

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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

Bogotá D.C., trece (13) de abril de dos mil veintitrés (2023)

1. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Magistrada Ponente: **CLARA INÉS MÁRQUEZ BULLA**
Radicación: 110013103019 2019 00195 02
Procedencia: Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá, D.C.
Demandante: Ricardo Antonio Garvín Bermúdez
Demandado: Jorge Milcíades Lizarazo Ramírez
Proceso: Verbal
Recurso: Apelación

Discutido y aprobado en Salas de Decisión del 30 de marzo y 13 de abril de 2023. Actas 12 y 13.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

En acatamiento del pronunciamiento de tutela ATC302 emitido el 22 de marzo pasado, por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, dentro del trámite del incidente de desacato promovido por Ricardo Antonio Garvín Bermúdez frente a la orden tutelar STC 15803 del 23 de noviembre de 2022, se dirime, en tercera ocasión, el

recurso de apelación interpuesto contra la sentencia calendada 11 de marzo de 2022, proferida por el Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá, dentro del proceso **VERBAL** instaurado por el antes mencionado contra **JORGE MILCÍADES LIZARAZO RAMÍREZ**.

3. ANTECEDENTES

3.1. La Demanda.

Ricardo Antonio Garvín Bermúdez, a través de apoderado judicial, interpuso demanda contra Jorge Milcíades Lizarazo Ramírez, para que previos los trámites de rigor, se hicieran los siguientes pronunciamientos:

De manera principal:

3.1.1. Declarar la resolución del contrato de promesa de compraventa celebrado con el convocado el 7 de diciembre de 2017, sobre los inmuebles ubicados en la calle 147 número 12 – 52 etapa 2, conjunto residencial Portobello P.H. de Bogotá D.C., identificados con matrícula 50N-20661059, 50N-20660904 y 50N-20661057 del registro inmobiliario de esta capital, por incumplimiento parcial por parte del enajenante.

3.1.2. Condenar, en consecuencia, al intimado a restituirle el precio, - \$309.500.000.oo-, más la indexación correspondiente, y pagar \$60.000.000.oo por sanción penal, así como los perjuicios causados -rentas y cuotas de administración sufragadas por el lugar que habita- desde el 4 de enero de 2018 hasta la fecha de presentación del libelo -los cuales suman \$29.258.000.oo-, además de los que en adelante se generen.

3.1.3. Disponer que las cosas vuelvan al estado anterior, con las

compensaciones a que haya lugar.

3.1.4. Imponer al demandado las costas procesales.

Subsidiariamente:

“...Como quiera que lo consagrado en el artículo 1546 del Código Civil, depende del otro contratante, en caso de ser propuesta por el demandado, [el actor] aceptaría...”¹.

3.2. Los Hechos.

Para soportar dichos pedimentos adujo los supuestos fácticos que se compendian como sigue:

Jorge Milcíades Lizarazo Ramírez, el 7 de diciembre de 2017 le prometió en venta los bienes relacionados en las pretensiones, cuyos linderos generales y especiales se encuentran descritos en la escritura pública número 510 del 21 de febrero de 2012, otorgada en la Notaría 44 del Círculo de esta ciudad, los cuales destinaría para su vivienda personal.

Pagó el precio en su totalidad, así: a la firma del acuerdo, dos cheques de gerencia, uno por \$130.000.000.oo, girado a favor del Banco BBVA para la cancelación y el levantamiento de la hipoteca que gravaba al apartamento; otro por \$79.950.000.oo expedido a nombre del promitente vendedor; \$50.000.000.oo respaldados en similar instrumento, cuya beneficiaria fue la cónyuge o compañera permanente de este último, Katy Lorena Mosquera Mena, al perfeccionamiento de la transferencia; \$5.000.000.oo entregados en efectivo a ella y los \$45.000.000.oo restantes por medio de otro título

¹ Folios 77 y 78 del archivo 01ExpedienteHibridoCuadernoPrincipal, ubicado en la carpeta Cuaderno 1 Principal.

valor de igual condición a los ya enunciados.

Aunque en el instrumento público 4710 protocolizado el 28 de diciembre de 2017 en la Notaría 44 de esta urbe, se consignó que se recibían las heredades enajenadas al momento de la suscripción del documento, lo cierto es que pactó con el cocontratante que realmente ello ocurriría el 4 de enero de 2018, día en que también materializaría la transferencia de la propiedad y entrega física del parqueadero, debido a inconveniente que registraba en el IDU.

En la aludida data el encartado deshonró los compromisos que le atañían, esto es, la entrega material de todos los bienes y la protocolización de la venta del garaje. Por ese motivo no registró la convención, ya que ningún sentido tenía asumir unas erogaciones costosas para este fin, cuando no podía usufructuar la vivienda y el depósito.

Con ocasión de tal circunstancia ha debido cubrir el costo de los arrendamientos y las cuotas de administración de su actual morada desde el 4 de enero de 2018, los cuales a la fecha en que se entabla la presente acción ascienden a \$29.258.000.00².

3.3. Trámite Procesal.

La demanda fue admitida el 21 de junio de 2019. Dispuso su notificación al extremo pasivo, y posterior traslado³.

Enterado del litigio el encausado, mediante apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Con pronunciamiento frente a los hechos, planteó las excepciones tituladas “...**EL VENDEDOR CUMPLIÓ TODAS LAS OBLIGACIONES...**”, “...**FALTA DE**

² Folios 28 al 38 del archivo 05ContestaciónDemanda.

³ Folio 89 *ibidem*.

PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA...”, “...CULPA DEL DEMANDANTE...”, “...EL DEMANDANTE MANIFESTÓ SU VOLUNTAD DE QUE SE DIERA CUMPLIMIENTO AL CONTRATO COMO PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA RESOLUCIÓN...” e “...IMPROCEDENCIA DE LA CLÁUSULA PENAL Y DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS...”⁴.

3.4. Demanda de Reconvención.

Así mismo, Jorge Milcíades Lizarazo Martínez, por conducto de procurador judicial, planteó contrademanda frente a Ricardo Antonio Garvín Bermúdez, con el propósito de:

Declarar que el comprador incumplió el contrato de promesa y la compraventa celebrada con él.

Condenarlo, a corolario, a pagar \$60.000.000.oo como cláusula penal acordada.

Imponer al encausado que asuma los gastos del juicio⁵.

Como sustento de tales peticiones, esgrimió los siguientes supuestos fácticos:

Debido a que el IDU no le ordenó, oportunamente, a la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá levantar el gravamen que afectaba al garaje prometido en venta, por encontrarse exonerado de pagar el impuesto de valorización, este bien no pudo ser enajenado junto con el apartamento y el depósito, ubicados en la calle 147 número 12 52, segunda etapa del Conjunto Residencial Portobello de esta ciudad, en la fecha concertada.

⁴ Folio 325 a 331 *ibidem*.

⁵ Folios 36 y 37 del archivo 04SubsanaciónReconvención, ubicado en Cuaderno 4 Reconvención.

Pese a que el señor Garvín Bermúdez estaba enterado de la situación, el 28 de diciembre de 2017, fecha acordada en la convención preparatoria, firmó la escritura de transferencia del derecho real de dominio sobre la vivienda y el depósito, con el compromiso que una vez se liberara la afectación sobre el parqueadero se protocolizaría su traspaso.

En la mencionada data, por conducto de Katy Lorena Mosquera, previo pago del saldo del precio -\$50.000.000-, le hizo entrega real y material de los bienes transferidos, lo cual quedó consagrado en el instrumento público contentivo de la venta, donde además manifestó que se encontraba en posesión real y material de tales cosas.

Al cumplir el IDU, el 15 de enero de enero de 2018 con lo propio, el 9 de marzo siguiente, acudió a la Notaría 44 del Círculo de esta ciudad, previo pago del impuesto predial y de los gastos notariales, suscribió el traspaso del garaje a favor del convocado, a quien enteró que solo faltaba su firma para perfeccionar el negocio; sin embargo, no atendió el llamado.

Aunque Garvín Bermúdez se obligó a asumir los impuestos de beneficencia y los costos de registro de la escritura pública en que se materializó, no lo hizo; proceder que le generó graves perjuicios, pues actualmente aparece como deudor de tributo predial y de valorización.

Agregado a lo anterior, la copropiedad le inició un proceso ejecutivo en el que persigue el pago de las cuotas de administración de los inmuebles trasferidos, en el cual se embargaron los remanentes que resulten de este litigio.

El demandado, contrariando la buena fe contractual, alega en el libelo principal que no le entregaron las propiedades adquiridas, pese a haber pagado su valor, cuando en el instrumento público contentivo

del acuerdo afirmó lo contrario, nunca lo enteró de tal situación, y se aprovechó de esto, para cautelarlas.

En la convención preparatoria se pactó como cláusula penal la suma de \$60.000.000.00, por desatención de los deberes negociales, actuar en el que incurrió Ricardo Antonio Garvín Bermúdez⁶.

3.5. Trámite de la contrademanda.

Previa subsanación⁷, el escrito genitor de mutua petición fue admitido el 16 de junio de 2021⁸.

El reconvenido encaró los pedimentos y aspectos fácticos. Propuso el enervante titulado “...**INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL PROMITENTE COMPRADOR...**”⁹.

Descorridas las defensas la señora Juez decretó las pruebas solicitadas y convocó a las audiencias reguladas en el artículo 372 del Código General del Proceso¹⁰.

Evacuadas las etapas de dicha reunión¹¹, adelantó la contemplada en el artículo 373 *ibidem*¹², anunció que el veredicto se emitiría por escrito dentro del término legal conferido.

El 11 de marzo último emitió sentencia que desestimó las pretensiones de la demanda inicial, declaró probada la defensa rotulada “...**INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL PROMITENTE COMPRADOR...**”, así mismo, que Ricardo Antonio Garvín Bermúdez desconoció el contrato de promesa

⁶ Folios 29 al 32 *ibidem*.

⁷ Archivo 04SubsanaciónReconvención.

⁸ Archivo 06AutoAdmiteDdaReconvención.

⁹ Archivo 07ContestaciónDemandaReconvención

¹⁰ Archivo 15decretaPbasConReconvención, ubicado en la carpeta Cuaderno1 Principal.

¹¹ Archivo 23Actadeaudienciaart373.

¹² Archivo 32ActaAudiencia373.

respecto del garaje, distinguido con folio de matrícula inmobiliaria 50N-20660904 y la compraventa protocolizada en la escritura pública 4710 del 28 de diciembre de 2017 de la Notaría 44 de Bogotá D.C. En consecuencia, lo condenó a pagarle a Jorge Milcíades Lizarazo Ramírez, \$60.000.000.00, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de la determinación, ordenó el levantamiento de las cautelas decretadas y le impuso a Garvín Bermúdez que asumiera los gastos del proceso¹³

Inconforme con esta determinación el precursor de la controversia principal y encausado en reconvención interpuso recurso de apelación¹⁴, concedido por medio de auto del 18 de marzo de 2022¹⁵.

4. LA SENTENCIA IMPUGNADA

La Funcionaria tras historiar las actuaciones, advirtió la presencia de los presupuestos procesales y que no se configura irregularidad que invalide lo actuado. Agregó que la legitimación para promover la acción resolutoria la tiene el contratante cumplido o que se allanó a satisfacer las obligaciones que le corresponden, se dirige contra el que desatendió sus compromisos negociales. Para su prosperidad además de las anteriores exigencias se requiere la existencia de una convención válida.

Precisó que las alianzas preparatorias y de compraventa cumplen este último requisito, así mismo, los elementos de juicio adosados al plenario respaldan que el comprador pagó la totalidad del precio concertado. Por demás, contrario a lo aseverado por el promotor inicial, en el clausulado quinto de la escritura pública 4710 otorgada en la Notaría 44 de esta ciudad, se contempló que le hicieron la entrega real y material de los inmuebles negociados a la firma del

¹³ Folio 6 del archivo 33Sentencia.

¹⁴ Archivo 34ApelaciónSentencia.

¹⁵ Archivo 36AutoConcedeApelación.

documento, de los cuales detenta la posesión real y material, contenido aceptado por el mencionado junto con las demás manifestaciones.

Aseveró, entonces que la entrega de los bienes antes que ser desvirtuada, la respaldó la versión de la testigo Katy Lorena Mosquera Mena, quien aseguró haberle dado las llaves al comprador Garvín Bermúdez. Hecho que refuerza, la carta remitida por el vendedor Lizarazo Ramírez, dirigida a la administración de la propiedad horizontal, en la cual presentó al primero en mención como propietario. Probanzas que, valoradas, a la luz de la sana crítica, refrendan la materialización del acto, pues de no haber sido así, el adquirente no hubiera pagado la totalidad del precio pactado, ni su hija, intermediaria en el acuerdo, hubiera intentado un acercamiento entre las partes.

Jorge Lizarazo sufragó la expedición de la escritura de compraventa del parqueadero, una vez el IDU solucionó la situación administrativa que el bien presentaba, como lo habían convenido los contratantes, aspecto cuya acreditación se colige a partir de lo consignado en la factura de venta FES 615050 emitida el 9 de marzo de 2018 por la Notaría 44 de esta urbe, la cual coincide con la fecha del levantamiento del gravamen y las partes, sin que sea creíble que no se enteró de la materialización de tal acto a quien fungió como vendedor.

Acotó que en estas circunstancias está demostrada la observancia de los deberes convencionales por parte de Jorge Milcíades Lizarazo Ramírez, en cambio, Ricardo Antonio Garvín Bermúdez no pagó el impuesto de beneficencia, ni el costo del registro de la enajenación, deberes que le concernía ejecutar según lo concertado en la promesa de contrato y en la compraventa, sin que pueda admitirse como justificación de tal deshonra, la no entrega de la vivienda y el depósito,

dado que se probó que las mismas sí se consumaron.

Sostuvo que, por tanto, está llamada al traste la única defensa formulada contra la demanda de mutua petición, cuyas pretensiones hallan prosperidad. Por el contrario, fracasa lo ambicionado en el libelo principal. Aunado, el actuar desobligado de Garvín Bermúdez, conduce, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1599 del Código Civil, a hacer exigible a su cargo, la penalidad pactada; a quien además le corresponde asumir las costas procesales y los perjuicios generados¹⁶.

5. ALEGACIONES DE LAS PARTES

5.1. El apoderado del gestor inicial e intimado en la contrademanda, como reparos a la providencia, censuró a la Juzgadora por: no efectuar un análisis crítico a las pruebas adosadas, de cara a los razonamientos constitucionales, legales y doctrinarios pertinentes; omitir pronunciarse en el acápite resolutivo sobre la integridad de pretensiones y excepciones; preterir la síntesis de la demanda principal, la de reconvención y sus contestaciones, así como la calificación de la conducta de la contraparte y su apoderado.

Así mismo, por no reparar en que la demanda ejecutiva adelantada contra Lizarazo por el impago de las cuotas de administración fue rechazada; en la contradicción de las versiones de Jorge Milcíades Lizarazo y Kati Lorena Mosquera en cuanto a la forma en que se pagó el saldo del precio y se materializó la entrega, pues mientras para el primero, el último abono fue por cuantía de \$50.000.000.00 y las llaves se entregaron en la notaría el día de suscripción de la escritura de compraventa, para la excónyuge este último hecho ocurrió unas horas más tarde en un centro comercial y el saldo de \$5.000.000.00 se dio en efectivo, cuando, en realidad, en el sitio, lo acontecido fue

¹⁶ Archivo 33Sentencia.

la entrega de aquella cantidad en un sobre por parte del señor Garvín a Kati Lorena, quien se encontraba en compañía de su progenitora, aspecto corroborado por el testigo Nelson Rojas Vargas.

Igualmente, por no aplicar el artículo 1882 del Código Civil, el cual regula la obligación del vendedor de entregar la cosa trasferida; y, pasar por alto que así en la escritura que protocolizó el contrato de compraventa se hubiera señalado que Garvín se encontraba en posesión del apartamento y el depósito enajenados, lo cierto es que a él nunca se le dieron materialmente tales bienes, agregado a la contradicción existente en cuanto a la ocurrencia de tal acto ya enunciada; el primero en mención no fue presentado formalmente a la administración en época concomitante a la protocolización del negocio, para que se le permitiera el ingreso a la copropiedad como dueño, la comunicación emitida para tal fin data de 3 meses después.

Además, por no decretar como prueba de oficio el testimonio de la administradora para corroborar los anteriores hechos, así como que el 4 de enero del 2018, entre las 9:00 a.m. y las 12:30 m. quien fungió como comprador estuvo esperando en la puerta del edificio Portobello P.H. para que pusieran a disposición las propiedades adquiridas.

De la misma forma, indica que la funcionaria no fue cautelosa en concluir, de acuerdo a las evidencias, que la comisionista que actuó en la negociación en representación del señor Lizarazo fue la señora Sandra y no Adelaida Garvín, hija del demandante principal. Sumado a esto, por señalar sin prueba, que el promitente comprador había admitido que se realizara la enajenación del parqueadero cuando se levantara el gravamen que registraba el IDU, soslayar que la entrega de este bien según la promesa de contrato debía consumarse el 4 de enero de 2018, y en cualquier forma, la supuesta escritura de transferencia de dicho espacio -de la que nunca se enteró-, al parecer, solo se efectuó en marzo siguiente, sin que esto pueda inferirse de la

mera factura aportada, más aún cuando la misma dista de la época en que se realizó el levantamiento de la situación administrativa que pesaba sobre el garaje, dado que acaeció dos meses atrás, esto es en enero del mismo año.

Criticó al Notario 44 del Círculo de Bogotá, D.C. por no extender el instrumento público contentivo del contrato de compraventa en los términos consignados en la promesa, es decir, que eran 3 los bienes vendidos, no solo la vivienda y el depósito. También, por emitir, con posterioridad, supuestamente la escritura 651 en la que señaló como valor de la negociación \$16.500.000.00, los cuales nunca fueron pactados.

Destacó que el contrato de compraventa debe cumplirse tal y como se concertó, a menos que las partes decidan modificarlo por medio de un acuerdo de voluntades, con cláusulas adicionales, situación que no se presentó¹⁷.

5.2. La contraparte replicó que la entrega de un inmueble no requiere formalidad alguna, en todo caso, este acto se entiende surtido con la dación de las llaves, hecho de cuya ocurrencia dio cuenta la testigo Kati Lorena Mosquera; de lo contrario, el comprador, con la experiencia que tiene y siendo abogado, no hubiera pagado la totalidad del precio concertado.

La conducta del señor Lizarazo es de buena fe, en tanto suscribió la escritura de traspaso del parqueadero, una vez se solucionó el gravamen del IDU, a diferencia del comportamiento de Garvín, quien nunca ha requerido a aquél para que materialice la entrega, y en cambio, lo demandó y pidió el embargo de las heredades negociadas, para eludir la convocatoria a una conciliación.

¹⁷ Archivo 34ApelaciónSentencia.

Esbozó que no se cumplen los presupuestos de la acción resolutoria, debido a que el promotor no registró la escritura de compraventa, pese a afirmar haber recibido los inmuebles en tal documento, con lo que creó la expectativa de, en verdad, haberlo hecho; proceder con el que le ha causados perjuicios al intimado, quien aparece como moroso tanto en la administración de la copropiedad como en la Secretaría de Hacienda¹⁸.

6. CONSIDERACIONES.

6.1. Liminarmente se advierte la presentación de una demanda en forma, la capacidad de las partes para obligarse y concurrir al juicio, así como la competencia del Juzgador para dirimir el conflicto. Además, por cuanto examinado el trámite rituado no se observa irregularidad capaz de invalidarlo fluye meridiana la concurrencia de las condiciones jurídico-procesales que habilitan el proferimiento de una sentencia de mérito.

6.2. Acorde con lo previsto en el artículo 328 del Código General del Proceso, la competencia del Tribunal de conformidad con los reparos esbozados ante el señor Juez *a- quo* se circunscribe, a determinar, si de cara al material suasorio obrante en el proceso era dable declarar la prosperidad de la acción resolutoria.

6.3. Para ahondar en el estudio del asunto, viene bien recordar conforme al criterio que venía sosteniendo en los últimos lustros el Alto Tribunal Civil, que el incumplimiento unilateral de lo pactado por parte de uno de los contratistas facultaba al otro, es decir, al cumplidor o que se allanó a satisfacer sus deberes, a solicitar la resolución del contrato con indemnización de perjuicios, según lo disciplinado en el artículo 1546 del Código Civil, que preceptúa:

¹⁸ Archivo 024DescorreTraslado.

