:30).

En cuanto a la recomendación de realizarse masajes en la zona, justificó la decisión del médico demandado porque hacen parte del manejo de la cicatrización, sin que implique “necesariamente [que] vaya a pegar el injerto, pero es la manera de los cirujanos plásticos hacemos para moldear los procesos de cicatrización”, lo cual se encuentra avalado en la literatura médica (audiencia, min. 00:19).

Así las cosas, no existe modo de afirmar la culpa del demandado, por lo menos en lo que concierne a la rinoplastia secundaria que produjo la deformidad en la nariz.

Es cierto que la señora Rojas presentó una complicación en el proceso de cicatrización, vinculada al injerto que se le hizo. Sin embargo, se trata de un riesgo inherente que no puede reprochársele al médico.

Memórese que en materia de responsabilidad médica se distingue entre el riesgo inherente y el evento adverso. El primero se configura con aquellas contingencias estrechamente vinculadas al acto médico, que por su naturaleza pueden generar determinados daños que, por regla, escapan al control del galeno; aquí se encuentran las lesiones que son inevitables en el

acto quirúrgico, las complicaciones, ciertas secuelas o efectos secundarios, entre otros. El segundo es el que provoca un daño en el paciente, pero no está ligado a la enfermedad de base sino a los cuidados que deben dispensarse; es el caso de las infecciones intrahospitalarias y las caídas en el centro médico, para citar algunos ejemplos.

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

(...) [L]a literatura sobre responsabilidad médica, como la reiterada jurisprudencia de esta Sala, es pacífica en sostener y reconocer que la Medicina es una ciencia en construcción, y por tanto, aparece la existencia de **ciertos riesgos inherentes** a la realización de procedimientos médicos, **los cuales hacen que el daño derivado del acto médico no configure ninguna modalidad de culpa.**

La expresión riesgo inherente se compone de dos términos. El primero arriba definido y el segundo, también según el RAE, es entendido como aquello: “Que por su naturaleza está de tal manera unido a algo, que no se puede separar de ello”. Por esto, dentro del marco de la responsabilidad médica, debe juzgarse que los riesgos inherentes son las complicaciones, contingencias o peligros que se pueden presentar en la ejecución de un acto médico e íntimamente ligados con éste, sea por causa de las condiciones especiales del paciente, de la naturaleza del procedimiento, la técnicas o instrumentos utilizados en su realización, del medio o de las circunstancias externas, que eventualmente pueden generar daños somáticos o a la persona, no provenientes propiamente de la ineptitud, negligencia, descuido o de la violación de los deberes legales o reglamentarios tocantes con la *lex artis*.

De tal manera, probable es que el médico en la ejecución de su labor lesione o afecte al paciente; no obstante, no puede creerse que al desarrollar su actividad curativa y al acaecer menoscabos lesivos, pretenda ejecutar un daño al enfermo o, incursionar por ejemplo, en las lesiones personales al tener que lacerar, alterar, modificar los tejidos, la composición o las estructuras del cuerpo humano.

De ningún modo; el delito o el daño a la humanidad del doliente es la excepción; no es regla general, por cuanto la profesión galénica por esencia, es una actividad ligada con el principio de beneficencia, según el cual es deber del médico contribuir al bienestar y mejoría de su paciente. Al mismo tiempo la profesión se liga profundamente con una obligación ética y jurídica de abstenerse de causarle daño, como desarrollo del juramento hipocrático, fundamento de la *lex artis*, que impone actuar con la diligencia debida para luchar por el bienestar del paciente y de la humanidad, evitando el dolor y el sufrimiento.⁸ (se resalta)

⁸ Cas. Civ. Sentencia de 7 de septiembre de 2020. Exp. SC3272-2020 M.A.G.O. Exp. 110013103041202000341 01

Y como en el consentimiento informado se le precisaron las “complicaciones generales y propias de toda intervención médico-quirúrgica” y los “riesgos posibles y remotos dependientes del procedimiento” (cdno. ppal., archivo 43, p. 3), la circunstancia de no haberse hecho mención expresa a problemas en la cicatrización no incide en la conclusión sobre responsabilidad, puesto que, de una parte, si se trataba de una rinoplastia con “abordaje abierto” (p. 12, ib.), la paciente necesariamente enfrentaría ese riesgo, y de la otra, ya es asunto averiguado que la eficacia del consentimiento –que, se añade, en estos casos no es un acto solemne– no está sujeta a que se precisen íntegramente cada uno de ellos. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia puntualizó que,

El derecho al consentimiento informado exige para el paciente una información asequible y veraz, tanto de su enfermedad como de los procedimientos médicos, de los efectos principales y secundarios, de las disyuntivas terapéuticas y de los medicamentos para el mejoramiento de su salud, de tal manera que pueda adoptar la decisión acerca del acto médico quirúrgico en relación con su propia vida, o ya sea para paliar su dolor o curar su enfermedad, o sobre la intervención de que pueda ser objeto su cuerpo.