“...En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso podrá el otro contratante, pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios...”

Bajo el resguardo de la memorada disposición, la Corporación pregonó que la condición resolutoria tácita, es el instrumento que el legislador estatuyó con miras a dejar sin efectos el negocio jurídico vinculante de las partes y a restablecer las condiciones en que ellas se encontraban, antes de su celebración¹⁹.

A tono con ello, expresó que para su prosperidad es necesario demostrar por quien ha acatado las obligaciones a su cargo, que el demandado no ha satisfecho las suyas, y que el contrato del que estas derivan sea válido.

Sin embargo, por vía jurisprudencial, en sentencia SC1662 de 2019 efectuó una importante corrección doctrinaria, a partir de la interpretación sistemática y armónica de los artículos 1546 y 1609 del Código Civil, para precisar que, ante el mutuo incumplimiento, era plausible que cualquiera de los contratantes demandara la resolución del pacto, sin indemnización de perjuicios.

Más adelante la misma Corporación precisó, en Sentencia SC4801 de 2020, que la deshonra convencional debía ocurrir de manera simultánea, pues si existe un orden prestacional, el incumplimiento del primero en sus débitos habilita al segundo para también desatender los que en adelante le correspondan y promover la resolución convencional regulada en el artículo 1546 del Código Civil.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 26 de agosto de 2011, expediente 2002-00007-01.

En este sentido, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia puntualizó:

*“...en el ordenamiento jurídico patrio es de recibo, al día de hoy, la figura iuris de la simple resolución contractual en situación de recíproco incumplimiento de las partes, resta por precisar algo más y que es trascendental a la hora de evaluar cualquier caso con pretensiones de encuadrar en el criterio doctrinal vigente de la Corte; esto es, que no basta un incumplimiento en cada uno de los extremos contractuales para propiciar una resolución, sino que se requiere que ese desconocimiento de las obligaciones sea recíproco y **simultáneo**, porque si contractualmente los interesados establecieron un orden prestacional, no hay manera de predicar un incumplimiento mutuo, ya que la infracción contractual del primero en el tiempo justifica la renuencia del segundo a cumplir, y permite que este último ejercite las acciones alternativas previstas en el artículo 1546 del Código Civil: ejecutar o resolver, con indemnización de perjuicios.*

...

“En resumen, puede deprecar la resolución de un acuerdo de voluntades el contratante cumplido, entendiéndose por tal aquel que ejecutó las obligaciones que adquirió; así como el que no lo hizo justificado en la omisión previa de su contendor respecto de una prestación que este debía acatar de manera preliminar; y puede demandarla en el evento de desacato recíproco y simultáneo si se funda en el desacato de todas las partes, en este evento sin solicitar perjuicios (CS SC1662 de 2019) ...” (se subraya)...”²⁰.

Acorde con los anteriores derroteros, corresponde examinar el

²⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC3666-2021, reiteradas en SC5430 de 7 de diciembre de 2021, expediente 05001 31 03 010 -2014 01068 01 y SC1962 de 28 de junio 2022, expediente 11001-31-03-023-2017-00478-01. Magistrado Ponente Doctor Octavio Augusto Tejeiro Duque.

contenido obligacional de la promesa de compraventa celebrada entre las partes el 7 de diciembre de 2017, con el propósito de establecer, si el promotor se encuentra legitimado para deprecar la resolución; y, si este pedimento logra salir avante.

En el aludido acuerdo preparatorio, siendo promitente vendedor, Jorge Milcíades Lizarazo Ramírez y promitente comprador Antonio Garvín Bermúdez, el primero se obligó a transferir al segundo, el derecho de dominio y posesión que tiene sobre el apartamento 110, el garaje 140 y el depósito 175 del Conjunto Residencial Portobello P.H. de esta capital, de identificación inmobiliaria ya conocida, así como la cancelación de la hipoteca que pesaba sobre dichos bienes en la escritura que perfeccionara la venta, la cual se otorgaría el 28 de diciembre de 2017 a las 11:00 a.m. en la Notaría 44 de esta capital.

En la cláusula quinta se estipuló como precio de la venta \$309.000.000.00 pagaderos así: al suscribir el precontrato, \$130.000.000.00 que debían ser girados al Banco BBVA para cancelación de hipoteca y \$80.000.000.00 al promitente vendedor; \$50.000.000.00 a favor de Kati Lorena Mosquera Mena cuando se protocolizara la escritura de compraventa, y los \$50.000.000.00 restantes al momento de la entrega real y material de los inmuebles a favor de la misma señora²¹.

Jorge Milcíades Lizarazo²² y Kati Lorena Mosquera Mena²³ admitieron que el señor Ricardo Garvín sufragó la totalidad del valor convenido, lo cual también refrendan las documentales adosadas²⁴. Así mismo, al plenario se allegó la escritura pública 4710 del 28 de diciembre de 2017, otorgada en la Notaría 44 del Círculo de esta capital, mediante la cual se protocolizó la venta de la vivienda y el depósito aludido,

²¹ Folios 2 al 4 del archivo01ExpedeintehibridoCuadernoPrincipal.

²² Minuto36:34 a 1:17 del archivo 24AudienciaGrabación de la reunión.

²³ Minuto 3:39 a 29:58 del archivo 31AUDIENCIA373 11001310301920190019500-20220308_123625-Grabación de la reunión.

²⁴ Folios 27 y 28 del archivo del archivo01ExpedeintehibridoCuadernoPrincipal.

además de la cancelación de hipoteca que pesaba sobre tales bienes²⁵.

De esos elementos de juicio emerge la legitimidad de Ricardo Garvín para deprecar la resolución de la referida alianza preparatoria, si en cuenta se tiene que cumplió con las obligaciones consistentes en sufragar el costo total de las heredades y concurrir a la notaría en la fecha concertada para protocolizar la compraventa prometida, las cuales le atañía ejecutar para que se surtiera la entrega de los inmuebles, deber prestacional que se aduce desatendido por el promitente vendedor, quien, aunado a ello, solo realizó la enajenación del apartamento y del depósito, quedando pendiente la del garaje, como se afirma en el libelo.

6.4. Pues bien, dilucidado el anterior aspecto, corresponde averiguar la procedencia de la resolución contractual por el incumplimiento endilgado al intimado, al omitir, según el dicho de su promotor, acatar compromisos negociales como la entrega de los inmuebles prometidos en venta que le fueron transferidos y realizar la escritura de traspaso de uno de ellos.

No obstante, previo a efectuar el análisis fáctico con el propósito acabado de enunciar, es pertinente mencionar que, conforme a la doctrina imperante de la Alta Corporación Civil, la exigencia de constar por escrito la promesa de contrato se extiende a las modificaciones y/o adiciones que de esta se efectúen, por lo que en caso de ser verbales no surten efecto jurídico alguno, así las partes hubieran consentido en ellas, por estar desprovistas de tal formalidad. En este sentido el Colegiado en comentario adoctrinó:

“...la exigencia legal de que el contrato de promesa conste por escrito (numeral 1° del artículo 89 de la ley 153 de 1887), genera en este

²⁵ Folios 8 al 25 *ibidem*.

pacto meramente preparatorio consecuencias referidas principalmente a que las modificaciones o adiciones deban constar asimismo por ese medio. Es lo que, por lo demás, ha pregonado la jurisprudencia de esta Corporación al señalar que “...como quiera que por ser la promesa de contratar un convenio solemne, no solamente sus cláusulas primigenias sino también sus adiciones o modificaciones deben constar por escrito, pues como repetidamente lo ha dicho la Corte la formalidad del escrito es un requisito unido a la existencia misma del contrato y no simplemente condición ad probationem, razón por la cual son inadmisibles, para demostrarlas, otros elementos de convicción distintos a la forma escrita, incluida la confesión de los mismos contratantes” (Cas. Civ. del 25 de febrero de 1991).

Y en el mismo sentido, más recientemente puntualizó:

La solemnidad a la que por mandato de la ley está sometida la promesa, hace que cualquier otro medio de convicción que se exhiba para acreditar su existencia, su modificación o adición, resulte ineficaz para tales propósitos, pues se está ante un modo tarifario y específico de la prueba (CSJ SC 081 2000 del 23 de junio de 2000, rad. C-5295)...”²⁶.

De otra parte, también conviene relieves que, acorde a postura pacífica, la promesa de un convenio solo pierde vigencia ante la celebración de este vínculo, siempre y cuando “...exista perfecta coincidencia entre ambos negocios jurídicos...”, pues, de lo contrario, “...la disposición primigenia subsistirá...”. Sobre el tópico la aludida Corporación ha dicho:

“...el efecto ‘extintivo’ que conlleva frente a los pactos del precontrato el surgimiento del convenio final, no puede, ni debe, ser absoluto. Por

²⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC17214 de 16 de diciembre 2014, expediente 2004-00457-01.

*el contrario, para responder el cuestionamiento propuesto resulta imperativo identificar, previamente, **si existe perfecta coincidencia entre ambos negocios jurídicos (es decir, si en el contrato prometido se vertieron, sin reformas, las condiciones señaladas en la promesa)**, o si se presentan divergencias en sus contenidos.*

En la primera hipótesis, resulta innegable la improcedencia (y futilidad) de hacer pervivir una negociación que, como se ha señalado insistentemente..., corresponde a una expresión temporal de voluntad de las partes, orientada –precisamente- a ser sustituida con el otorgamiento del contrato prometido. En el segundo evento, a su turno, será necesario identificar si los puntos divergentes fueron, o no, objeto de una novedosa regulación en el contrato definitivo.

Ciertamente, si en la promesa se prevé que alguno de los elementos del contrato prometido adoptará una determinada forma, y luego en este resulta regulado de manera distinta, es ineludible entender -al menos en línea de principio- que lo manifestado en el negocio jurídico final recoge la contundente, irrefragable y definitiva voluntad de los contratantes, sustituyendo así su querer inicial, expresado en la promesa; lo anterior precisamente por la naturaleza meramente preparatoria y función jurídico-económica del precontrato, que no es otra que allanar el camino para la celebración de un convenio posterior.

*En cambio, **si las partes guardan silencio en el segundo contrato (el definitivo) frente a algún punto sistematizado en el primero (el preliminar), la disposición primigenia subsistirá**, siempre y cuando reúna los requisitos que exige el ordenamiento para la validez y eficacia de la totalidad de las convenciones entre particulares. En síntesis, «(...) como las voluntades de los contratantes se pusieron de acuerdo sobre lo que es objeto del contrato preparatorio, este los obliga como cualquier contrato. Sin embargo, las partes solo están*

*obligadas porque se pusieron de acuerdo en cuanto a la preparación de un contrato que normalmente surge después y como consecuencia del contrato preparatorio. **Necesariamente llegará un momento en que el contrato preparatorio se transformará en contrato definitivo, o en que el segundo reemplace al primero, o en que tenga que comprobarse la imposibilidad de concluir el contrato definitivo, la que implica la extinción del precontrato que no llegó a su fin. Lo que sí es cierto es que el contrato definitivo solo existirá desde la fecha en que reemplazará al contrato preparatorio (...).** [E]l precontrato no tiene por objeto suspender la existencia de un contrato cuyos elementos existen en su totalidad; se trata de un acuerdo que prepara el contrato definitivo, el cual no existe todavía porque faltan uno o varios elementos para que se considere como perfecto, esto es, para que pueda producir sus efectos. En otras palabras, el precontrato retarda la conclusión definitiva del contrato...”²⁷.*

6.5. Dicho lo precedente, al arribar al escenario fáctico del sub-lite, se tiene que aunque el 7 de diciembre de 2017, Ricardo Antonio Garvín Bermúdez, como promitente comprador y Jorge Milcíades Lizarazo Ramírez, convinieron la transferencia del apartamento, depósito y garaje ya descritos, que se materializaría el 28 de diciembre de 2017²⁸; la escritura pública número 4.710, otorgada en la aludida data en la Notaría 44 de esta ciudad, solo protocolizó la enajenación de la vivienda y la bodega, mas no el garaje.

Esta particular circunstancia, además de la deshonra convencional que pueda implicar, aspecto que se analizará más adelante, refleja que la materialización de la compraventa no extinguió la promesa, al no existir perfecta coincidencia entre los bienes materia del precontrato y los del negocio prometido, porque mientras que en el

²⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC2221 de 13 de julio del 2020, expediente 2016-00192-01.

²⁸ Folios 2 al 4 del archivo01ExpedeintehibridoCuadernoPrincipal.

primero se concertó la transferencia de tres inmuebles, en el segundo, únicamente se realizó el traspaso de dos ellos.

Entonces, el señor Garvín Bermúdez quedó habilitado para demandar la resolución de la convención preparatoria, al haber honrado los deberes que le atañían relativos a pagar el precio total fijado y comparecer a la Notaría en la fecha y hora acordadas, para que así el promitente vendedor consumara la entrega de los bienes negociados.

Dilucidado ello, en aras de indagar sobre la desatención de esta última carga, del examen de los elementos suasorios se advierte que la testigo Kati Lorena Mosquera Mena²⁹ afirmó que, con anterioridad a firmar el instrumento público de transferencia de dominio, Ricardo Garvín vio el apartamento deshabitado, así como el parqueadero y el depósito, quedó conforme, por lo que unas horas después de suscribir tal documental le hizo entrega de sus llaves en un centro comercial. Aunque, Jorge Milcíades Lizarazo³⁰, disintió en que ello había ocurrido en la Notaría, coincidió en que tuvo lugar el 28 de diciembre de 2017, cuando se protocolizó la compraventa.

En cambio, para el demandante Ricardo Garvín³¹, en respaldo con el deponente Nelson Augusto Rojas Vargas³², lo ocurrido en el mencionado establecimiento comercial fue el suministro de un sobre, que en palabras del primero contenía dinero, lo cual tuvo lugar el 2 de enero de 2018, sin que aún se hubiera materializado la entrega.

Empero, la discordancia sobre el lugar en que acaeció el suministro de las llaves, no le resta credibilidad, ni valor demostrativo a las declaraciones de los señores Lizarazo y Mosquera, en la medida que

²⁹ Minuto 3:39 a 29:58 del archivo 31AUDIENCIA373 11001310301920190019500-20220308_123625-Grabación de la reunión.

³⁰ Minuto 36:34 a 1:17 del archivo 24AudienciaGrabación de la reunión.

³¹ Minuto 11:34 a 36:04 y hora 1:18 *ibidem*.

³² Hora 1:54 a 1:30 *ibidem*.

concuerdan respecto a la fecha en que tal acto tuvo lugar; por demás, es explicable que, entre los excónyuges, cuando para entonces no existía una comunicación cercana, dado el proceso de separación que afrontaban, se produjeran contrariedades en su dicho, como la evocada.

A estas versiones, se suma el hecho que Garvín Bermúdez solucionó la totalidad del precio, lo cual, según lo convenido en la promesa de contrato, estaba supeditado a la entrega de los bienes.

De manera que, a la luz de las reglas de la sana crítica, es dable inferir que si el comprador pagó integralmente la suma acordada es porque recibió las llaves para acceder a la morada y depósito enajenados, así como al garaje que pese a no haberse traspasado a favor de aquél si fue entregado según el dicho de la señora Mosquera Mena.

Aunado, refuerza que se consumó la entrega de las aludidas heredades, la comunicación remitida por el señor Lizarazo Ramírez a la administración de la copropiedad, en la cual presentó a Ricardo Garvín como nuevo propietario.

Por ende, en coherencia con lo expuesto, la imputación de incumplimiento al convocado realizada en el libelo principal por la no disposición material de los inmuebles negociados, no se encuentra acreditada, en tanto el cúmulo de medios persuasivos allegados al litigio dan cuenta de lo contrario, para lo cual, dígase de una vez, la condición de corredora de una persona de nombre Sandra, manifestada por la testigo Adelaida Garvín resulta irrelevante³³.

Así las cosas, emerge palmario que Jorge Milcíades Lizarazo Ramírez no deshonoró la obligación de entregar los inmuebles

³³ Minuto 34:54 a 47:45 del archivo 31AUDIENCIA373 11001310301920190019500-20220308_123625-Grabación de la reunión.

prometidos en venta, contemplado en el vínculo preparatorio, dado que la observancia de tal deber lo respaldan las pruebas ya relacionadas, refrendado por lo consignado en la escritura pública que protocolizó la enajenación, documento, en el cual, Ricardo Garvín, aceptó que el vendedor le hizo entrega real y material de las propiedades transferidas, es decir, el apartamento y el parqueadero, al punto que afirmó que, “...ya se encuentra en posesión real y material de...” las mismas³⁴.

Por el contrario, el promitente vendedor sí inobservó el deber prestacional relativo a transferir el parqueadero al promitente comprador el 28 de diciembre de 2017, como fue acordado en el contrato preparatorio, el cual continuó vigente, pues, pese a consolidarse la enajenación de los otros dos bienes prometidos -el apartamento y el depósito-, comoquiera que ninguna evidencia revela que los extremos negociales hubieran concertado, por escrito, conforme correspondía, que el traspaso del garaje podía hacerse con posterioridad a aquella fecha, no es admisible la demostración de esta posible modificación de la promesa de una manera diferente, dada la formalidad impuesta por el artículo 1611 del Código Civil.

Así las cosas, devienen inadmisibles las razones fundadas en que el promitente comprador asintió en modificar la fecha en que se consumaría la protocolización de la compraventa del garaje, pues no habiendo ocurrido ello en la data estipulada, sin que obre acuerdo escrito en que se hubiere acordado la variación de este día, se estructura la deshonra prestacional endilgada a Jorge Milcíades Lizarazo Ramírez.

De lo que se sigue que, en el contexto descrito, contrario a lo estimado por la señora Juez, se cumplen a cabalidad los requisitos para la prosperidad de la resolución invocada, ante la existencia de una

³⁴ Folio 16 y 17 *ibidem*.

promesa de contrato válida celebrada entre las partes, el cumplimiento de las prestaciones que le atañían al promitente comprador, y la desatención del promitente vendedor en efectuar el traspaso del garaje en la época convenida, conforme se anunció.

Así que, dígase de una vez, basten los argumentos antes expuestos para desestimar las excepciones tituladas “...**EL VENDEDOR CUMPLIÓ CON TODAS LAS OBLIGACIONES...**”, “...**FALTA DE LOS PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA...**” y “...**CULPA DEL DEMANDANTE...**”.

De otra parte, el éxito de la aspiración resolutoria contemplada, impide la recepción de la defensa nominada “...**EL DEMANDANTE MANIFESTÓ SU VOLUNTAD DE QUE SE DIERA CUMPLIMIENTO AL CONTRATO COMO PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA RESOLUCIÓN...**”.

Por el contrario, sí halla acogida el enervarte roturado “...**IMPROCEDENCIA DE LA CLÁUSULA PENAL Y DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS...**”, en la medida que en el clausulado octavo de la promesa de compraventa se estipuló que “...[l]os contratantes fijan como cláusula penal la suma de **SESENTA MILLONES DE PESOS (\$60.000.000)** que pagará el contratante incumplido a favor del contratante cumplido en el evento de incurrir en cualquiera de las obligaciones aquí pactadas suma que será exigible sin necesidad de requerimiento ni constitución en mora de la parte incumplida...”³⁵.

Por tanto, del tenor literal de la aludida penalidad se colige que tiene una función compensatoria, sustitutiva de los perjuicios ocasionados por la insatisfacción, sin que se hubiera concertado en otra de las

³⁵ Folio 5 del archivo 01ExpedienteHibridoCuadernoPrincipal.

estipulaciones del mentado documento que, a la par, se podía reclamar el resarcimiento de daños.

En este contexto, entonces, no era dable implorar el pago de la penalidad junto con los detrimentos causados, sin que los contratantes hubieran concertado implorar al mismo tiempo el reconocimiento de estos dos conceptos, por cuanto que acorde con lo previsto en el artículo 1600 del Código Civil, “...[n]o podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena”.

Tópico respecto del cual, la Sala de Casación Civil adoctrinó:

“...la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción

*convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato...*³⁶.

No obstante, al momento de calificarse la demanda, el Despacho de primer grado no reparó en que existía una indebida acumulación de pretensiones, por cuando era improcedente que el promotor principal, consecuencia de la deshonra negocial endilgada al convocado, reclamara, de manera conjunta, la cláusula penal con otra reparación complementaria de la misma índole, porque ello no se convino en el contrato, circunstancia en la cual, dicho cúmulo de pretensiones propiciaba un enriquecimiento indebido a favor del acreedor y en contra del deudor.

Aunque no se desconoce, que, al amparo del artículo en cita, el acreedor cuenta con la potestad de deprecar la indemnización o la pena, no es menos cierto que, al analizar un caso en el que en una misma demanda se acumularon los reclamos de una penalidad por inobservancia negocial, y el resarcimiento adicional de igual estirpe, sin que se hubiera concertado en el convenio pedir a la vez estos dos conceptos, la jurisprudencia regente estimó:

“...Luego, del incumplimiento por parte la recurrente de las obligaciones de su resorte dimana su responsabilidad frente a los perjuicios inferidos a las convocantes, pero no debió ignorar la falladora a quo la indebida acumulación de pretensiones contenida en la demanda para, en su lugar, darle vía libre.

En efecto, habiéndose concertado en los dos contratos aducidos, una sanción o pena para el caso de incumplimiento de la obligación principal contraída por cada uno de los ahora contendientes:

³⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencias SC de 23 de mayo de 1996, expediente 4607, reiterada SC170 de 15 de febrero de 2018, expediente 2007-00299-01 y en SC 4853 de 18 de noviembre de 2021, expediente 001-2022-00094-01.

\$200.000.000 en el caso del negocio celebrado con TV Cable Guajira 2000 Ltda. y \$500.000.000, en el del pacto ajustado con Cable TV de Sucre Ltda., sin que hubieran prefijado la posibilidad de una reparación adicional por concepto de los daños ocasionados, el reclamo de resarcimiento efectuado en la pretensión cuarta del libelo introductorio resultaba claramente improcedente.

*Tal circunstancia impone modificar lo decidido..., pues la cláusula penal es comprensiva de todos los perjuicios que podían causarse a los negociantes y excluye, como se indicó, cualquier otra estimación...*³⁷ -resalta la Sala-

Así que, con fundamento en los anteriores derroteros, en el sub-lite, resulta inviable reconocer el monto impetrado como perjuicios; en cambio, se dispondrá al intimado principal pague a su contradictor el valor pactado como cláusula penal, en la cual se encuentran inmersos los detrimentos irrogados, con ocasión de la deshonra negocial antes declarada.

6.6. En este panorama siendo evidente que ninguna de las defensas enarboladas para derruir la acción resolutoria logró abrirse paso, deviene necesario que la Sala se pronuncie sobre las prestaciones mutuas, con el propósito que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban, al momento de la celebración de la promesa de compraventa.

Por ende, al señor Jorge Milcíades Lizarazo Ramírez le concierne devolver a Ricardo Antonio Garvín Bermúdez, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, el precio efectivamente pagado por los bienes objeto de la promesa de compraventa, con la indexación correspondiente, valor que generará intereses civiles del 6% mensual, si no se reintegra dentro del plazo antes señalado.

³⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC 4853 de 18 de noviembre de 2021, expediente 001-2022-00094-01. Magistrada Ponente doctora Hilda Suárez Neira.

Tal cantidad que debe ser traída a valor presente con el Índice de Precios al Consumidor –IPC-, dado que la mismas con el paso del tiempo perdieron el poder adquisitivo, impone su indexación, desde cuando fueron entregados, según respaldan las evidencias³⁸, - \$260.000.000.oo en el mes de diciembre de 2017, y \$50.000.000.oo en el mes de enero de 2018-, hasta la época en que emite esta providencia, según la siguiente fórmula:

$$VP = VH \times \frac{IPC\ FINAL}{PC\ INICIAL}$$

Donde,

VP = valor presente

VH = valor histórico

IPC FINAL = IPC acumulado a la fecha en que se dicta esta decisión - 130.40-.

IPC INICIAL = IPC acumulado para cuando se entregó el dinero - diciembre de 2017 96.92 y enero de 2018 97.53-.

Efectuada la operación correspondiente, los \$260.000.000.oo actualizados a la fecha de esta sentencia, ascienden a \$349.814.279.81 y los \$50.000.000.oo arrojan un resultado de \$66.851.225.26, para un total de \$416.665.505.07.

A Ricardo Antonio Garvín Bermúdez, le corresponde restituir a Jorge Milcíades Lizarazo Ramírez, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, los inmuebles ubicados en la calle 147 número 12 – 52 etapa 2 del conjunto residencial Portobello P.H. de Bogotá D.C., identificados con matrícula 50N-20661059, 50N-20660904 y 50N-20661057 del registro inmobiliario de esta ciudad, en las mismas condiciones que los recibió.

³⁸ Folios 4, 27 y 28 del archivo 01ExpedienteHibridoCuadernoPrincipal, minuto 11:34 a 36:04 y hora 1:18 del archivo 24AudienciaGrabación de la reunión.

Sobre las demás restituciones recíprocas no invocadas por los litigantes, *“...las cuales ameritan pronunciamiento oficioso, debe repararse en que ni los frutos civiles ni las mejoras fueron debidamente acreditadas en el plenario...”*³⁹.

Agregado a lo anterior, como el promitente vendedor, Lizarazo Ramírez, ejecutó la obligación de hacer, emanada de la promesa, es decir, perfeccionó el contrato de compraventa respecto apartamento 110 y el depósito 175 que hacen parte de la copropiedad antes mencionada⁴⁰, distinguidos, respectivamente, con folios de matrícula inmobiliaria números 50N-20661059 y 50N-20661057, y canceló la hipoteca que afectaba estos bienes, mediante la escritura pública 4710 del 28 de diciembre de 2017, otorgada en la Notaría 44 del Círculo de esta capital, la cual no se registró, según manifestación de las partes, corresponde ordenar al notario pertinente que cancele dicho instrumento público, y tome nota de ello en la forma dispuesta por la ley.

6.7. En cuanto a las inconformidades fundadas en que el acápite resolutivo del veredicto no se pronunció sobre la integridad de pretensiones y excepciones, ni en él se reparó en calificación de la conducta del demandado principal y su apoderado, son reparos que fueron meramente enunciados, sin que se hubieran desarrollado sus argumentos de censura.

En ese sentido, memórese, que el Alto Tribunal Civil ha pregonado que al recurrente vertical le compete:

“...sustentar y manifestar las razones fácticas, probatorias y jurídicas de discrepancia con la decisión impugnada... Demostrar los desaciertos

³⁹ Cfr. *Idem*.

⁴⁰ Folios 8 al 23 del archivo 01ExpedienteHibridoCuadernoPrincipal.

de la decisión para examinarla, y por tanto, 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 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.)...”⁴¹.

6.8. El descontento porque la funcionaria no decretó alguna prueba de oficio, ni historió las actuaciones de las demandas, tampoco se refirió a que la demanda ejecutiva por cuotas de administración aducida por la contraparte fue rechazada; así como lo atinente al proceder del Notario 44 de esta ciudad, son aspectos que escapan del objeto de la alzada, en la medida que sus argumentos son ajenos a los esgrimidos como sustento de la sentencia recurrida.

Memórese que, a voces de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, apelar “...no es ensayar argumentos disímiles o marginales que nada tengan que ver con lo decidido en la providencia impugnada...”⁴².

Vale decir, la Colegiatura no debe referirse a aspectos de los que no hubo inconformidad de manera oportuna, decidir lo contrario iría en contravía con el objeto del recurso de apelación, el cual se circunscribe a “...que **el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante...**”, ante el *a quo* y sustentados ante el superior. - resalta la sala-

6.9. De conformidad con lo discurrido se revocará la sentencia apelada, para en su lugar, acceder a declarar la resolución de la convención celebrada entre las partes, despachar

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 18 de junio de 2014. Expediente 01190-00.

⁴² Cfr. *Ibidem*.

desfavorablemente los enervantes que en relación con esa reclamación formuló el demandado principal, ordenar las restituciones mutuas pertinentes, el pago del monto convenido por cláusula penal. Igualmente, declarar probada la defensa rotulada “...**IMPROCEDENCIA DE LA CLÁUSULA PENAL Y DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS**...”, en consecuencia, denegar los perjuicios reclamados, disponer el levantamiento de la inscripción de la demanda⁴³, y condenar en costas de ambas instancias al extremo pasivo -numeral 4° del artículo 365 del Código General del Proceso-.

7. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, en **SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

7.1. REVOCAR la sentencia proferida el 11 de marzo de 2022, por el Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar, **DECLARAR** la resolución del contrato de compraventa celebrado por Ricardo Antonio Garvín Bermúdez, en calidad de promitente comprador, y Jorge Milcíades Lizarazo Ramírez, en condición de promitente vendedor, el 7 de diciembre de 2017, conforme fue solicitado en las súplicas demandatorias.

7.2. NEGAR las excepciones meritorias que el convocado propuso frente a la acción resolutoria.

⁴³ Folios 93 a 116 del archivo 01ExpedienteHibridoCuadernoPrincipal.

7.3. CONDENAR, en consecuencia, a Jorge Milcíades Lizarazo Ramírez, a restituir a Ricardo Antonio Garvín Bermúdez, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, \$416.665.505.07, precio indexado pagado por los bienes objeto de la promesa de compraventa, valor que generará intereses civiles del 6% mensual, si no se reintegra dentro del plazo antes señalado

7.4. DISPONER que Ricardo Antonio Garvín Bermúdez debe devolver a Jorge Milcíades Lizarazo Ramírez, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, los inmuebles ubicados en la calle 147 número 12 – 52 etapa 2 del conjunto residencial Portobello P.H. de Bogotá D.C., identificados con matrícula 50N-20661059, 50N-20660904 y 50N-20661057 del registro inmobiliario de esta ciudad, en las mismas condiciones que los recibió.

7.5. NO RECONOCER frutos, ni mejoras, por lo dicho en las consideraciones.

7.6. ORDENAR al Notario 44 del Círculo de esta ciudad efectuar la cancelación de la escritura pública 4710 del 28 de diciembre de 2017, otorgada en la Notaría 44 del Círculo de esta capital, la cual no fue registrada ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos. Tomar nota de ello en la forma dispuesta por la ley.

7.7. DETERMINAR que Jorge Milcíades Lizarazo Ramírez debe pagar a Ricardo Antonio Garvín Bermúdez, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, \$60.000.000.00 por concepto de cláusula penal.

7.8. DECLARAR probada la excepción “...**IMPROCEDENCIA DE LA CLÁUSULA PENAL Y DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS**...”. A corolario, **NEGAR** el reconocimiento de los perjuicios reclamados.

7.9. LEVANTAR la inscripción de la demanda. Oficiar.

7.10. CONDENAR en costas de ambas instancias a Jorge Milcíades Lizarazo Ramírez. Liquidar, en la forma indicada en el artículo 366 del Código General del Proceso. Las de primera se fijarán por la señora Juez del Circuito.

7.11. INFORMAR a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el cumplimiento de la orden impartida, en los términos del numeral Segundo de la parte resolutive del Auto ATC302-2023.

La Magistrada Sustanciadora fija la suma de \$ 2'000.000.00 como agencias en derecho.

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.,

Luz Stella Agray Vargas
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: **4f90acaeb51db4a31bdefc92836ac6489a5ada0ac58583b8d5a5c92ff23a67fa**

Documento generado en 13/04/2023 12:18:02 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 CUARTA DE DECISIÓN CIVIL

Bogotá D.C., trece (13) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Radicado: No. 11001319900320210412301

Teniendo en cuenta la postura asumida por mayoría en la Sala Cuarta de Decisión Civil, de la cual me separo, con profundo respeto por la decisión de mis compañeras, la suscrita magistrada procede a manifestar las razones de disenso que motivan el;

SALVAMENTO DE VOTO

1. La postura mayoritaria, expresada en la sentencia, resolvió revocar el fallo de primer grado que había declarado la prosperidad de las pretensiones, acogiendo la tesis de que se configuró la nulidad relativa del contrato de seguro por reticencia. En esencia, el argumento se ciñe a que el demandante conocía de la existencia de su hipertensión arterial y que se le había calificado con una disminución de la capacidad laboral del 10 %, con anterioridad a la declaración de asegurabilidad.
2. Ahora bien, considero que la Sala debió tener en cuenta que la existencia de inexactitudes no necesariamente conduce a la nulidad relativa por reticencia; y, para determinarlo, correspondía analizar por lo menos dos elementos a la hora de preferir la decisión. El primero de ellos, son los deberes de la aseguradora con el consumidor de productos financieros en materia de información; y el segundo, el papel que deben asumir las aseguradoras al momento de la obtención de la información del estado de salud del tomador, cuando ofrece un servicio de aseguramiento.
3. La defensa de los derechos de consumidor, específicamente los del financiero, están reforzados por unas garantías que son propias de las relaciones entre sujetos sustancialmente desiguales. Las normas especializadas, tanto sustanciales como procesales, en materia de derecho del consumo tienen como contexto la superación de unas barreras de acceso a la justicia y la búsqueda del equilibrio en la relación entre el consumidor y las entidades financieras, normalmente desigual¹.

¹ Cappelletti, Mauro y Garth, Bryan. *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

4. Esas garantías reforzadas fueron acogidas por la legislación nacional, entre otras, por la Ley 1328 de 2009, régimen de protección al consumidor financiero. Dentro de los principios que orientan esas relaciones, están los de transparencia, información cierta, suficiente y oportuna, según los cuales, “[l]as entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas” (lit.c del art.3). Adicionalmente, la misma normativa establece como obligación de las entidades vigiladas, “[s]uministrar información comprensible y publicidad transparente, clara, veraz, oportuna acerca de sus productos y servicios ofrecidos en el mercado” (lit.c del art.7).
5. Ese deber de información, es, además, reforzado por el art.9 del estatuto de protección financiera en el que se impone a las entidades, en desarrollo de los ya citados principios y obligaciones, la carga de “informar a los consumidores financieros, como mínimo, las características de los productos o servicios, los derechos y obligaciones, las condiciones, las tarifas o precios y la forma para determinarlos, las medidas para el manejo seguro del producto o servicio, las consecuencias derivadas del incumplimiento del contrato, y la demás información que la entidad vigilada estime conveniente para que el consumidor comprenda el contenido y funcionamiento de la relación establecida para suministrar un producto o servicio. En particular, la información que se suministre previamente a la celebración del contrato, deberá permitir y facilitar la adecuada comparación de las distintas opciones ofrecidas en el mercado”.
6. En el panorama de la jurisprudencia nacional, se encuentra que, en casos similares, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha planteado que no toda reticencia o inexactitud vicia de nulidad relativa el acto negocial asegurático. El razonamiento se ha expresado en los siguientes términos, que por su importancia, se citan *in extenso*:

“Frente a la existencia de reticencias o inexactitudes (...) la sanción de nulidad relativa del seguro no necesariamente se impone. Ello ocurre, por una parte, cuando la aseguradora ha conocido o debió conocer el estado del riesgo (...), no obstante, lo cual, aceptó celebrar el negocio asegurático. (...) Y por otra, cuando después de celebrado el contrato la aseguradora se allanó a los vicios, expresa o tácitamente.

(...)

“La nulidad relativa del seguro, por tanto, es excepcional. De manera alguna puede originarse en el conocimiento real o presunto de la aseguradora acerca del estado del riesgo. Tampoco cuando convalida o acepta los vicios en forma expresa o tácita. En esas hipótesis se entiende que cualquier posibilidad de engaño, no se ha consumado, sino que, por el contrario, se ha superado.

(...)

“Lo dicho implica demostrar la reticencia o inexactitud. Igualmente, la incidencia de los vicios en el consentimiento. Esto último sin aquello, desde luego, no es posible ponderar. Se trata, entonces, de requisitos que se encadenan. De ahí que también se debe probar cómo el asegurador, en el caso de haber conocido la información ocultada, tergiversada o falseada, se habría «retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas» de Comercio).

La carga de la prueba de tales elementos, por supuesto, gravita sobre quien alega la nulidad relativa del seguro, bien por vía de acción, ya como excepción.

(...)

El asegurador, cuando invoca la sanción de nulidad le corresponde demostrar las hipótesis normativas dichas. Acreditada la reticencia o inexactitud en la manifestación del estado del riesgo, a su vez, se prueba la mala fe de quien hizo la declaración contrariando la realidad.

Lo mismo, empero, no sucede con la relevancia o trascendencia. La razón estriba en que la infidelidad en la declaración del estado del riesgo es un hecho atribuible al tomador o al asegurado, mientras que la posibilidad de celebrar o no el contrato o de hacerlo en condiciones más onerosas es una cuestión predicable del asegurador.

(...)

De nada sirve afirmar y demostrar la insinceridad del tomador o asegurado, si no se hace saber ni se acredita cómo esa conducta influyó en el consentimiento del asegurador. Esto, porque como se anotó, no toda reticencia o inexactitud aflora en la nulidad del seguro. Algunas, al haberlas subsanado o aceptado en forma expresa o tácita luego de celebrar la convención. Otras, por cuanto conocidas, real o presuntamente, antes de ajustar el contrato, con todo, asintió la voluntad. Y las demás, al ser intrascendentes. Estas últimas, mientras no se demuestre su incidencia, ante la falta de otra explicación posible, debe seguirse que son nimias o insignificantes.

(...)

Con relación a la reticencia [la Corte] ha venido haciendo una lectura del precepto siguiendo los principios, derechos y valores constitucionales, tal cual se ha venido razonando, construyendo algunos criterios o estándares: 1. Buena fe. (...) también cobija a la aseguradora, para hacer pesquisas al momento de la celebración del contrato sobre las condiciones de asegurabilidad del tomador. La buena fe se presume y la ubérrima *bonna fides*, se aplica por igual para los contratantes, y así por ejemplo, en la declaración de voluntad, como la del riesgo, se hallan arropadas por la presunción de validez, de modo que quien alega el motivo de ineficacia, debe proporcionar los elementos de convicción para demostrar el vicio (...) 2. La mala fe debe probarse (...) compete a la aseguradora, probar la mala fe por parte del tomador o del asegurado, para inferir si procedía retraerse del contrato o modificar las condiciones económicas del mismo. 3. La necesidad de probar el nexo de causalidad o el efecto trascendente entre la declaración de voluntad reticente o inexacta en el riesgo o en el siniestro; (...) [e]s decir, se debe establecer cuál fue la trascendencia de la preexistencia y la situación médica que genera el siniestro. 4. El deber y la posibilidad de practicar exámenes médicos, cuando se trata del seguro de vida, por discurrir con un aspecto crucial y un derecho fundamental del tomador- beneficiario de la prestación aseguraticia. (...) 5. La obligación de hacer una interpretación *pro consumatore* de la póliza al tratarse de un contrato de adhesión”².

7. Esta línea interpretativa venía siendo, desde antes, apalancada en variadas oportunidades por la Corte Constitucional en sede de revisión de acciones de tutela. En una de ellas, sobre la reticencia o inexactitudes en la declaración del tomador o asegurado, sostuvo que: “(i) no necesariamente los casos de preexistencias son sinónimo de reticencia. El primer evento es objetivo mientras que el segundo es subjetivo. Por tal motivo, (ii) es deber de la aseguradora probar la mala fe en los casos de preexistencias, pues solo ella es la única que sabe si ese hecho la haría desistir de la celebración del contrato o hacerlo más oneroso. En todo caso (iii), no será sancionada si el asegurador conocía o podía conocer los hechos que dan lugar a la supuesta reticencia”³.
8. Precisamente, en desarrollo del “podía conocer” por parte de la aseguradora, la misma Corporación, argumentó que para la configuración de la reticencia, es necesario que se pruebe la mala fe del tomador, y que la aseguradora “no puede alegar esta causal de nulidad del contrato, si no solicitó exámenes médicos al asegurado, o si habiéndolo hecho no especificó dentro del contrato las enfermedades que no cubriría”⁴. Además, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, en varias

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC3791-2012 de 1° sep. 2021. Rad. 20001310300320090014301 M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

³ Corte Constitucional, sentencia T-222 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-609 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

providencias ha determinado que la omisión por parte de la aseguradora en la realización de exámenes, implica negligencia de esta⁵.