Coetáneamente, conlleva la obligación o deber jurídico para el galeno de **advertir y señalar en forma principal los riesgos que comporta el acto.**⁹
(Se resalta y subraya)

5. Un análisis especial merece el tema del consentimiento informado frente a la toma del injerto de la concha auricular.

Es cierto que en el consentimiento informado que obra a folio 3 del cuaderno principal (archivo 42) no se hizo mención expresa de la posibilidad de tomar cartílago de la concha auricular derecha de la demandante. Sin embargo, a ello no le sigue que hubo ausencia de información sobre ese particular y falta de consentimiento de la paciente. Veamos:

a. En primer lugar, el resumen de la historia clínica que el médico le entregó a la demandante expresamente señala: “se le explica plan quirúrgico, abordaje abierto nasal, con posibilidad de uso de injertos

⁹ Cas. Civ. Sentencia de 24 de mayo de 2017. Exp. SC7110-2017
M.A.G.O. Exp. 110013103041202000341 01

cartilagosos de concha auricular y de septum nasal, según las condiciones encontradas en el intraoperatorio, el mayor riesgo de complicaciones, igualmente, la posibilidad de un tiempo quirúrgico largo por las dificultades que se pueden presentar en el transoperatorio” (cdno. ppal., archivo 01, p. 39). Aunque no es la historia clínica propiamente dicha, sino un sumario, se trata de un principio de prueba por escrito que debe ser valorado como documento, con ese específico alcance, máxime si se considera que los médicos están obligados, por la característica de integralidad que le es propia a la documentación de sus actos, a dejar constancia de ese tipo de actuaciones (p. ej.: ley 23/81, art. 34; decreto 3380/81, art. 12, entre otras). Por tanto, es claro que, desde la perspectiva probatoria, ese documento constituye un rastro o huella de un hecho que sucedió.

b. En segundo lugar, en el consentimiento informado escrito se declaró lo siguiente: “luego de haber recibido información clara y sencilla acerca del procedimiento o intervención que me va a practicar el Doctor Herley Aguirre como miembro de la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica, **me ha explicado de forma satisfactoria cómo es**, quién lo realiza y qué se pretende con su realización. Además, me ha explicado los riesgos posibles y remotos dependientes del procedimiento (...) Se me ha informado de otras alternativas posibles y disponibles al procedimiento propuesto y he recibido respuestas satisfactorias a todas mis preguntas” (se resalta y subraya; cdno. ppal., archivo 42, p. 3). Esta manifestación coincide con lo afirmado por el cirujano Aguirre en su declaración de parte, quien refirió que el tema fue explicado a la señora Rojas ampliamente en forma verbal (audiencia, min. 1:11:30)

No se olvide que el documento que incorpora el consentimiento informado no necesariamente debe consignar toda la información que se le dio al paciente, ni referir en detalle la manera como se hará la intervención quirúrgica, pues lo importante es que el paciente haya recibido la suficiente para expresar su consentimiento y decidir libremente. Por eso la Corte Suprema de Justicia ha señalado que, “la información debe circunscribirse a la necesaria, incluyendo las alternativas existentes, para que el paciente entienda su situación y pueda decidir libre y voluntariamente. Por lo mismo, ha de enterársele sobre la enfermedad de su cuerpo (diagnóstico), el

M.A.G.O. Exp. 110013103041202000341 01

procedimiento o tratamiento a seguir, con objetivos claros (beneficios), y los riesgos involucrados”¹⁰.

Desde luego que existe un derecho al consentimiento informado que le impone al médico suministrarle información suficiente, comprensible y veraz sobre la patología, el procedimiento médico y sus efectos. Pero lo que no se puede afirmar en este caso es que la paciente no recibió información sobre la toma de cartílago de su concha auricular, dado que existe evidencia de lo contrario.

c. En tercer lugar, no luce plausible sostener que la demandante no recibió ningún tipo de información sobre la necesidad de utilizar un injerto, pues el propósito de la rinoplastia era, precisamente, “corregir desviación nasal y obstrucción” (cdno. ppal., archivo 42, p. 3), para lo cual, según los dos peritos, era necesario emplear añadidos, agregados o incrustaciones, incluso, de ser necesario, de cartílago de la concha auricular¹¹. Es que, se recuerda e insiste, la señora Rojas presentaba una giba en su nariz, pese a que ya se había practicado una rinoplastia, por lo que el tema del injerto debe considerarse parte de la explicación “**de forma satisfactoria cómo es**” (ib.). Más aún, la Sala llama una vez más la atención en que se trató de una rinoplastia secundaria, por lo que, según la perito Lissette se podía encontrar fibrosis, como en efecto sucedió, según lo precisa el informe quirúrgico.

d. Se cuestiona que el médico no podía tomar cartílago de la concha auricular porque era indispensable un consentimiento expreso; sin embargo, amén de que consentimiento sí hubo, pues si medió para la rinoplastia secundaria, necesariamente tenía que darse para obtener el injerto, es bueno recordar que los médicos están autorizados para adoptar decisiones intraoperatorias en el marco de la intervención para la cual se obtuvo el consentimiento informado.