9. Teniendo en cuenta los antecedentes normativos y jurisprudenciales, sobre el caso concreto, es necesario decir que no se discute la existencia de inexactitud entre lo consignado en la declaración de asegurabilidad y los antecedentes médicos del demandante; lo que se puso a consideración de la sala, son los efectos de esa inexactitud.
10. Partiendo de lo más claro, refulge que en ningún momento se probó, ni siquiera se alegó, el haber realizado exámenes médicos al promotor de la demanda; lo que, de suyo, ya implica falta de diligencia de la aseguradora que pondría en duda su legitimación para pretender la nulidad relativa del contrato de seguro. Tampoco se desprende del material probatorio que la entidad vigilada hubiese emprendido acciones para averiguar, antes de la suscripción del contrato de seguro, el estado médico del tomador; no se solicitaron exámenes clínicos o paraclínicos, no se le pidió una historia clínica actualizada. Es claro que la aseguradora tiene en su haber una infraestructura humana, técnica y financiera para desarrollar con diligencia las labores que le permitan determinar las posibles inexactitudes que existan en la declaración de asegurabilidad, antes de suscribir el contrato, lo cual no hizo.
11. Ahora, un elemento de la mayor importancia en este caso, es que no está probada la mala fe del declarante en las inexactitudes que se presentaron en la declaración de asegurabilidad; al contrario, existen serias dudas sobre el cumplimiento de los deberes de información de la entidad financiera para con el tomador del seguro. Es que, además de que la mala fe no puede presumirse, son varios los elementos que permiten entender que no se brindó información completa, adecuada y suficiente.
12. Escuchado el interrogatorio de parte, son varios los elementos que conducen a entender que no se cumplió con el deber de información por parte de la entidad oferente. Al describir el momento de la firma de la declaración de asegurabilidad, el tomador narra el procedimiento de la siguiente manera: “yo simplemente firmaba lo que Bryan [funcionario oferente] me decía, ‘él me decía firme acá, firme acá’ (...) entonces yo le firmé todo lo que él me decía y le entregué la documentación que él me decía”⁶. Eso es coherente con la forma en que el comercial oferente del seguro abordaba a los clientes militares, como es el caso del demandante: “todo tocaba hacerlo rápido (...) él ni siquiera entraba al batallón porque casi no los dejan entrar sino que a mí me tocaba salir a la guardia y firmar todo encima ahí de una mesita o lo que hubiera”⁷.
13. Y es que todo lo anterior coincide con el hecho de que, pese al que el tomador conocía con anterioridad, según detalla, a quien le ofreció el seguro, precisamente en ejercicio de las funciones comerciales de éste, ni siquiera sabía a qué sucursal o sede física de la entidad vigilada estaba adscrito, y así lo hizo

⁵ Corte Constitucional, sentencias T-832 de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla y T-738 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

⁶ Archivo 062. Audiencia parte 2 de 3. Cuaderno SIC, desde 00:15:48

⁷ Archivo 062. Audiencia parte 2 de 3. Cuaderno SIC, desde 00:24:36

saber en el interrogatorio⁸; y esa circunstancia la explica así: “yo nunca fui a ninguna oficina ni nada, él todo me lo llevó allá a la guardia del Batallón porque a él allá no lo dejaban entrar (...) y entonces ahí era donde él me decía que rápido, que tocaba firmar eso que la demora era mía”⁹.

14. No existe ningún elemento de convicción que demuestre que las tratativas pre-contractuales fueron de otra forma. Esa circunstancia muestra, cuando menos, ausencia de mala fe del tomador al firmar la declaración de asegurabilidad, lo que sería un requisito esencial para declarar la nulidad por reticencia. Además, también demuestra que la entidad financiera desconoció sus deberes de información. Es imposible predicar que en circunstancias como las descritas se hubiese entregado “información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas” como exige el estatuto del consumidor financiero. Tampoco se evidencia el suministro de una información específica sobre el producto que se oferta con la finalidad de que se tome una decisión informada. Es que esa información que se entrega debe ser reforzada, es deber de quien comercia con seguros que los datos entregados al consumidor le permitan entender con mediana claridad, las consecuencias de las declaraciones que hace, lo que, sin duda, no ocurrió en este caso.
15. Finalmente, es necesario poner de presente que las consideraciones hechas, en ninguna medida, desbordan el ámbito competencial de la Sala de Decisión; pues, precisamente, lo que se pretendía era determinar la existencia o no de la nulidad relativa alegada como excepción. En ese sentido, dejo expresadas las razones de disenso por la cuales me aparto de la decisión mayoritaria y considero que se debió resolver en un sentido distinto al que se hizo.



LUZ STELLA AGRAY VARGAS
Magistrada

Firmado Por:
Luz Stella Agray Vargas
Magistrada

⁸ Archivo 062. Audiencia parte 2 de 3. Cuaderno SIC, desde 00:30:01.

⁹ Archivo 062. Audiencia parte 2 de 3. Cuaderno SIC, desde 00:30:51.

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: **d95370f5cd1f290c13c9ad75ffd8f4d24c8989213bd3b981d5f6f14e181d7665**

Documento generado en 13/04/2023 04:25:08 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., trece (13) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Rad. No.110012203000**20220257600**

Visto el informe secretarial, conforme a las documentales que obran y virtud al curso procesal, la Sala Unitaria DISPONE:

DECIDIR el conflicto negativo de competencia suscitado por el Juez Segundo (2°) Civil del Circuito de Bogotá respecto del Juez Sexto (6°) Civil Municipal de la misma ciudad, para continuar conociendo del proceso ejecutivo promovido por UNISPAN Colombia S.A.S. en contra de ECCONSA S.A.S. y Henry Alexander Arias Jaimes.

I. ANTECEDENTES

1. El proceso fue repartido el 11 de mayo de 2022 al Juzgado Sexto (6°) Civil Municipal de Bogotá¹, el cual, mediante auto del 17 de mayo de 2022, declaró que no era competente en consideración a la cuantía. Lo anterior, porque el valor de las pretensiones, que corresponden a capital e intereses, es de \$152.376.268,¹⁰ conforme a la liquidación que elaboró, y siendo ese monto superior a la menor cuantía fijada para el año 2022, rechazó la demanda y remitió a los Juzgados Civiles del Circuito (Reparto)².
2. El 9 de junio de 2022, el proceso fue asignado al Juzgado Segundo (2°) Civil de Circuito de Bogotá³. Este despacho, mediante proveído del 26 de octubre de 2022, también repelió el conocimiento de la causa, suscitó el conflicto de competencia, bajo el argumento que; “la causación de intereses moratorios, según su naturaleza, inician desde el momento de la constitución en mora y cesan únicamente hasta el día de la cancelación total de la obligación contraída; siendo éste el momento procesal oportuno para realizar la operación aritmética, en los términos de la convención contraída”⁴. Adiciona que, “del estudio pormenorizado de las presentes diligencias, ni por asomo pueden inferirse que los intereses moratorios deben liquidarse en las tasas señaladas en el documento militante en el archivo 006 del expediente digital, pues no existe prueba siquiera sumaria que justifique dicho valor”⁵.

¹ PDF.002 Secuencia. Cuaderno primera instancia.
² PDF.007 Auto rechaza demanda. Cuaderno primera instancia.
³ PDF.012 Secuencia 14615. Cuaderno primera instancia.
⁴ PDF.016 Auto Rechaza Demanda. Cuaderno primera instancia.
⁵ PDF.016 Auto Rechaza Demanda. Cuaderno primera instancia.

II. CONSIDERACIONES

1. A efectos de resolver el conflicto de competencia planteado por el Juez Segundo (2°) Civil del Circuito de Bogotá, respecto al Juez Sexto (6°) Civil Municipal de la misma ciudad, lo primero es referir lo dispuesto por el legislador adjetivo, al decir que; “[s]iempre que el juez declare su incompetencia para conocer de un proceso ordenará remitirlo al que estime competente. Cuando el juez que reciba el expediente se declare a su vez incompetente solicitará que el conflicto se decida por el funcionario judicial que sea superior funcional común a ambos, al que enviará la actuación” (art.139 del C.G.P.)
2. En cuanto a la definición de las cuantías, señala el Estatuto procesal que: *i)* Son de mínima cuantía, los que no excedan de 40 s.m.l.m.v. ; *ii)* De menor cuantía, los que el monto de las pretensiones exceden aquel tope sin superar los 150 s.m.l.m.v.; y *iii)* De mayor, aquellos que superen ese valor. (art.25 del C.G.P.) Por su parte, la competencia, para conocer de asuntos civiles en razón a tales cuantías reside en los Jueces Civiles Municipales y del Circuito, en primera instancia. A los primeros, les asigna el conocimiento de los asuntos contenciosos de menor cuantía, y a los segundos los de mayor cuantía de la misma naturaleza. (arts. 18 y 20 del C.G.P.)
3. Del análisis a la demanda, se advierte que en la pretensión ejecutiva se solicita apremio de pago “[p]or la suma de CIENTO TREINTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS UN MIL TRECIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS (...) (\$135.901.395) correspondientes a capital” y “[p]or los intereses de mora a la tasa máxima permitida por la ley, liquidados sobre el capital detallado en el punto primero de las pretensiones de esta demanda, desde el 14 de noviembre de 2021 hasta que se verifique el pago total de la obligación”⁶.
4. A fin de establecer cuáles de tales rubros debe considerarse para determinar la cuantía, cumple citar el num.1° del art. 26 del C.G.P., que dispuso; “el valor de todas las pretensiones al tiempo de la demanda” y que no se tomaría en consideración “los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios que se causen con posterioridad a su presentación”.
5. Regla que no ofrece mayores dudas, y que ha sido explicada por la doctrina así: “cuando en la demanda se reclaman pretensiones dinerarias, el demandante debe realizar un ‘corte de cuentas’ y establecer su valor a la fecha de presentación de la demanda, es decir, tomar los rubros principales y accesorios y sumarlos teniendo en cuenta para estos efectos únicamente lo que se haya causado hasta el día en que se radica. (...) si el demandante reclama ciento cinco millones de pesos por capital y además intereses de mora sobre dicha suma, tendrá que calcular los causados hasta el día de la presentación de la demanda y sumarlos al capital, para de esta forma determinar la cuantía”⁷.
6. En el caso concreto, es menester advertir que el razonamiento hecho por el promotor del conflicto respecto de la constitución en mora no encuentra soporte, pues, por la naturaleza de la obligación, esta no requiere actuación para constituir en mora al deudor. Así lo estipula el art.1608 del Código Civil, pues dispone que en casos como el de marras coinciden el incumplimiento y la mora. Eso, sumado a la explicación que viene de hacerse, despeja las dudas sobre la inclusión de los intereses en la determinación de la cuantía.

⁶ PDF.004 Demanda. Cuaderno primera instancia, fl.2

⁷ Sanabria Santo, Henry. *Derecho Procesal Civil General*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021, págs. 141-142.

7. Si bien el demandante no expresó el monto correspondiente a los intereses, este sí es determinable, tarea que emprendió el Juez Municipal en su deber de interpretar la demanda. El ejecutante pretende la tasa máxima legal de intereses; ello no quiere decir que esta efectivamente sea la que se deba pagar, pues eventualmente será un asunto de discusión en el trámite ejecutivo. Sin embargo, eso no le quita su naturaleza petitoria, que es, precisamente, la que incide en la determinación de la cuantía. Ese interés moratorio máximo está determinado por el art.884 del Código de Comercio, y “será equivalente a una y media veces del bancario corriente”.
8. Así, los intereses moratorios deben calcularse con base en capital \$135.901.935 y entre el 14 de noviembre de 2021, fecha de vencimiento de la obligación registrada en el pagaré aportado⁸; y hasta el 11 de mayo de 2022, día en que se radicó la demanda⁹. Según la liquidación elaborada por el contador de esta corporación, los intereses moratorios del capital, el tiempo y solicitud de condena que se han expresado, corresponden a \$ 16.351.841,⁶⁵. Ese monto deja el total de las pretensiones en \$152.253.237,⁶⁵. Cifras de liquidación relacionadas así:

PROCEDIMIENTO PARA LIQUIDACIÓN: Se tomó como base el interés emitido por la Superfinanciera de Colombia, aplicando el procedimiento establecido para el cálculo de interés moratorio y se aplica al capital registrado de acuerdo a las instrucciones impartidas por el despacho.

Tabla de liquidación de intereses moratorio desde el 14/11/2021 hasta el 11/05/2022						
Fecha inicial	Fecha final	Número de días	Tasa Efectiva Anual	Tasa Diaria // tasa mensual	Capital	Subtotal
14/11/21	30/11/21	17	25,91%	0,0640%	\$ 135.901.395,00	\$ 1.478.807,31
01/12/21	31/12/21	30	26,19%	1,9574%	\$ 135.901.395,00	\$ 2.660.131,66
01/01/22	31/01/22	30	26,49%	1,9776%	\$ 135.901.395,00	\$ 2.687.552,77
01/02/22	28/02/22	30	27,45%	2,0418%	\$ 135.901.395,00	\$ 2.774.901,45
01/03/22	31/03/22	30	27,71%	2,0588%	\$ 135.901.395,00	\$ 2.798.002,06
01/04/22	30/04/22	30	28,58%	2,1166%	\$ 135.901.395,00	\$ 2.876.498,94
01/05/22	11/05/22	11	29,57%	0,0720%	\$ 135.901.395,00	\$ 1.075.947,46
Total intereses moratorio entre el 14-11-2021 y el 11-05-2022						\$ 16.351.841,65

9. Para el año 2022, cuando se presentó la demanda, el salario mínimo había sido fijado en un millón de pesos (\$ 1'000.000.00), así los asuntos que superaren los ciento cincuenta millones de pesos (\$150'000.000.00), como en este caso, corresponde en primera instancia a los Jueces Civiles del Circuito. Por ello, es de rigor declarar que la competencia pertenece al Juez que promovió el conflicto de competencia, en consideración a la cuantía del asunto.

En consideración a lo expuesto, la suscrita Magistrada, RESUELVE;

III. DECISIÓN

PRIMERO: DECLARAR que el conocimiento del proceso ejecutivo promovido por UNISPAN Colombia S.A.S. en contra de ECCONSA S.A.S. y Henry Alexander Arias Jaimes, sometido a conflicto negativo de competencia, corresponde al JUEZ SEGUNDO (2°) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ.

⁸ PDF.003 Anexos. Cuaderno primera instancia, fl.3
⁹ PDF.001 Reparto. Cuaderno primera instancia

SEGUNDO: **ORDENAR** la remisión del expediente al JUEZ SEGUNDO (2°) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ.

TERCERO: **COMUNICAR** por medio de la Secretaría lo aquí decidido a las partes y al JUEZ SEXTO (6°) CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



LUZ STELLA AGRAY VARGAS
Magistrada Sala Civil

Firmado Por:

Luz Stella Agray Vargas

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: **2776bb29659c8b081b4cbf2d1e13e29f2c7f43c6f4e60f642bfe54ed12185f77**

Documento generado en 13/04/2023 04:25:06 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

Bogotá D.C., trece (13) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Rad. No.110012203000**20230072000**

Visto el informe secretarial¹, conforme a las documentales que obran y virtud al curso procesal, el Despacho DISPONE:

DECIDIR el conflicto negativo de competencia suscitado por el Juez Doce (12) Civil del Circuito de Bogotá frente al Juez Veintiuno (21) Civil del mismo Circuito Judicial, para continuar conociendo del proceso con pretensión ejecutiva promovido por la AGRUPACIÓN DE VIVIENDA PRADERA DE SUBA ETAPA 1 en contra de la AGRUPACIÓN DE VIVIENDA PRADERA DE SUBA ETAPA 2.

I. ANTECEDENTES

1. La AGRUPACIÓN DE VIVIENDA PRADERA DE SUBA ETAPA 1 formuló demanda con pretensión ejecutiva en contra de la AGRUPACIÓN DE VIVIENDA PRADERA DE SUBA ETAPA 2, asignada por reparto al Juzgado Veintiuno (21) Civil del Circuito de Bogotá. Dicha célula judicial, mediante auto de 03 de febrero de 2023, rechazó por competencia el proceso, y remitió al Juzgado Doce (12) Civil del Circuito de Bogotá, al considerar que lo “que se pretende [es que] se dé cumplimiento a las sentencias de primera y de segunda instancia dictadas dentro del proceso (...) que cursó”² en el juzgado al cual remitió.
2. El Juez Doce (12) Civil de Circuito, mediante auto del 16 de marzo siguiente, también repelió el conocimiento de la causa y suscitó el conflicto de competencia, alegando que “el documento base de ejecución lo constituye la certificación de la deuda expedida por el administrador de la copropiedad y no las sentencias proferidas el 1º de febrero y 9 de noviembre de 2018 en primera y segunda instancia respectivamente dentro del proceso verbal suscitado entre las mismas partes”³.

¹ De 31 de marzo de 2023

² PDF.001 Carátula secuencia, fl.32

³ PDF.002 Auto provoca conflicto de competencia

II. CONSIDERACIONES

1. A efectos de resolver el conflicto de competencia planteado por el Juzgado Doce (12) Civil del Circuito respecto de su homólogo Veintiuno (21), es del caso memorar que el legislador adjetivo dispone que; “[s]iempre que el juez declare su incompetencia para conocer de un proceso ordenará remitirlo al que estime competente. Cuando el juez que reciba el expediente se declare a su vez incompetente solicitará que el conflicto se decida por el funcionario judicial que sea superior funcional común a ambos, al que enviará la actuación” (art.139 del C.G.P.) .
2. El art.306 del estatuto procesal, dispone, como factor de competencia por conexidad, que: “[c]uando la sentencia condene al pago de una suma de dinero, a la entrega de cosas muebles que no hayan sido secuestradas en el mismo proceso, o al cumplimiento de una obligación de hacer, el acreedor, sin necesidad de formular demanda, deberá solicitar la ejecución con base en la sentencia, ante el juez del conocimiento, para que se adelante el proceso ejecutivo a continuación y dentro del mismo expediente en que fue dictada. Formulada la solicitud el juez librará mandamiento ejecutivo de acuerdo con lo señalado en la parte resolutive de la sentencia y, de ser el caso, por las costas aprobadas, sin que sea necesario, para iniciar la ejecución, esperar a que se surta el trámite anterior”. En otras palabras, la regla de la disposición precitada implica que, el juez que condena, ejecuta. Así las cosas, es necesario contrastar la pretensión ejecutiva incoada, con la parte resolutive de la sentencia que el primero de los jueces alega, es el título ejecutivo.
3. El objeto de la pretensión del ejecutante es que “se libre mandamiento de pago en contra del CONJUNTO RESIDENCIAL AGRUPACION DE VIVIENDA LA PRADERA DE SUBA ETAPA 2 - PROPIEDAD HORIZONTAL a favor del CONJUNTO RESIDENCIAL AGRUPACION DE VIVIENDA LA PRADERA DE SUBA ETAPA 2 PROPIEDAD HORIZONTAL”⁴, y en varios numerales, expresa valores, todos ellos, “por concepto de expensas comunes a cargo de la demandada equivalente al cincuenta por ciento del monto total pagado por la demandante”⁵ causados en diversos meses. Como pruebas anexa “[c]opia de la sentencia de primera y segunda instancia proferida por el Juzgado 12 Civil del Circuito de Oralidad de Bogotá proferida dentro del proceso 2016-00272-01 en contra de la demandada [y] [c]ertificación de la deuda expedida pro a la administración de a la copropiedad demandante”⁶.
4. Revisada la sentencia proferida por el Juzgado Doce (12) Civil del Circuito, que fue confirmada en su integridad por este Tribunal, se advierte que lo resuelto fue “DECLARAR que la Agrupación Pradera de Suba II etapa –propiedad horizontal está en la obligación de contribuir mensualmente en un 50 % con las expensas para el mantenimiento, conservación, uso, vigilancia, y servicios públicos, con relación al paso vehicular, peatonal y demás zonas comunes utilizadas por los residentes de las copropiedades demandante y demandada”⁷.
5. Así lo resuelto en sentencia, comporta decisiones declarativas, las cuales pueden ser mero declarativas, constitutivas o de condena; incluso, podrían declararse unas y otras, dependiendo del caso en concreto y la procedencia de la acumulación. Cuando se emite un fallo que tan solo declara, se confirma mediante sentencia la ocurrencia o no de determinado hecho o situación jurídica. Estas sentencias, “estiman la demanda del actor, cuando tiende, no a la realización del derecho, sino

⁴ PDF.001 Carátula secuencia, fl.22

⁵ PDF.001 Ibidem. fl.22-24

⁶ PDF.001 Ibidem. fl.26

⁷ PDF.001 Carátula secuencia, fl.16

cuando se limitan a pedir que sea declarada la existencia de su derecho o la inexistencia del derecho ajeno⁸. Por sí sola, la declaración pura no permite la ejecución de la sentencia.

6. Es patente que la sentencia que motivó el rechazo de la demanda por competencia, en sí misma, solo está mero declarando la existencia de una obligación a cargo de la demandada. No puede predicarse de ninguna manera que exista una declaración de condena, lo que, de suyo, descarta que la sentencia sea el documento que sirve como base de la ejecución. Eventualmente, podrá complementar el título, lo que evidencia que tal discusión sobre ejecutabilidad compete, precisamente, al juez de la ejecución. Ahora, claro está, en sí el documento que se alega como base de recaudo, que contendría la obligación a ejecutar, es la certificación que también se anexó como prueba.
7. En suma, no siendo la sentencia anexada como medio de prueba, la que se pretende ejecutar, no existe factor de competencia por conexidad que ate al Juez Doce (12), sino que, como se hizo, debió someterse a reparto. De lo cual, forzoso es concluir que, la competencia en el trámite ejecutivo sometido a conflicto, corresponde Juez Veintiuno (21) Civil del Circuito de Bogotá, a quien le fuere repartido en primer momento.

En consideración a lo expuesto, la suscrita Magistrada, RESUELVE;

III. DECISIÓN

PRIMERO: **DECLARAR** que el conocimiento del proceso ejecutivo promovido por la AGRUPACIÓN DE VIVIENDA PRADERA DE SUBA ETAPA 1 en contra de la AGRUPACIÓN DE VIVIENDA PRADERA DE SUBA ETAPA 2 sometido a conflicto negativo de competencia, corresponde al JUEZ VEINTIUNO (21) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ.

SEGUNDO: **ORDENAR** que, por secretaría, se remita del expediente al JUEZ VEINTIUNO (21) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

TERCERO: **DISPONER** que, por secretaría se comunique lo aquí decidido a las partes y al JUEZ DOCE (12) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



LUZ STELLA AGRAY VARGAS
Magistrada

⁸ Chiovenda, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil. Vol I.* Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, pág. 244.

Firmado Por:

Luz Stella Agray Vargas

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: **2198da5bd97b9634d713fed38e069d6a64f2d0110a418419710ffaaa59f51b76**

Documento generado en 13/04/2023 04:25:04 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 CUARTA DE DECISIÓN CIVIL

Bogotá D.C., trece (13) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Rad. No.110013199001**20195356202**

Visto en informe secretarial de ingreso¹, conforme a las documentales que obran y virtud al curso procesal, el Despacho DISPONE:

RESOLVER el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de los demandados, contra del auto de 29 de septiembre de 2021, proferido por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, con el cual declaró extemporáneas las contestaciones de las demandas.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante auto de 11 de diciembre de 2019 se admitió demanda de competencia desleal presentada por COMPETENCIA PLUS S.A.S contra MEDIA TECHNOLOGY WORLD S.A.S, MAGDA ROCÍO SÁNCHEZ CABRA, DIANA XIOMARA GIL, CARLOS ALBERTO VIDAL PARRA, JOHN EFRAÍN SUÁREZ GÓMEZ, JULIÁN DAVID CAMACHO GONZÁLEZ y ARNOLD VILLAREAL MARTÍNEZ².
2. El 08 de abril de 2021 se allegó constancia de envío y entrega de los citatorios de que trata el artículo 291 del Código General del Proceso³
3. El 12 de abril de 2021 se radicaron poderes otorgados por cada uno de los demandados al abogado BERNARDO ANDRÉS CARVAJAL SÁNCHEZ, quien solicitó que se le remitiera copia de la demanda y sus anexos al correo bc@bcasociados.com.co⁴.
4. El 15 de abril de 2021, el apoderado de los demandados presentó recurso de reposición contra el auto admisorio, donde advirtió que el abogado de la parte

¹ Del 1º de julio de 2022

² Carpeta 05 Auto Admite Demanda.

³ Carpeta 20 Allega Constancia Envío Citatorio 291 CGP.

⁴ Carpeta 21. Poderes por mensaje de datos (solicitud de envío de demanda y anexos) y Carpeta, fl.89 22. Notificación por aviso, art.292 del C.G.P.

demandante “remitió el contenido de la demanda y sus anexos el día catorce (14) de abril de 2021”⁵.

5. En proveído del 28 de abril de 2021, reconoció personería al abogado CARVAJAL SÁNCHEZ y ordenó a la secretaría darle acceso al expediente digital. Adicionalmente, la delegatura afirmó no contar con la totalidad de los documentos para acreditar la notificación por aviso, y requirió al demandante en ese sentido.⁶
6. El 10 de mayo siguiente, la parte demandada solicitó acceso a los anexos del dictamen pericial aportado por la parte demandante;⁷ petición que reiteró el 24 de junio de 2021⁸. Esa solicitud fue resuelta el 25 de junio e indicó; “que toda la información asociada al referido dictamen pericial reposa en el consecutivo no. 1 del expediente del proceso, así mismo se le precisa que el escrito correspondiente al dictamen pericial reposa en la pág. 29 del consecutivo 1”⁹.
7. Con providencia del 25 de junio de 2021, la delegatura dijo que no era posible “tener por surtidas las notificaciones de que tratan los artículos 291 y 292 del C.G.P”¹⁰ y tuvo por notificados a los demandados por conducta concluyente desde el 29 de abril de 2021, porque consideró que era esa la fecha en que; “se notificó por estado la providencia que le reconoció personería al apoderado judicial de las demandadas”¹¹.
8. En providencia de este 25 de junio, resolvió de fondo el recurso de reposición interpuesto contra el auto admisorio de la demanda y ratificó la decisión tomada el 11 de diciembre de 2019¹².
9. El 1° de julio de 2021, el apoderado de los demandados aportó certificación del perito Bayron Prieto Castellanos, en la que el auxiliar indicó que en el expediente no obraban todos los anexos enunciados en el dictamen pericial, pues faltaban los siguientes documentos: **a)** “imagen forense digital del servidor FTP de COMPETENCIALUS S.A.S ‘ImagenDiscoServidor” y **b)** “Hash imagen forense digital del servidor FPT de COMPETENCIALUS S.A.S ‘imagen disco servidor”¹³. El experto manifestó que, “estos anexos son fundamentales para ejercer el derecho de defensa y contradicción de la parte demandada, pues los archivos corresponden a la fuente de donde el perito de la parte demandante extrajo las conclusiones que reposan en el dictamen pericial aportado al proceso”¹⁴ y solicitó que se diera acceso a los mismos.
10. El mismo día, mediante memorial denominado, “atención al deber de colaboración” el apoderado demandante envió enlace para la visualización de los anexos echados de menos, y aclaró: “que todos los anexos del dictamen pericial obran en el expediente físico que reposa en la Delegatura”¹⁵.

⁵ Carpeta 23 Recurso de reposición, fl.3

⁶ Carpeta 28 Auto No.51440

⁷ Carpeta 35 Solicitud acceso a anexos dictamen.

⁸ Carpeta 36 Reitera solicitud acceso a anexos dictamen.

⁹ Carpeta 38 Auto No.76074

¹⁰ Carpeta 39 Auto No.76076, fl.2

¹¹ Carpeta 39 Auto No.76076, fl.3

¹² Carpeta 37 Auto N°o.76071.

¹³ Carpeta 40 Solicitud acceso a anexos dictamen

¹⁴ Carpeta 40 Solicitud acceso a anexos dictamen, fl.2

¹⁵ Carpeta 41 Memorial allega anexos del dictamen pericial

11. EL 28 de julio de 2021 radicaron las contestaciones de la demanda al correo contactenos@sic.gov.co en los horarios que se relacionan a continuación:

ARCHIVO	HORA RECEPCIÓN
CONTESTACIÓN MEDIA TECHNOLOGY WORLD S.A.S	16:33:54 ¹⁶
ANEXOS MEDIA TECHNOLOGY WORLD S.A.S	17:14:46
CONTESTACIÓN MAGDA ROCÍO SÁNCHEZ CABRA	16:40:44 ¹⁷
CONTESTACIÓN CARLOS VIDAL PARRA	16:42:24 ¹⁸
CONTESTACIÓN DIANA XIOMARA GIL	16:43:56 ¹⁹
CONTESTACIÓN JOHN EFRAÍN SUÁREZ GÓMEZ	16:45:45 ²⁰
CONTESTACIÓN ARNOLD VILLAREAL MARTÍNEZ	16:47:29 ²¹
CONTESTACIÓN JULIÁN DAVID CAMACHO GONZÁLEZ	16:49:20 ²²

12. Mediante auto del 29 de septiembre de 2021, “por el cual se realiza un control de legalidad y de términos, y se emiten otras disposiciones”, la delegatura para asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio tuvo por extemporáneos los escritos de contestación porque fueron allegados por fuera del laboral de la entidad²³. Argumentó que, en todo caso, las contestaciones habrían sido radicadas dos (2) meses después del término permitido. Ello, en esencia, en razón a que; “en el presente asunto se tuvo a las accionadas notificadas por conducta concluyente del Auto No. 127074 de 2019 que admitió la demanda el 29 de abril de 2021, fecha en la que ciertamente se notificó por estado el Auto No. 51440 de 2021 el cual le reconoció personería al apoderado judicial de las accionadas; a partir de esa fecha el apoderado contaba con veinte (20) días hábiles siguientes para contestar la demanda, es decir hasta el 31 de mayo de 2021. Sin embargo, se tiene que los escritos fueron enviados hasta el 28 de julio de 2021, meses después de fenecido el término y fuera del horario de atención, según consta en los consecutivos N° 96 al 114 del expediente, por lo que resultan extemporáneas”²⁴.

13. La parte demandada interpuso recurso de reposición, y en subsidio, el de apelación, en contra del auto precitado. Los principales argumentos de su disenso se contraen a que:

13.1. La notificación por conducta concluyente se configuró el 14 de abril de 2021, con la interposición del recurso de reposición y no en la fecha que señaló la delegatura. Planteó que el auto 117556, “omite y desconoce por completo la existencia, validez y eficacia del Auto No. 76071 de 25 de junio de 2021, en el cual la misma autoridad se pronunció de fondo sobre el recurso de reposición

¹⁶ Carpeta 42 Contestación demanda Media Technology S.A.S.
¹⁷ Carpeta 43 Contestación demanda Magda Rocio Sánchez Cabra.
¹⁸ Carpeta 44 Contestación de demanda Carlos Alberto Vidal Parra.
¹⁹ Carpeta 45 Contestación demanda Diana Xiomara Gil.
²⁰ Carpeta 46 Contestación demanda Jhon Efraín Suárez Gómez.
²¹ Carpeta 47 Contestación demanda Arnold Villareal Martínez.
²² Carpeta 48 Contestación demanda Julián David Camacho González.
²³ Carpeta 51 Auto 117556
²⁴ Carpeta 51 Auto 117556, fl.2

contra el auto admisorio, sin encontrar reparo alguno en materia de notificaciones; lo que significa que el término para contestar la demanda se había interrumpido”. Además, “esa decisión obliga a reconocer la efectiva operatividad de la notificación por conducta concluyente, tras mencionarse el conocimiento de la demanda y sus anexos en el escrito de interposición del recurso, enviado el 14 de abril de 2021 a la entidad”²⁵. “Se desconoció que durante los tres primeros días del término para contestar no se tuvo pleno y real acceso a la totalidad de los anexos de la demanda” lo cual fue certificado por el perito y, “a la misma contraparte, han reconocido que había dos anexos que no podían consultarse en el expediente electrónico”²⁶.

- 13.2. Los horarios de la Superintendencia debían ajustarse a los que rigen a los jueces de la Rama Judicial, pues; “cuando a una autoridad administrativa como la SIC se le confieren funciones jurisdiccionales, le está vedado constitucionalmente, en virtud del principio de igualdad y del derecho de acceso a la administración de Justicia, dar un trato menos beneficioso o más restrictivo que el que dan los despachos de la Rama Judicial al momento de contabilizar la hora límite para recibir memoriales y demás escritos de las partes y sujetos procesales”²⁷.
 - 13.3. No debió hacerse control de legalidad, pues no existía lesión a los derechos de la contraparte, ya que el abogado de la contraparte las convalidó con una actuación procesal.
 - 13.4. En caso de que se considere que la fecha límite para la contestación era el 28 de julio de 2021, y que la hora máxima a la que se podía entregar eran las 4.30 p.m., de ese día, existiría un exceso ritual manifiesto al declararlas presentadas como extemporáneas, pues sólo se entregaron tres (3) minutos después de esa hora.
 - 13.5. Debe primar la confianza legítima; pues, en oportunidad anterior, la delegatura le dio trámite y entendió oportunamente presentado, el recurso de reposición interpuesto contra el auto admisorio en esta misma actuación, el cual fue radicado a las 4:59 p.m.; que, además, es el horario que coincide con “los términos exigidos por los jueces de la Rama Judicial. Ello no podría ser desconocido por la SIC para efectos del presente asunto”²⁸.
- 14.** La parte demandante recorrió el traslado del recurso, y manifestó que el auto mediante el cual se tuvo por notificados a los demandados se encuentra en firme, y no fue cuestionado, “por lo tanto, mal puede ahora, de manera totalmente extemporánea, entrar a cuestionar alguna supuesta irregularidad de dicha providencia”²⁹. Sostuvo que todo el expediente digital siempre estuvo a disposición, y que las radicaciones de las contestaciones sí fueron extemporáneas. Por lo anterior, pide se confirme la providencia impugnada.
- 15.** Por su parte, la Delegatura mantuvo la decisión, porque: *i)* La fecha en la que se tuvo por notificados a los demandados es más garantista que la indicada por el recurrente en su escrito; *ii)* Los documentos aportados con la demanda son las que obran en el expediente digital; *iii)* No hay anexos pendientes de incluir, lo cual ya había indicado en auto del 25 de junio que quedó debidamente ejecutoriado y en firme y *iv)* El horario de atención al público de la entidad se encuentra reglado en la Resolución 30579 de 2006, “así al ser este Despacho parte de la Superintendencia de Industria y Comercio las cuestiones relativas al horario, atención

²⁵ Carpeta 52 Recurso Reposición y en Subsidio Apelación, fl.7

²⁶ Carpeta 52 Recurso Reposición y en Subsidio Apelación.

²⁷ Carpeta 52 Recurso Reposición y en Subsidio Apelación, fl.10

²⁸ Carpeta 52 Recurso Reposición y en Subsidio Apelación, fl.12-13

²⁹ Carpeta 53 Descorre traslado del recurso, fl.3

al público, radicación de memoriales, suspensión de términos, vacaciones y demás concordantes siempre han estado reguladas conforme a las circulares y resoluciones que para el efecto expide la entidad y la rigen propiamente”³⁰.

Argumentó que si bien la delegatura no se percató de que la impugnación en contra del auto admisorio fue radicada después de las 4.30 p.m.; “de haberlo advertido a la postre se hubiera rechazado el referido recurso por encontrarse extemporáneo. Sobre ese punto, debe mencionarse el referido recurso interpuesto contra el Auto admisorio, ya fue objeto de pronunciamiento y resolución por parte del Despacho mediante Auto No. 76071 de 25 de junio de 2021, providencia la cual confirmó la decisión recurrida y se encuentra en firme y ejecutoriada”³¹. En todo caso, afirma, que su decisión de no tener en cuenta las contestaciones por extemporáneas se ajusta a lo dispuesto en el artículo 109 del C.G.P.

16. La Delegatura, decidió “CONDECER en el efecto devolutivo el recurso de apelación interpuesto por extremo demandado”³².

II. CONSIDERACIONES

1. De la detallada exposición de los antecedentes, se colige que el objeto de decisión de esta magistratura es determinar si las contestaciones, o algunas de ellas, fueron radicadas de forma extemporánea; o si, por el contrario, estas fueron presentadas de forma tempestiva, por lo que deberían ser tenidas en cuenta y darles el trámite correspondiente. Para ello es menester dilucidar al menos, cuándo se tuvo por notificados a los demandados; si ocurrió algún fenómeno de interrupción del cómputo del término para contestar la demanda, y si la hora a partir a la cual la delegatura entiende radicado el memorial de forma extemporánea, es la correcta.
2. De los varios hitos procesales a tener en cuenta, el primero es el momento en que se entiende notificada la parte pasiva del auto admisorio de la demanda. Es claro que la notificación de tal proveído se entendió surtida, por conducta concluyente, el día 29 de abril de 2021. Ello es así porque, se aplicó el art.301 de la norma procesal, según el cual; “[q]uien constituya apoderado judicial se entenderá notificado por conducta concluyente de todas las providencias que se hayan dictado en el respectivo proceso, inclusive del auto admisorio de la demanda o mandamiento ejecutivo, el día en que se notifique el auto que le reconoce personería, a menos que la notificación se haya surtido con anterioridad í(...)”. Ahora, independiente de las discusiones sobre si la parte demandada se entendió notificada con anterioridad, lo cierto es que, el auto que dispuso tenerlos por notificados cobró ejecutoria sin ninguna resistencia por parte de los sujetos procesales.
3. Del tipo de notificación aludida, en principio, deben contarse tres (3) días para solicitar copia de la demanda y anexos, ya que, vencidos estos, “comenzarán a correr el término de ejecutoria y de traslado de la demanda” (art.91 del C.G.P.). Ahora, teniendo en cuenta que la parte demandada había interpuesto recurso de reposición contra del auto admisorio de la demanda, como el inc.4° del art.118 del mismo estatuto prevé, “[c]uando se interpongan recursos contra la providencia que concede el término, o del

³⁰ Carpeta 58 Auto 141827, fl.5

³¹ Carpeta 58 Auto 141827, fl.5

³² Carpeta 58 Auto 141827, fl.7

auto a partir de cuya notificación debe correr un término por ministerio de la ley, este se interrumpirá y comenzará a correr a partir del día siguiente al de la notificación del auto que resuelva el recurso”, fácil se llega a la conclusión que el término no despuntó, pues se encontraba interrumpido. De hecho, así lo reconoció la delegatura en el auto con el que se confirmó la decisión impugnada.

4. No existe discusión, entonces, frente a la fecha en que inició el cómputo del término para contestar la demanda; esto es, un día después de la notificación del auto que resolvió el recurso de reposición; para el caso, el 29 de junio de 2021, tras la notificación por estados el día 28, del auto con del 25 de junio anterior. Al tratarse de un proceso verbal, los demandados contaban con veinte (20) días para radicar la contestación de la demanda³³ los cuales, transcurrieron desde el 29 de junio y hasta el 28 de julio de 2021.
5. Lo anterior quiere decir que las contestaciones se radicaron, por calendario, el último día en que se entenderían temporáneos; lo que circunscribe el ámbito de discusión a si la hora en que fue radicado era hábil, o si por el contrario esta habilitación temporal feneció a las 4.30 p.m., de ese día.
6. No ofrece resistencia que las contestaciones fueron radicadas entre las 4.30 y las 5 p.m., del último día hábil. Tampoco se pone en duda que según la Resolución 30579 expedida el 16 de noviembre de 2006 por el Superintendente de Industria y Comercio, “el horario de atención al público [en esa entidad] será de 8:00 a.m. a 4:30 p.m.” Ahora bien, existe una circunstancia adicional que debe considerarse para desatar la censura, y es que la Resolución 23291 de 3 de julio de 2008, del Superintendente de Industria y Comercio estableció que, “el horario habitual de trabajo de los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio será de lunes a viernes de 8 a.m. a 5 p.m. en jornada continua”.
7. Es del caso memorar que el Código General del Proceso no permite la realización válida de actos procesales en cualquier franja horaria, pues en el inc.4º del art.109 dispuso: “[l]os memoriales, incluidos los mensajes de datos, se entenderán presentados oportunamente si son recibidos antes del cierre del despacho del día en que vence el término”. En ese sentido, se impone dilucidar el alcance interpretativo de la expresión, “cierre del despacho” contenida en esa disposición. Este asunto ya ha sido planteado y resuelto por este Tribunal en contornos similares. En su momento, la Corporación expresó: “en la hipótesis que se comenta [la expresión cierre del despacho], podría tener dos alcances: la del instante en que los servidores judiciales terminan su jornada laboral, o la de finalización del horario de atención al público, aunque, por regla, esos dos momentos suelen coincidir”³⁴. Esas son, sin dudas, las dos mismas hipótesis interpretativas que se debaten hoy.
8. Lo antes dicho porque son precisamente las condiciones de tiempo de la regulación de los actos procesales, “las que aseguran la rápida prosecución y el final mismo del pleito. (...) algunas afectan al *tiempo* apto para realizar actos procesales; otras el *término* fijado para su ejecución”³⁵ y aunque parezca un tema de simple procedimiento, como lo planteó el Tribunal en la providencia citada, son profundas las consecuencias en cuanto a la efectividad de los derechos de los usuarios que

³³ art.369 del C.G.P.