¹⁰ Cas. Civ. Sentencia de 24 de mayo de 2017. Exp. SC7110-2017

¹¹ El perito Polo afirmó “el injerto de cartílago auricular se viene utilizando de tiempo atrás tanto para rinoplastias primarias y secundarias” (cdno. ppal., archivo 30, p. 8). A su turno, la médica Barreto señaló “Intraoperatoriamente, el cirujano encuentra en la nariz gran cantidad de fibrosis y fragmentos de cartílago (...) que no permiten un sostén adecuado para reorientar esa desviación de la punta hacia la derecha por lo que disecciona el septum. Lamentablemente, no es posible tomar de esa zona el injerto de cartílago necesario pues es irregular e incompleto. Como indica la literatura, el paso a seguir es tomar cartílago de la oreja, en este caso, la derecha para compensar la amputación del cartílago lateral izquierdo como un injerto de aumento para propender a la mejora de esa nariz” (cdno. ppal., archivo 25, p. 3).

En este caso, el informe quirúrgico precisa, en relación con la rinoplastia, que “se infiltra lidocaína con epinefrina, en dorso, punta y septum nasales. Abordaje abierto, columelar y marginal, disección de dorso, punta nasal y túneles superiores, se aprecia tejido fibrótico en punta y dorso nasal. Con dificultad para identificar elementos estructurales de punta nasal, son asimetría en volumen hacia el lado de cartílago alar izquierdo, el cual se CE para dar simetría, hay pedazos de cartílago en certiente nasal ósea izquierda, con cartílago lateral irregular, deprimido y amputado, se trata de disecar túnel para toma de injerto de cartílago septal, pero éste es irregular e incompleto. Se toma concha auricular derecha para dar simetría en pirámide cartilaginosa izquierda, en el cual se TOS 6-0. Cauterización de cornetes inferiores y medios. Cierre de incisiones nasales. Taponamiento” (cdno. ppal., archivo 01, p. 16). Como fácilmente se advierte, el médico trató de obtener cartílago de la propia nariz, sólo que no pudo hacerlo, por lo que resulta comprensible y razonable que, para poder hacer la rinoplastia, conforme a lo acordado con la paciente, obtuviera el material necesario de otra parte de su cuerpo, habiendo escogido el más indicado para ello, como lo precisó la perito Barreto (cdno. ppal., archivo 25, p. 3). ¿Qué más podía hacer el médico si no fue posible obtener cartílago del septum nasal?

De aceptarse la postura de la parte demandante, el médico habría tenido que terminar la intervención, sin hacer la rinoplastia, con el consecuente proceso de cicatrización y recuperación, para informarle de lo sucedido y preguntarle si consentía expresamente en lo que implícitamente había asentido (si es que no se aceptara lo consignado en el resumen de la historia clínica), lo que sería más desventajoso para la paciente, quien tendría que ser sometida a un nuevo procedimiento de anestesia y a una nueva intervención quirúrgica.

En síntesis, reconociendo que el paciente es autónomo en la toma de decisiones relativas a su salud y su cuerpo, que debe respetarse su integridad física y, desde luego, su dignidad, la Sala encuentra en este caso que sí hubo consentimiento informado en el tema relativo a la posibilidad de tomar cartílago de la concha auricular, y que, en cualquier caso, se trató de una decisión intraoperatoria que no merece reproche judicial.

6. Puestas de este modo las cosas, hizo bien la juzgadora al negar las pretensiones de la demanda, puesto que no fue demostrada la responsabilidad del médico demandado.

Se confirmará, entonces, la sentencia apelada con la consecuente condena en costas.

DECISIÓN

Por el mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá D.C., en Sala Primera Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia de 10 de junio de 2022, proferida por el Juzgado 41 Civil del Circuito de la ciudad dentro de este proceso.

Costas del recurso a cargo de la apelante. Liquidense.

NOTIFIQUESE

Firmado Por:

Marco Antonio Alvarez Gomez
Magistrado
Sala 006 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Ricardo Acosta Buitrago
Magistrado
Sala Civil Despacho 015 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jesus Emilio Munera Villegas
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: **acf2ec4aa1fb6f2225c7f912778f74832a76e5668361297a331f125e1a21071c**

Documento generado en 14/09/2022 03:20:33 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

Sala Civil

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veintidos (2022)

Ref: Proceso verbal No. 110013103041202000341 01

En la liquidación de costas inclúyase como agencias en derecho, por lo actuado en la segunda instancia, la suma de \$1'500.000.

CÚMPLASE

Firmado Por:

Marco Antonio Alvarez Gomez

Magistrado

Sala 006 Civil

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

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

Código de verificación: **22a6d19bde95c398fc44163fe57032d0764961ace11ea329e57402bb1588dc6e**

Documento generado en 14/09/2022 03:22:39 PM

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

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