³⁴ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Auto de once (11) de marzo de 2022. M. P. Marco Antonio Álvarez Gómez.

³⁵ Chiovenda, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*, vol. III. Madrid, Editorial Revista de derecho privado, 1954, pág. 120.

demandan justicia. “La de hora hábil, entre otros aspectos, impacta el surgimiento o el decaimiento de derechos, lo mismo que la validez del respectivo acto jurídico, sea de derecho sustancial o de derecho procesal, pues, por vía de ilustración, lo que se haga antes de su vencimiento será válido y producirá efectos jurídicos, mientras que lo verificado con posterioridad será inválido y no generará consecuencias en derecho”³⁶.

9. Como en ese momento lo hizo el tribunal, en este caso la interpretación no puede ser una distinta. Es que si en la Superintendencia de Industria y Comercio las oficinas se cierran a las 5:00 p.m., según Resolución 23291, de 3 de julio de 2008, los memoriales que contienen las contestaciones de la demanda se radicaron todos en el lapso que va entre las 4.33.54 p.m., y las 4.49 p.20.m., del último día hábil, con lo que se verifica su oportunidad. Esto así porque para la norma procesal que rige los trámites jurisdiccionales de la Superintendencia, la hora hábil es la del cierre del despacho, como así lo entendiera esta Corporación, al insistir en que, “debe descartarse por odiosa, por restrictiva y porque estrecha el ejercicio derecho fundamental al acceso a la administración de justicia”³⁷.
10. Copiosa es la jurisprudencia en que se resalta que en el cumplimiento de funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades administrativas, los ciudadanos tienen las mismas garantías que si concurriesen ante un juez de la Rama Judicial. Si bien ello no quiere decir que, por ejemplo, deban tener los mismos horarios de trabajo, de atención, o, incluso, de recepción de memoriales; lo cierto que es sí deben interpretar las normas como les está mandado a los jueces, es decir, prefiriendo aquella hermenéutica que se acompasa al *principio pro homine*.
11. El acceso a la administración de justicia en tanto derecho fundamental también cumple una función principalísima de creación o de interpretación normativa. Así, como en este caso, ante un problema interpretativo que decante dos soluciones, debe acogerse aquella que favorezca la salvaguarda de la mentada prerrogativa constitucional.
12. La distinción entre horario laboral y horario de atención al público, podría tener algún sentido, a efectos de recepción de memoriales, en el trámite que no se apoya en las tecnologías de la información y las comunicaciones, pues esto podría implicar la imposibilidad de acceso a la sede física de la autoridad administrativa con funciones jurisdiccionales. Ahora, en el marco de un proceso de tendiente digitalización, en el que la radicación de memoriales se realiza de forma remota y con apoyo en los medios tecnológicos, mal haría en favorecerse una interpretación restrictiva.
13. Además, como lo supo poner de presente este Tribunal, con el impulso normativo para una administración de justicia virtual (C.G.P., Decreto 806 de 2020 –por demás, norma aplicable al caso– y Ley 2213 de 2022), “la expresión ‘cierre del despacho’ luce afortunada porque no sólo comprende la oficina física, sino también la sede electrónica, por lo que es posible que exista un cierre diferenciado de los despachos judiciales: uno en función de la jornada laboral, y otro de la disponibilidad de la llamada ‘baranda virtual’ o ‘ventanilla electrónica’, siempre que esta última, cuando menos, tenga un horario igual a la de aquella, pudiendo ser mayor. Con otras palabras, en la hora pueden

³⁶ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Auto de once (11) de marzo de 2022. M. P. Marco Antonio Álvarez Gómez.

³⁷ *Ibidem*

coexistir dos cierres de los despachos judiciales: uno físico y otro 'virtual', pues ninguna norma impone que deba existir coincidencia entre ellos"³⁸.

14. Los argumentos, fácticos, jurídicos y jurisprudenciales, expuestos resultan suficientes para atender las inconformidades planteadas y revocar el auto impugnado para que en su lugar se le dé trámite a las contestaciones que fueron presentadas de forma oportuna.

En mérito de lo expuesto, la suscrita Magistrada, RESUELVE;

III. DECISIÓN

PRIMERO: **REVOCAR** el auto de 29 de septiembre de 2021, proferido por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio en el asunto de la referencia, que declaró extemporáneas las contestaciones de la demanda, para que en su lugar proceda a imprimir el trámite que corresponda, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: **CONDENAR** en costas en esta instancia a la parte demandante, quien se opuso efectivamente y al efecto fijar la suma de \$1.000.000.00 (num.8° del art.365 del C.G.P).

TERCERO: **ORDENAR** que, por secretaría, se devuelvan las diligencias al despacho de origen, previas las anotaciones de rigor. (art.1 de la Ley 2213 de 2022)

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



LUZ STELLA AGRAY VARGAS
Magistrada

Firmado Por:
Luz Stella Agray Vargas
Magistrada

³⁸ Ibidem.

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: **058ea9c7c534df657bd4d58502ec3edfff91cb8964c7e6a39684e244d94301cf**

Documento generado en 13/04/2023 04:25:02 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

Bogotá D.C., trece (13) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Rad.No.110013199001**20226840201**

Vistos el informe secretarial¹, conforme a las documentales que obran, los actos procesales realizados y virtud al curso procesal, el Despacho DISPONE:

RESOLVER sobre la prosecución del recurso de apelación de sentencia interpuesto por la parte demandante, con base en las siguientes;

I. CONSIDERACIONES

1. Proferida la sentencia de primer grado por la delegatura para asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, el 02 de febrero de 2021, el apoderado de la parte demandante interpuso el recurso de apelación, el cual fue admitido en el efecto suspensivo el 13 de marzo siguiente².
2. Al momento de interponer el recurso, el apoderado manifestó: “interpongo el recurso de apelación y para el efecto, considero como reparos una indebida valoración probatoria, los cuales dentro del término de los tres días siguientes los daré a conocer sustentado al despacho”³. Sin embargo, el anunciado escrito no fue presentado.
3. Con todo, esta magistratura consideró lo manifestado como un reparo, y admitió el recurso de alzada; y, conforme a lo expuesto en el informe secretarial “venció en silencio el término de traslado para que la parte apelante allegara en esta instancia la sustentación de la alzada”⁴.
4. Si bien es reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en la que se sostiene que siendo suficientes los reparos presentados ante el juez de primera instancia, con este acto se cumple la carga de la sustentación, lo cierto es que en este caso, esa circunstancia no se cumple. El presupuesto para tener por sustentado el recurso sin que se presente escrito en esta instancia, es que materialmente exista sustentación ante el *a quo*; pero, como

¹ Del 28 de marzo de 2023

² PDF.06 Auto Admite. Cuaderno Tribunal.

³ Carpeta.11 Archivo Consecutivo 13 Audiencia, de la Carpeta01 Audiencia Video. Cuaderno SIC, desde 01:28:25

⁴ PDF.07 Informe entrada. Cuaderno Tribunal.

salta a la vista, con el acto procesal realizado no se alcanza ese estándar. En ese sentido, cumple declarar desierto el recurso de apelación.

Por lo expuesto, la suscrita Magistrada, RESUELVE;

II. DECISIÓN

PRIMERO: **DECLARAR DESIERTO** el recurso de apelación de sentencia interpuesto por el apoderado de la parte demandante (art.12 de la Ley 2213 de 2022).

SEGUNDO: **ORDENAR** que, por secretaría, se devuelvan las diligencias al despacho de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



LUZ STELLA AGRAY VARGAS
Magistrada

Firmado Por:

Luz Stella Agray Vargas

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: **4b013a44be2ff6b5417f2e8b68e25b5343693c67670b29eab4d0a7c1f03b0a7b**

Documento generado en 13/04/2023 04:25:10 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 SUSTANCIADORA
MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Bogotá D.C., trece (13) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Asunto. Proceso Verbal (Acción Posesoria) del señor José Ricardo Salazar contra Jairo Carvajal Salcedo, Martha Ruth Vargas Rodríguez, Miguel Cantor y Rubén Darío Tamayo.

Rad. 17 2009 00772 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 de 29 de marzo de 2023, según acta N°11 de la misma fecha.

Se resuelve el recurso de apelación que interpuso el apoderado judicial del extremo demandante contra la sentencia que profirió el Juzgado Cuarenta y Siete Civil del Circuito de Bogotá el 29 de abril de 2022¹.

I. ANTECEDENTES

1. El apoderado judicial del señor José Ricardo Salazar Cuevas formuló demanda contra Jairo Carvajal Salcedo, Martha Ruth Vargas Rodríguez, Miguel Cantor y Rubén Darío Tamayo, para que **i)** se declare que es poseedor del predio distinguido con los números 19-42, 19-44, 19-46 y 19-48 de la Calle 10 de la nomenclatura de la ciudad de Bogotá, e

¹ Reparto 10/02/2023

identificado con folio de matrícula inmobiliaria 50C-1272450, y que perdió esa calidad por actos de violencia del extremo demandado; **ii)** se ordene la restitución de tal posesión y, **iii)** se declare que no está obligado al reconocimiento de las mejoras efectuadas por la contraparte.

De igual manera, pidió que se condene a los convocados a pagar perjuicios por la suma de \$20 millones por daño emergente; \$60 millones por frutos civiles y comerciales dejados de percibir, desde el momento de la usurpación de la posesión el 3 de diciembre de 2008 y hasta el momento de la restitución del inmueble.

2. Como sustento de lo pretendido, expuso que adquirió la posesión del citado inmueble por compra a los señores Horacio Forero y Efraín Ricardo Salazar Morales y, que promovió proceso de pertenencia que conoció el Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá con radicado N°2004-00403.

Agregó que como actos de señor y dueño daba en arrendamiento el predio para *“ferias artesanales”* y por tal concepto percibía 5 millones de pesos mensuales; solicitó, ordenó y costó *“la demolición de la parte interna del inmueble”*, con el fin de efectuar una construcción; ha cancelado los impuestos y servicios públicos y, finalmente, ha instaurado varias acciones policivas, penales y ahora la presente acción *“para recuperar la posesión”*.

3. Admitida la demanda de acción posesoria y notificada al extremo demandado, todos se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y promovieron las excepciones de mérito, así:

3.1. Por parte del apoderado judicial del señor Jairo Carvajal Salcedo:

“Falta de título y causa en la acción”, tras asegurar que el demandante no ha sido poseedor, y si lo era antes, *“ya no es el tiempo para que lo alegue”*.

“Prescripción”, habida cuenta que quien puede iniciar la acción posesoria es quien la haya ejercido pacíficamente y no interrumpida por “*un año completo*”, anterior a los presuntos actos de perturbación, conforme lo prevé el artículo 974 del Código Civil.

“Falta de comprobación de la posesión”, con fundamento en el contenido del artículo 981 del Código Civil, que dispone que la posesión sólo se prueba a través de hechos positivos de dominio, como construcción de edificios y cerramientos, entre otros.

3.2. Por su parte, el mismo apoderado, designado por los demás demandados promovió las mismas excepciones reseñadas y agregó la que denominó:

“Ilegitimidad en la acción”, con fundamento en que los señores Martha Ruth Vargas Rodríguez, Miguel Cantor y Rubén Darío Tamayo no tienen la calidad de poseedores del inmueble, sino que son tenedores a través de los contratos de arrendamientos celebrados con el señor Jairo Carvajal Salcedo.

4. Agotado el trámite respectivo, la instancia culminó con sentencia donde la jueza de conocimiento declaró probada la excepción de prescripción y, en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda, declaró terminado el proceso y condenó en costas al demandante.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Para arribar a la anterior determinación, la jueza *a quo*, luego de indicar que se configuran los presupuestos procesales, reseñar los antecedentes del litigio, y las normas que regulan la acción posesoria, resaltó la jurisprudencia respecto de la prescripción de dicha acción.

Al efecto adujo que, conforme al artículo 2535 del Código Civil, la prescripción extingue las acciones o derechos de otros, y tratándose de la acción posesoria de recuperación, el artículo 976 del mismo compendio establece que el término es de un año contado desde que el poseedor perdió tal calidad, o desde el último acto de violencia.

Para el caso aseguró que, al margen de los actos que el demandante ejerció como detentador del inmueble y que según su dicho perdió la posesión en el año 2008, a partir de las pruebas se comprobó que tal pérdida acaeció en el 2007, pues para ese año los demandados ya se encontraban dentro del inmueble, bien como poseedores o tenedores en virtud de la celebración de contratos de arrendamiento; y, por tanto, el demandante dejó fenecer el término con que contaba para promover la acción, si se tiene en cuenta que ella se promovió el “3 de julio de 2009”.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión el apoderado judicial del demandante la apeló y para ello indicó que la jueza *a quo* no tuvo en cuenta la totalidad de las pruebas.

Al efecto, aseguró que no se consideraron las declaraciones evacuadas en la “*diligencia de inspección ocular realizada por la Inspección 14C de Policía radicado 2008-3108*”, lo cual sin duda hubiera concluido que el demandado y sus supuestos arrendatarios no pudieron haber arrebatado la posesión en el año 2007; y que tampoco mereció consideración alguna los contratos de arrendamiento que celebró en ese año y que fueron aportados.

Agregó que los testimonios, si bien no fueron tachados de sospecha, los mismos por la familiaridad con el demandante, “ *fueron puestos en duda simple y llanamente*”, situación que no acaeció con los de los supuestos arrendatarios, puesto que a ellos sí se les dio completa credibilidad.

Tampoco se tuvo en cuenta la inspección judicial llevada a cabo en el proceso de pertenencia que tuvo lugar en el año 2007, sin que allí se encontraran los demandados.

En esta instancia, reiteró los argumentos esbozados con relación a las declaraciones rendidas ante la citada Inspección de Policía y que demuestran *“una componenda para buscar la posesión entre los demandados y supuestos arrendatarios”*, y agregó que el artículo 976 del Código Civil también se refiere al *“último acto de violencia”*, el que, de acuerdo al testimonio que rindió el cuidador del predio, señor Jorge Enrique Sánchez, tuvo ocurrencia con anterioridad al mes de diciembre de 2008, relacionado con la *“ruptura de candados de acceso al inmueble materia del proceso”*, por ende, es claro que no ha operado el fenómeno de la prescripción.

IV. CONSIDERACIONES

1. De manera preliminar, es preciso resaltar que en el presente asunto concurren los presupuestos procesales que permiten, no solamente dar inicio al proceso, sino también que culmine con una sentencia que resuelva sobre el fondo. En efecto, se cumple con la jurisdicción y competencia en cabeza de los jueces civiles del circuito en primera instancia, tratándose de la acción posesoria; capacidad de los intervinientes para ser parte y comparecer al litigio, y la demanda en forma. Además, no se observa vicio con identidad anulatoria, lo que admite proferir la decisión que de la segunda instancia se reclama.

2. Ahora bien, para resolver los reparos que a la sentencia se le hacen, resulta preciso relieves, primero, que conforme al contenido del artículo 282 del Código General del Proceso, en cualquier estado del proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de **prescripción**, compensación y nulidad, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.

En concordancia con lo anterior, y como la excepción reseñada se alegó y sustentó por el extremo demandado, se acude al artículo 2535 del Código Civil que se refiere a la prescripción como un medio de extinguir las acciones judiciales y derechos ajenos que solamente exige el paso de *“cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones”*, término que se cuenta desde que *“la obligación se haya hecho exigible”*, lo que corresponde entonces, no a una acción en sí misma, sino a un medio de defensa.

Tratándose de la acción que acá se promovió, el artículo 972 del Código Civil consagra que *“Las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces, o de derechos reales constituidos en ellos”*; por su parte, el artículo 976 *ibidem*, dispone que *“Las acciones que tienen por objeto conservar la posesión, prescriben al cabo de un año completo, contado desde el acto de molestia o embarazo inferido a ella”*, así como que *“Las que tienen por objeto recuperarla expiran al cabo de un año completo, contado desde que el poseedor anterior la ha perdido”* y que si la nueva posesión ha sido violenta o clandestina, *“se contará este año desde el último acto de violencia, o desde que haya cesado la clandestinidad”* y, además consagra el 974 de la citada codificación que *“No podrá instaurar una acción posesoria sino el que ha estado en posesión tranquila y no ininterrumpida un año completo”*.

Sobre la materia, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en la Sala de Casación Civil, afirma que:

“Para la procedencia de las acciones posesorias se encuentran algunos presupuestos que se consideran estructurales o axiológicos para las mismas, pues sin su presencia no es dable entrar a dilucidar de fondo la existencia o no de la perturbación que se invoca como hecho principal de la demanda y su legitimidad o ilegitimidad, de conformidad con la persona en cabeza de la cual se encuentre la posesión del bien. Estos presupuestos básicamente son dos:

1. Solo pueden instaurarse por el poseedor que ha estado en posesión tranquila y no interrumpida un año completo (artículo 974 del Código Civil). Si no lleva el año completo, puede agregar las posesiones anteriores siempre que reúna los requisitos exigidos por el canon 778, inciso 2°, ibídem).

Este plazo tiene su razón de ser, en cuanto, un año es tiempo suficiente para diferenciar una posesión de una simple o mera tenencia.

2. Las acciones posesorias que tienen por objeto conservar la posesión prescriben al cabo de un año completo, contado desde el acto de molestia o embarazo (artículo 976, inciso 1° del Código Civil). Si buscan recuperar la posesión, el plazo de prescripción es un año contado desde que el poseedor anterior la ha perdido (inciso 2°, ibídem). Si la nueva posesión ha sido violenta o clandestina, se contará tal ario desde que haya cesado la clandestinidad (inciso 3°, ejúsdem).

De esta manera se encuentra que, en el proceso posesorio el demandante debe probar la posesión tranquila e ininterrumpida por el lapso de un año antes del despojo. En el caso de que se pretenda conservar o amparar la posesión el demandante debe igualmente probar que no haya transcurrido un año desde la perturbación o molestia. Asimismo, en el evento en que se pretenda recuperar la posesión el demandante debe probar que el demandado lo privó de la posesión desde hace menos de un año.”² (se subraya)

Sobre el mismo tema, afirma la Corte Constitucional que: “la Sala debe señalar que uno de los principales efectos de la posesión es la legitimación del poseedor para obtener por vía judicial la protección de su condición. Entre los mecanismos con los que cuenta, es el principal el ejercicio de las llamadas acciones posesorias. Estas, consagradas en los artículos 972 y siguientes del Código Civil, tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces, o de derechos reales constituidos en ellos. Son, pues, acciones judiciales de carácter civil entabladas ante la jurisdicción ordinaria por el poseedor de bienes raíces o de derechos reales constituidos sobre ellos, por causa de perturbaciones o despojos de la posesión material. De allí que se las clasifique en las dos categorías relacionadas, cada una de ellas, con el acto que atenta contra la posesión. Las primeras, que son interdictos de conservación o amparo, están relacionadas con los simples actos de molestia. Las segundas, interdictos de recuperación, son las que tienen lugar cuando hay un acto de despojo. Unas y otras prescriben en un término de un (1) año, contado como allí se indica”³ (Se destaca).

Acorde con lo anterior, resulta palmario que la acción posesoria está sometida a las siguientes condiciones: **i)** el actor debe probar que ha poseído

² C.S.J. Cas. Civ. SC5187-2020 Rad.02-2013-00266-01 Sentencia de 18 de diciembre de 2020

³ Cort. Const. Sentencia T-751 de 2004.

siquiera durante un año en la forma como lo describe el artículo 981 del Código Civil y, **ii)** debe demostrar que en un término inferior a un año fue despojado o perturbado por otro, es decir, quien pretende el amparo posesorio debe probar que poseyó durante un año el inmueble y que su perturbación es inferior también a un año.

Es decir, compete a quien promueve la acción la carga de acreditar tales presupuestos, conforme lo ordena el artículo 167 del Código General del Proceso al decir que *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*.

3. Sentadas las anteriores premisas y revisado el plenario, corresponde a la Sala dilucidar, en cumplimiento del artículo 328 del Código General del Proceso⁴, si, en verdad, a partir de las pruebas se logra concluir que, como lo consideró la jueza de primera instancia, se configuró la excepción de prescripción por que el accionante dejó fenecer el término de un año, o si, por el contrario, lo hizo en el espacio temporal oportuno.

3.1. Para el caso, con la demanda se aportaron varios documentos, entre las cuales se encuentran algunos apartes de la querrela policiva N°2008-3108 que cursó en la Inspección 14C Distrital de Policía, instaurada por el señor José Ricardo Salazar por perturbación a la posesión, piezas de donde no es posible colegir la fecha en que la promovió, los hechos que allí relató y menos la decisión que allí finalmente se profirió.

No obstante, en la inspección ocular realizada dentro de dicha querrela el 22 de octubre de 2010⁵, al preguntársele a la testigo, señora María de los Ángeles Gómez, acerca de cuándo fue la última vez que hizo presencia en el inmueble, contestó: *“yo pase por aquí en septiembre del 2007, vi que había alguien acá que habían abierto estas puertas y le pregunte a don Ricardo que pasaba, que debía estar informado de lo que se va sucediendo en ese lote”* y, al indagársele al testigo sobre tal situación, el

⁴ *“El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante...”*

⁵ Folios 87 a 96 (004CuadernoPrincipal.pdf)

señor Ricardo, aquí demandante, manifestó: *“la verdad que en septiembre del 2007 no recuerdo que haya sido ocupado, de pronto unas personas que vinieron a replanar el lote después de la destrucción de la casa o tumbada de la casa”*. De igual manera, la testigo Martha Ruth Vargas, expresó que conocía al señor Jairo Carvajal, allá querellado y aquí demandado, para la fecha de la inspección, *“hace 4 años”*.

Con respecto a los contratos que asegura el apelante no fueron tenidos en cuenta, se destaca que aun cuando el demandante manifestó en la citada inspección ocular que arrendó el predio en el 2007 a *“un señor LEVIS para volver a guardar carros lo devolvió en el mes de enero del 2008 y en diciembre de 2008, el 8 o el 10 nos enteramos de la rotura de los candados y seguridades que tenía el lote por unos señores que yo no conozco”*, a más de que tal medio de prueba no se allegó, lo cierto es que los contratos de arrendamiento no tienen la entidad suficiente para demostrar actos posesorios.

3.2. Con relación a los interrogatorios de parte, también se advierte que en el absuelto por el demandado Jairo Carvajal⁶, y al preguntársele sobre las circunstancias de la tenencia material del predio, éste manifestó: *“yo tuve conocimiento de ese baldío, y vi la posibilidad de tomar esa posesión en el mes de agosto de 2007, ingrese a ese predio puesto que en días anteriores había hecho un análisis de cómo podría sacar a unos indigentes que allí existían, así lo hice y por tal motivo para cuidar el predio arrendé el mismo al señor Miguel Cantor y a Darío Tamayo”*. Así mismo, al indagársele a otro de los demandados, señor Miguel Cantor, aseguró ser arrendatario del predio, e informó que ingresó al mismo desde el 2007.

3.3. Y no diferente son las circunstancias acaecidas en la práctica de los testimonios puesto que, además que se decretaron y practicaron la totalidad de los que la parte apelante solicitó y, por tanto, resulta desacertada su consideración en el sentido que solo se tuvieron en cuenta

⁶ Folio 242 (004CuadernoPrincipal.pdf)

las pruebas en favor del extremo demandado, los testigos decretados en favor del último no asistieron.

En efecto, en los testimonios rendidos por los señores Adolfo María Gómez Giraldo⁷ y Hugo Ramírez Jaramillo⁸, solicitados por el demandante, los absolventes indicaron no saber sobre la pérdida de la posesión en cabeza del demandante, ni sobre los actos que el último hizo para recuperarla. De igual manera, el testigo Guillermo León Vega tampoco ofreció la suficiente claridad acerca de la fecha en que se perdió la posesión del predio, pues con relación a ello sólo indicó que, *“posteriormente después ya me enteré que el lote había sido invadido eso fue como en el año 2008 y ya pues tengo entendido que don Ricardo le dio poder a unos colegas para iniciar las acciones administrativas para recuperar su posesión...”*.

Por su parte, la señora María de los Ángeles Gómez, quien también fue testigo en la querrela policiva, como anteriormente se indicó, de manera contradictoria manifestó al rendir su testimonio en este asunto, dijo que: *“Él no puede entrar, porque es un peligro, es amenazadora esa gente, una vez estaba preguntando al frente y le daba miedo a la gente dar alguna información. Eso tuvo que ser a finales del 2008. Yo no vi hacer rupturas de candados, yo llego a la conclusión de rupturas de candados, porque de un momento a otro noté que había otras personas que no conocía, ni conocí, ni vi y por eso yo le pregunto a Jorge Sánchez que pasó y yo pensé que don Ricardo había arrendado y fue cuando me dijo que esa gente había roto candados. Esa es la conexión que tengo, y sé que entraron a las malas, todo eso me lo dijo Jorge.”*

Asimismo, frente al reparo que el demandante le hace a la sentencia por no haber tenido en cuenta la diligencia de inspección judicial dentro del proceso de pertenencia que promovió, extraña a la Sala tal cuestionamiento puesto que de la revisión del expediente no se observa que tal pieza procesal se hubiese allegado como medio probatorio.

⁷ Fl.347 (004CuadernoPrincipal.pdf)

⁸ Fl.420 (004CuadernoPrincipal.pdf)

4. De cara a lo expuesto, para la Sala no hay duda que, en efecto, se configuró la excepción de prescripción que promovió el extremo demandado, habida cuenta que del acervo probatorio analizado y que obra en el plenario no se logró inferir que la demanda se promovió dentro del año siguiente a la pérdida de la posesión, sin que haya lugar a considerar que la jueza de conocimiento erró en su valoración por no referirse a la totalidad de las pruebas, habida cuenta que *“la mera circunstancia de que en un fallo no se cite determinada prueba o parte del contenido de la misma no implica error manifiesto de hecho, a menos que se haber apreciado tal medio la conclusión del pronunciamiento hubiera tenido que ser evidentemente distinta a la adoptada por el sentenciador (G.J., t.CXXIV, pág.448)”*⁹

Además, tampoco se puede considerar la contabilización del año a partir del último acto violento, por cuanto no son claras las circunstancias de tiempo, modo y lugar que atañen a la ruptura de candados a la que alude el demandante, sino que le correspondía demostrar con certeza el acaecimiento de tal hecho.

5. Ahora bien, si la Sala admitiera que la pérdida de la posesión del demandante acaeció para finales de diciembre de 2008, conforme él lo afirma, lo cierto es que dentro del plenario tampoco existe prueba que indique con absoluta certeza que el actor ejerció la posesión sobre el año inmediatamente anterior, por cuanto si bien demostró el ejercicio de esa calidad en los años anteriores, por ejemplo, para los años 2003 a 2005, en la medida que en ese periodo de tiempo tuvo lugar el trámite de una querrela dirigida contra él para solicitar la demolición *“por amenaza de ruina del inmueble”*, en la que participó rindiendo descargos en calidad de *“propietario”*, querrela a la que accedió la Alcaldía Local de los Mártires el 21 de septiembre de 2005¹⁰, con posterioridad no existe medio probatorio alguno que conduzca a la Sala a tener por demostrado ese año de posesión completo, anterior a la pérdida que ahora alega.

⁹ C.S.J. SC de 23 de septiembre de 2004, reiterada en Sentencia SC5187-2020 Rad.02-2013-00266-01 Sentencia de 18 de diciembre de 2020

¹⁰ Folio 26-27 (004CuadernoPrincipal.pdf)

De igual manera, se advierte que al preguntársele a uno de los testigos en la diligencia que realizó la Inspección de Policía, sobre si conocía la razón por la cual, el señor Ricardo *“al presentar la querrela manifiesta que la ocupación se presentó el 3 de diciembre de 2008”*, la señora María de los Ángeles Gómez manifestó: *“esa parte de como le digo este inmueble, estuvo solo mucho tiempo sin que nadie viniera yo no lo hacía porque estaba ocupada, entonces para cuando don Ricardo se enteró de esto yo no tenía, no eran las mismas personas, no se si eran las mismas personas porque aquí entra mucha gente están invadiendo constantemente”*, de lo que se infiere que el demandante tampoco se hallaba ejerciendo la posesión un año antes que se le perturbara.

En el mismo sentido, aunque también obran recibos de impuesto predial de los años 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, y 2009, bien sabido es que el pago de tales emolumentos no demuestra la posesión en esos periodos de tiempo.

Al respecto, tratándose de la prueba de la posesión en los casos que la requieren, la Corte ha sido enfática en establecer que: *“(...) No en vano, en esta materia la prueba debe ser categórica y no dejar la más mínima duda, pues si ella se asoma no puede triunfar la respectiva pretensión. De allí la importancia capital que ella reviste en este tipo de causas judiciales, más aun cuando militan razones o circunstancias que tornen equívoca o ambigua la posesión, la que debe ser inmaculada, diáfana y exclusiva, rectamente entendida, de lo que se desprende que no debe arrojar la más mínima hesitación. En caso contrario, no podrá erigirse en percutor de derechos. (cas. civ. 2 de mayo de 1990 sin publicar, reiterada en cas. civ. 29 de octubre de 2001, Exp. 5800)”*¹¹

¹¹ Citada en la sentencia SC17141-2014 de 16 dic/2016 Exp. 2005-00037- 01

Por tanto, un contrato de arrendamiento o cualquier otro documento, por sí solo, jamás se podrá tenerse como prueba que acredite posesión para el arrendador o para el arrendatario, a menos que se interviera la tenencia, aspecto jurídico que debe quedar plenamente planteado y demostrado, situación que acá no aconteció.

Al caso, se debe tener en cuenta que el artículo 762 del Código Civil establece que “*la posesión es la tenencia de una cosa determinada con el ánimo de señor o dueño*”, en consecuencia, para que prospere el amparo posesorio que se invocó, era preciso acreditar los dos elementos que conforme a la anterior definición estructuran la posesión: el ‘*animus*’ y el ‘*corpus*’. En cuanto a esos elementos, la Corte Suprema de Justicia¹² ha precisado que:

Los dos clásicos son el corpus y el animus. El primero es el poder físico o material que tiene una persona sobre una cosa. Son los actos materiales de tenencia, uso y goce sobre la cosa. No obstante, el mero contacto material con una cosa no significa su señorío o poder de hecho en la teoría de la posesión. Por esa misma razón, el poseedor tiene la posesión aunque el objeto este guardado o retirado de su poder físico. El segundo, es el elemento psicológico o intelectual de la posesión. Consiste en la intención de obrar como señor y dueño (animus domini) sin reconocer dominio ajeno. El animus es una conducta del poseedor que puede manifestarse en el título que la origina y supone que obra como un verdadero propietario o con la convicción de serlo. Es la voluntad firme de considerarse dueño del bien.

Y desde antes había considerado que:

*“[l]a posesión no se configura jurídicamente con los simples actos materiales o mera tenencia (...) como hecho externo o **corpus** aprehensible por los sentidos, sino que requiere esencialmente la intención de ser dueño **animus domini** –o de hacerse dueño, **animus remsibi habendi**-, elemento intrínseco que escapa a la percepción de los sentidos. Claro está que ese elemento interno o acto volutivo, intencional, se puede presumir ante la existencia de los hechos externos que son su indicio, mientras no aparezcan otros que demuestren lo contrario, así como el poseedor, a su vez, se presume dueño, mientras otro no demuestre serlo”¹³.*

¹² Csj Cas Civ. Sent SC187-2020, 18 dic. de 2020 exp. 002 2013 00266 02

¹³ C.S. de J, sent., 9 de noviembre de 1956. G.J. t. LXXXIII, Pág.775.

En consecuencia, por ser la posesión una relación de dominio de hecho con la cosa deberá probarse, conforme lo preceptúa el artículo 981 del C.C., *“por hechos positivos de aquellos a que solo da derecho el dominio, como el corte de madera, la construcción de edificios, la de cerramientos, plantaciones o sementeras, y otros de igual significación,...”*; precepto éste que ha conducido a la Corte a sostener que *“la posesión de bienes raíces que origina la presunción de dominio, es la material, comprobable con hechos positivos, conforme al artículo 981 del C.C....”*.¹⁴.

6. En esas condiciones, la Sala arriba a la conclusión de que ningún reparo la merece la sentencia apelada, por ello se confirmará con la consecuente condena en costas a cargo del extremo apelante, propósito para el que la Magistrada Sustanciadora fija la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes S.M.L.M.V., atendiendo lo previsto por el Art. 5º, numeral 1º, del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia que profirió el Juzgado Cuarenta y Siete Civil del Circuito de Bogotá el 29 de abril de 2022, conforme lo decantado en precedencia.

¹⁴ CSJ Cas Civil. 31 de marzo de 1930; G.J. T XXXVII Pág. 493

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte recurrente. Se señalan como agencias en derecho la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes S.M.L.M.V., en atención a lo previsto en el numeral 1º del artículo 5 del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016. El Juzgado de primer grado proceda a su liquidación de conformidad con el artículo 366 del Código General del Proceso.

NOTIFÍQUESE,

Los Magistrados,

MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
(en uso de permiso)

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.,

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: **1ad58d14ee044454000e7926952131eb7b48d2569ff1c22d248d1afedc525a6e**

Documento generado en 13/04/2023 03:56:05 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., trece (13) de abril de dos mil veintitrés (2023)

**ASUNTO: PROCESO DECLARATIVO (RESPONSABILIDAD CIVIL
EXTRA CONTRACTUAL) PROMOVIDO POR YEDIR ALVEIRO
BENAVIDES LADINO CONTRA LA SOCIEDAD EMPRESA DE ENERGÍA
DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. HOY CODENSA S.A. E.S.P.**

Rad. 026 1999 22581 02

Sentencia escrita de conformidad con lo autorizado por el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, cuyo proyecto se discutió en varias sesiones y aprobó en la del 29 de marzo de 2023, según acta 11 de la misma fecha.

Se resuelve el recurso de apelación que formularon las partes contra la sentencia que profirió el Juzgado Cincuenta y Uno Civil del Circuito de Bogotá el 5 de marzo de 2020.

I. ANTECEDENTES

1. El señor José Antonio Benavides Guauta y la señora Luz Mary Ladino Cubillos, actuando en nombre y representación de su menor hijo Yedir Alveiro Benavides Ladino, a través de apoderado judicial, promovieron demanda que posteriormente reformaron contra la Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. hoy Codensa S.A. E.S.P. para que se declare que es responsable por el accidente que sufrió el menor el día 1º de septiembre de 1994 en su residencia ubicada en la Calle 10 A No. 2-

07 del barrio El Tejar en Fusagasugá “*por omisión en la observancia de las normas legales y técnicas en la instalación de las redes eléctricas que pasaban por la residencia*”.

En consecuencia, solicitaron que se condene a la convocada a pagar los perjuicios de orden material y moral “*de acuerdo con los cálculos que más adelante se presentan, o teniendo como base el dictamen pericial que se realice con este motivo a favor del menor accionante*”¹; y las costas del proceso.

2. Como sustento de lo pretendido adujeron, en síntesis, que el 4 de diciembre de 1991 José Antonio Benavides Guauta, en su condición de propietario del lote ubicado en la citada dirección desde el 3 de abril de ese mismo año, obtuvo la licencia de construcción No. 496 originaria de la Dirección de Planeación Municipal, debidamente firmada por el Alcalde municipal y el Director de Planeación Municipal, para construir una vivienda de dos pisos con altillos y voladizos de 0.80 metros y andén de 1.50 metros, continuando o siguiendo el parámetro de las viviendas vecinas, parámetros bajo los cuales construyó la vivienda de su familia.

2.1. Que le correspondió a la Empresa de Energía de Cundinamarca S.A., Empresa de Servicios Públicos E.E.C.E.S.P., realizar la instalación de las redes eléctricas con el fin de prestar el servicio de energía no solamente a la residencia de su familia, sino a las demás del barrio El Tejar en Fusagasugá, tarea que realizó sin cumplir con las normas técnicas, toda vez que no estableció las distancias entre los conductores y paredes, que debe ser, según las normas E.E.E. de Bogotá para 34.5 Kv Aislamiento 1.50 m, al igual que no determinó la distancia entre los conductores, ventanas, balcones o terrazas, que debe ser de 1.80 metros.

2.2. Que debido al incumplimiento de las normas técnicas, el día 1º de septiembre de 1994 el menor Yedir Alveiro Benavides Ladino sufrió un gravísimo accidente porque al encontrarse jugando en la terraza de

¹ Cfr. fl. 522 archivo 01Cuaderno1.pdf contenido en la carpeta 01CuadernoPrincipal del expediente digital

su casa y en vista de que los cables de alta tensión se encontraban solamente a 0.50 centímetros del borde de la terraza, cuando el mínimo normal es de 1.80 metros, fue alcanzado por ésta lo que trajo como consecuencia inevitable que el menor perdiera el brazo derecho y dos dedos del pie derecho, pese a los esfuerzos médicos.

2.3. Que la demandada no hizo el más mínimo esfuerzo para colaborarles con la situación; que frente a una carta enviada por la Junta de Acción Comunal del barrio El Tejar, en la que solicitó el traslado de la red de alta tensión que pasa por encima de la casa ubicada en la carrera 2 No. 10 A-03, la convocada reconoció el grave error cometido en la instalación de los cables de energía y cuatro meses después de aquel accidente, ordenó y efectivamente retiró de la terraza dichas redes, oportunidad en la que sí observó las normas técnicas; y que los perjuicios de orden moral y material son gravísimos, no solo por la invalidez permanente que sufrió el menor de su brazo derecho que lo limita para desarrollarse normalmente en la vida, sino por el costo que ha implicado su atención médica y rehabilitación a través de implementos médicos “*(miembros artificiales) de costosa consecución*”.

2.4. En escrito con el que reformó la demanda², adicionó que el servicio público de energía y alumbrado prestado por la demandada no funcionó o lo hizo muy mal y en forma tardía en el barrio El Tejar de Fusagasugá, porque se cometió el yerro de haber tendido las cuerdas de alta tensión sobre la casa, a pesar de haberse dado cuenta que ofrecían un grave peligro sobre sus moradores, error que vino a corregir cuatro meses después de sucedido el accidente.

3. La sociedad demandada se notificó por aviso y en oposición a las pretensiones propuso las excepciones de mérito³ que denominó: **i) Culpa imputable al demandante; ii) Inexistencia de las obligaciones reclamadas; iii) Inexistencia de responsabilidad civil extracontractual por parte de la demandada; y, iv) “Prescripción”**.

² Cfr. fl. 533 *ibidem*

³ Folios 427-437 archivo 01Cuaderno1.pdf contenido en la carpeta 01CuadernoPrincipal del expediente digital

Las anteriores excepciones se fundamentaron, en síntesis, en que la licencia de construcción debió implicar una visita e inspección al lote, así como la verificación de los demás requisitos legales; las redes eléctricas fueron levantadas o extendidas por la demandada cuando se llamaba Electrificadora de Cundinamarca a principios de los años 80, cuando dicho sector era casi zona rural, lleno de potreros sin urbanizar, que posteriormente fueron adjudicados por la Alcaldía a personas de escasos recursos; el demandante debió antes de construir solicitar que esas líneas fueran corridas o trasladadas, pero no lo hizo; las líneas estaban instaladas hace mucho tiempo antes de que el demandante comprara el lote y levantara la construcción; fueron los padres del menor los que construyeron sin observar los peligros de levantar sus paredes en cercanía a la inferior permitida, en relación con las líneas de alta tensión.

De igual modo, alegó que no le consta la ocurrencia del accidente ni las circunstancias que lo rodearon; que al parecer por la propia imprudencia del niño y la falta de cuidado de sus padres se presentó el insuceso; que se enteró del accidente mediante carta que envió el Presidente y la Tesorera de la Junta de Acción Comunal del barrio, no por los padres del menor, ante lo cual retiró los cables o líneas de alta tensión cuando conoció que la construcción había omitido dejar los márgenes de seguridad; y que no se puede predicar su responsabilidad en virtud a que no era la encargada de emitir concepto sobre la viabilidad, parámetros y medidas de la construcción y sus redes fueron extendidas con antelación a la construcción de la vivienda de la familia Benavides Ladino.

4. En tiempo, la convocada presentó llamamiento en garantía respecto de La Previsora S.A. Compañía de Seguros, la que, oportunamente formuló las defensas que nominó: **i) Límite del valor asegurado y deducible; ii) Disponibilidad de pago y agotamiento del valor asegurado; iii) Excepción de pago; iv) Prescripción frente a la Empresa de energía de Cundinamarca y con relación a los demandantes; v) Inexistencia de la obligación y de los perjuicios.**

5. Agotado el trámite de rigor, el juez de primera instancia culminó la instancia en la que declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada y, por tanto, civil y extracontractualmente responsable de los perjuicios ocasionados a Yedir Alveiro Benavides Ladino el día 1º de septiembre de 1994, no así el de sus padres, al no haber otorgado poder para reclamarlos; la condenó a pagar la suma de \$177'340.540 por concepto de daño material y el equivalente a 70 salarios mínimos legales mensuales vigentes por daño moral y otro tanto por el daño fisiológico o daño a la vida de relación; negó la pretensión correspondiente al daño emergente; condenó a la llamada en garantía hasta la concurrencia del valor asegurado, según el contrato suscrito con la demandada; y las condenó en costas.

II. LA SENTENCIA APELADA

Comenzó por descartar la configuración de la prescripción que se alegó, toda vez que el accidente ocurrió el 1º de septiembre de 1994, la demanda se interpuso el 23 de junio de 1999, se admitió el 6 de junio de 2000 y se notificó el 26 de julio de este último año, luego no transcurrió el término de veinte años previsto en el artículo 2536 del Código Civil.

Seguido, estableció que por tratarse de una actividad peligrosa la conducción de energía eléctrica, el asunto se rige por el artículo 2356, quedando la víctima exonerada de probar la culpa en cabeza del autor del daño, sólo le basta con acreditar el daño padecido y la relación de causalidad; que se probó el daño padecido por el menor con la historia clínica No. 443728 del Hospital de la Misericordia, el que tuvo como diagnóstico final las secuelas de quemaduras eléctricas, amputación de mano y antebrazo derecho, lesiones que fueron causadas por el contacto directo con las redes eléctricas situadas junto a su vivienda, según los testimonios.

En cuanto a la exoneración de responsabilidad de la demandada, aseveró que no demostró alguna causal que así lo evidenciara; que la empresa de energía, como guardián de la cosa, estaba en la obligación de no solo de prevenir, sino de corregir la instalación de la red eléctrica de

alta y media tensión, conforme al numeral 11.4 del artículo 11 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 41 del Decreto 1842 de 1991, conducta que no asumió.

Respecto a la objeción por error grave a la experticia realizada por el auxiliar de la justicia Luis Jesús Caicedo Torres, adujo que al confrontarse con la del Ingeniero Fabio Prieto Psacagasa, se evidencia la viabilidad de la objeción, toda vez que no era de su resorte rendir informe sobre temas ajenos a su profesión, en tanto que su conocimiento específico es en ingeniería eléctrica.

Y, que no se probó que el hecho se produjo por la indebida construcción en el terreno donde pasa la red eléctrica, el que, según el informe técnico del ingeniero civil Gilberto Apolinar González, las redes se aproximaban a 0.50 metros en la zona del accidente, como lo constató el testigo Bernardino González Rodríguez, que descarta la existencia de una eximente de responsabilidad.

III. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

Ambas partes apelaron de manera oportuna la sentencia, así:

La demandante

i) Afirma que se deben declarar y determinar los perjuicios morales a que tienen derecho los señores José Benavides Guauta y Luz Mary Ladino Cubillos, porque se requería la ausencia total de poder, que en la demanda corregida se solicitaron cuatro mil gramos oro en favor de ellos, aspecto en que el juzgado no reparó, pese a que confirieron el poder en su propio nombre o para favorecerse de las aspiraciones.

ii) Al emitir sentencia, no se cuantificaron los perjuicios, ni se actualizaron con base en el salario, como se pidió en la corrección de la demanda, sino se cuantificaron con base en el dictamen pericial de 2014, año en que Yedir Alveiro cumplió la mayoría de edad.

iii) Si la demandada no asume el costo de la prótesis, lo tendrá que hacer Yedir Alveiro con su propio patrimonio, pues, tiene el derecho de mejorar su apariencia física; además, no parece válida la justificación consistente en que no se le debe pagar porque aún no la ha comprado, porque, al fin y al cabo, cuando lo haga, tendrá que salir de recursos.

iv) Las sumas por las que fue condenada la demandada y a las que se llegare a condenar, deben ser indexadas por haberlo pedido así en la demanda y su corrección o adición.

La demandada

i) Ausencia de los elementos axiológicos para que se configure la acción indemnizatoria, toda vez que quien la ejercita debe acreditar la ocurrencia del daño, la culpa y el nexo causal, lo que no sucedió en razón a la culpa exclusiva de la víctima y en el hecho de un tercero.

ii) La sentencia presenta defecto fáctico por la no valoración del acervo probatorio, los testimonios practicados no fueron presenciales de los hechos, ni probaron el daño moral objetivado; en los interrogatorios que absolvieron los demandantes reconocieron descuido del menor; no se hizo una valoración íntegra de los informes periciales; es claro que las distancias mínimas de seguridad establecidas en el RETIE no se cumplían en el momento del accidente porque el propietario del bien al construir la cuarta placa de su vivienda acercó de manera imprudente e ilegal la edificación a la red eléctrica sin dar aviso a la empresa prestadora del servicio de energía eléctrica; y el lesionado se acercó a la red sin acatar las medidas mínimas de seguridad que dicta el sentido común.

iii) Causal de ex culpabilidad, por culpa exclusiva de la víctima, al estar probado que el incidente se generó producto de la inobservancia del deber de su evitación por la víctima cuando manipuló “*cuerdas de la ropa*”; según el dictamen pericial presentado por Luis Jesús Caicedo Torres, las redes se encontraban en buen estado de funcionamiento y fue el menor el que se acercó a ellas, generando su propio riesgo; y esta

maniobra fue totalmente imprevisible e irresistible, pues no tuvo forma de contrarrestarla.

iv) Causal de ex culpabilidad, porque “*el hecho se originó por culpa de un tercero*”, toda vez que las redes eléctricas de MT y BT fueron establecidas antes de que se realizara la construcción del bien, según los interrogatorios de parte; la construcción del primero, segundo y tercer piso del inmueble no respetaron las distancias mínimas de seguridad, razón por la cual, el propietario contribuyó directamente a la causación del hecho.

v) Sobre las costas procesales, ya que se le condenó a pagar \$30´000.000, suma que considera desproporcionada, lesiva e injusta, con base en lo regulado en el Acuerdo PSAA-16-10554 de 2016.

Por auto adiado 18 de agosto de 2022 se ordenó correr el traslado previsto en el inciso 3° del artículo 12 de la Ley 2213 de 2022.

A través de escrito enviado por correo electrónico a la Secretaría de este Tribunal los apoderados de las partes sustentaron en debida forma sus recursos de alzada, sin que recorrieran en oportunidad el traslado del interpuesto por su contraparte.

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, se tiene que al plenario confluyen los denominados presupuestos procesales, lo que aunado a la ausencia de vicio con idoneidad anulatoria, permite proferir la decisión que de esta Sala se reclama, sin limitación alguna, en razón a que ambas partes apelaron, como así lo autoriza el artículo 328 del Código General del Proceso.

Y, en efecto se afirma la existencia de los presupuestos procesales, porque el primer reproche a la sentencia efectuado por la parte

demandante precisamente se enfocó en reclamar una condena en favor de señores José Benavides Guauta y Luz Mary Ladino Cubillos, quienes no otorgaron poder para demandar en su nombre.

1.1. En cuanto al derecho de postulación, el artículo 63 del Código de Procedimiento Civil, vigente para cuando se inició esta acción, consagraba que las personas que hayan de comparecer al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado inscrito. Asimismo el artículo 65 de la misma codificación, enseñaba que en los poderes especiales, los asuntos se determinarán claramente, de modo que no se confundiesen con otros; y que podían otorgarse por escritura pública o por memorial, dirigido al juez de conocimiento, presentado como se dispone para la demanda.

En este asunto, el poder para instaurar la acción lo confirieron los señores José Antonio Benavides Guauta y Luz Mary Ladino Cubillos, pero sólo en calidad de padres y representantes legales del entonces menor Yedir Alveiro Benavides Ladino, no en nombre propio, como puede leerse en el mandato⁴. En esas condiciones, no es posible acoger el sustento de la censura orientado a hacer valer que se requería la ausencia total de poder, o que bastaba que se hubiesen elevado pretensiones a favor de éstos para suplir tal deficiencia.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia⁵, de tiempo atrás ha considerado que: *“...En efecto. Es principio legislativo deducido a contrario sensu del artículo 1.505 del Código Civil, que lo que una persona ejecuta en nombre de otra no teniendo poder de ella ni de la ley para representarla, carece de efectos contra el representado. Este principio, aún de simple razón natural, es apenas una de las primeras aplicaciones lógicas de aquel otro consagrado por el artículo 1.502, ibídem, básico de toda la teoría de las obligaciones, según el cual uno de los cuatro elementos esenciales para que una persona se obligue a otra por un acto de declaración de voluntad, consiste en el consentimiento del obligado.”* Y, agrega que: *“...El*

⁴ Cfr. fl. 5 archivo 01Cuaderno1.pdf contenido en la carpeta 01CuadernoPrincipal que hace parte del nominado PrimeraInstancia del expediente digital.

⁵ CSJ GJ XLVII sept de 1938, pág.81

consentimiento es pues, condición indispensable, la primera y la principal de todas, para que un acto o contrato tenga existencia jurídica.”

Acá, ese consentimiento por parte de los señores José Antonio Benavides Guauta y Luz Mary Ladino Cubillos, para que se promoviese demanda en su nombre, no aparece reflejado en el poder que otorgaron para demandar en representación de su hijo. No prospera entonces ese primer reparo invocado por la parte demandante.

2. Para resolver los demás aspectos de inconformidad que a la sentencia le hacen las partes, recuerda la Sala que el soporte cardinal de la acción de responsabilidad civil extracontractual se encuentra en el principio de derecho según el cual, toda persona que ha causado un daño está en el deber de indemnizarlo, conforme lo preceptúa el artículo 2341 del Código Civil; y que entratándose de los daños infligidos en la ejecución, producción, conducción y distribución de energía eléctrica, ha sido pacífica la jurisprudencia y la doctrina al señalar que se deben seguir los lineamientos del artículo 2356⁶ del Código Civil por tratarse de una actividad peligrosa, pues *“aun cuando la electricidad es sin duda alguna uno de los puntales del progreso humano y motor por excelencia de asombrosos avances tecnológicos, inevitable es reconocer que se trata al propio tiempo de un elemento cuyo aprovechamiento implica riesgos especiales, constituyendo entonces el uso y provisión de energía eléctrica una de aquellas actividades, que en orden a determinar el régimen de responsabilidad que les es inherente cuando son fuente de daños, se caracterizan por su peligrosidad”*⁷.

Lo anterior, trae como consecuencia que exonera al perjudicado de acreditar la culpa del agente, toda vez que ella se presume, y con tan solo demostrar la existencia del hecho dañoso, el daño y el nexo de causalidad, es suficiente para configurar la responsabilidad civil extracontractual; por ello, mientras no se acredite, en debida forma, la

⁶ Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación: 1) El que dispara imprudentemente un arma de fuego; 2) El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche; 3) el que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino.

⁷ C.S.J., octubre 8 de 1992.

existencia de la causa extraña como eximente de responsabilidad (caso fortuito, fuerza mayor o culpa exclusiva de la víctima o de un tercero) es inevitable que dicho agente responda por el daño ocasionado por la conducción de energía eléctrica, *“en virtud del principio de control del peligro y atendidas las características de los riesgos específicos inherentes a determinado tipo de empresa o explotación, al patrimonio de quien, pudiendo dominar la fuente de la que esos peligros surgen...”*⁸, en razón a que como lo concluyó la Corte Suprema de Justicia *“toda persona o entidad debe obrar con las debidas precauciones cuando se trata de la ejecución de un hecho que puede ofrecer algún peligro; debe tener la suficiente previsión, la suficiente prudencia para evitarlo, so pena de responder por sus consecuencias”*⁹.

Establecido entonces que acá se cuestiona una actividad peligrosa, de cuya carga probatoria respecto de la culpa la víctima o el perjudicado se encuentra exento de prueba, al presumirse ésta en quien ejerce tal actividad, pero que sí la tiene respecto de la demostración del daño y el nexo causal entre éste y aquella, se ocupa la Sala, de verificar si la parte actora cumplió con tal cometido.

En esa tarea se recuerda que como directriz el postulado consagrado en el artículo 164 del Código General del Proceso, que establece la necesidad de la prueba, como antes lo hacía el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, principio que se erige en el baluarte principal de la decisión judicial, de manera que ésta solo sea el reflejo de los medios legal y oportunamente aportados al proceso, necesidad que se revela en cada uno de los sujetos procesales, de acuerdo con su interés frente al debate.

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

⁸ Cas. Civil 22 de febrero de 1995

⁹Sent., 12 de diciembre de 1929, XXXVII, 360.

Por tanto, la carga probatoria establecida en el artículo 168 de la codificación procesal vigente (antes 177 del Código de Procedimiento Civil) en concordancia con el artículo 1757 del Código Civil que instala en cabeza de las partes el dotar de certeza al juzgador sobre los hechos que alega y en los que edifica sus pretensiones y/o excepciones.

3. Aplicados los anteriores planteamientos de orden legal y jurisprudencial al asunto bajo examen, pronto se advierte que no existe mérito para acoger los reparos referentes a la ausencia de prueba de los elementos de la responsabilidad y a la indebida valoración probatoria; lo primero, porque aun cuando para el caso se reducen a la demostración del daño o perjuicio y la relación de causalidad, al estar contemplada en favor del demandante la presunción legal de culpa en cabeza de la sociedad demandada por virtud de la actividad peligrosa consistente en la conducción de electricidad, como ya se expresó, tales elementos aparecen acreditados, veamos por qué:

3.1. Daño.

En torno a la relevancia del daño como elemento estructural de la responsabilidad, tiene dicho la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que:

“(...) “dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquiera acción indemnizatoria”. (Sentencia de casación civil de 4 de abril de 1968).

En términos generales, el daño es una modificación de la realidad que consiste en el desmejoramiento o pérdida de las condiciones en las que se hallaba una persona o cosa por la acción de las fuerzas de la naturaleza o del hombre. Pero desde el punto de vista jurídico, significa la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de

*satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio*¹⁰.

Para la Sala ninguna duda ofrece la ocurrencia del hecho dañino, si se tiene en cuenta que conforme obra en el expediente el día 1º de septiembre de 1994, el niño Yedir Alveiro Benavides Ladino sufrió un accidente, en su residencia ubicada en la Calle 10 A No. -07 del barrio El Tejar en Fusagasugá, que le dejó secuelas, según la historia clínica No. 443728 del Hospital de la Misericordia, de quemaduras eléctricas, amputación de mano y antebrazo derecho y pérdida de dedos del pie derecho, lesiones que fueron causadas por el contacto directo con las redes eléctricas situadas junto a su vivienda, según los testimonios de los señores Ricardo Alberto Pinzón, (fol. 787 cdigital); Gilberto Díaz Castellanos (fo. 794); Bernardino González Rodríguez (Fol. 792); Félix Orlando Romero Vargas (fol. 797) quienes, si bien no presenciaron el accidente, si dieron cuenta de la presenidad del menor y de las secuelas con que quedó después del mismo.

Dichas lesiones, ocasionaron en Yedir, según el dictamen del Instituto de Medicina Legal y ciencias Forenses, realizado el 29 de agosto de 2011, prueba ordenada en el proceso (archivo 02Cuardeno 1tomo1, folio 382 y ss.) como efecto psicológico *“un cambio en su forma de ser previa resaltando una tendencia a la timidez generando un retraimiento social que persiste en la actualidad y que alcanza ámbitos como el afectivo y el sexual, sin embargo relata una vida social activa a pesar de haber recibido ocasionales tratos degradantes por la deformidad física que padece. Aunado a lo anterior, a raíz de las limitaciones físicas propias de haber perdido su extremidad superior derecha, presenta limitaciones para realizar actividades cotidianas como vestirse o preparar alimentos, limitaciones también que se han hecho evidentes para realizar actividades placenteras como jugar fútbol, nadar y de tipo laboral como caminar pues siente pronto cansancio que empeora una sensación de dolor crónico en miembro inferior derecho (...)*

Daño que conllevó, según el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, efectuado el 15 de

10 CSJ, Cas. Civ. Sent. SC10297-2014 de Ago/5 de 2014, exp. 11001-31-03-003-2003-00660-01.

marzo de 2013 (folios 425 y ss. del archivo precitado) una pérdida de capacidad laboral del 57.07 %, como allí se describe, así:

•En relación con las deficiencias se realiza calificación por amputación de antebrazo derecho, amputación de tercio externo de pie derecho, anquilosis de tobillo derecho en 30° planti-flexión, disconfort por dolor de pierna derecha.

CONCLUSIÓN

De acuerdo con las consideraciones consignadas en el análisis, el médico ponente del presente caso, propone a la Junta Regional resolver el caso así:

Dx:

- Amputación de antebrazo derecho
- Amputación de tercio externo de pie derecho
- Trastorno adaptativo

Deficiencias:

Amputación antebrazo derecho.....	28.50%	Tabla 1.85
Anquilosis de tobillo derecho en 30° planti-flexión.....	12.00%	Tabla 1.60
Amputación de tercio externo de pie derecho.....	7.00%	Tabla 1.86
Total deficiencias Capitulo II.....	32.40%	
Total deficiencias Capitulo II.....	32.40%	
Trastorno adaptativo.....	10.00%	Tabla 12.4.5
Cicatriz en pierna derecha.....	3.00%	Tabla 10.2
Disconfort por dolor de pierna derecha.....	2.50%	Tabla 2.10;11
Total deficiencias.....	35.02%	
Deficiencias.....	35.02%	
Discapacidades.....	6.80%	
Minusvalías.....	15.25%	
Total Pérdida de la Capacidad Laboral.....	57.07%	

Origen: Accidente Común

Fecha de estructuración: 20/10/1999 fecha de egreso de manejo hospitalario inicial.

YEDIR ALBEIRO BENAVIDES LADINO-1069714724

Por tanto, a más que no fue tema que se pusiera en duda por el extremo convocado, la ocurrencia del hecho dañoso se encuentran plenamente probado.

3.2. Culpa.

Como ya se reseñó, la jurisprudencia tiene por aplicable en esta clase de asuntos una presunción legal de culpa en contra de quien ejerce una actividad peligrosa, para el caso, de conducción de electricidad, circunstancia que implicaba que el extremo actor estaba exonerado de demostrar este presupuesto de la responsabilidad.

Sin embargo, corresponde a la Sala, verificar si, efectivamente, se encuentran estructuradas las conductas eximentes de la responsabilidad reclamadas por la empresa demandada, referidas a la culpa exclusiva de la víctima, en razón a que el incidente se generó producto de la

inobservancia del deber de su evitación por el lesionado cuando manipuló “cuerdas de la ropa” ; y porque “el hecho se originó por culpa de un tercero”, toda vez que las redes eléctricas de MT y BT fueron establecidas antes de que se realizara la construcción del bien.

3.2.1 De la lectura del escrito que contiene las excepciones, se puede extractar que la culpa exclusiva de la víctima se soporta en que: “al parecer por la imprudencia propia del niño y la falta de cuidado de sus padres, jugando con un alambre se enredó en las cuerdas que se mencionan...” , a lo que se le adiciona con el reparo, que fue el menor quien se acercó a las redes, generando su propio riesgo, maniobra que fue totalmente imprevisible e irresistible.

Respecto de la culpa de la víctima, la doctrina ha considerado que para que ésta influya en la responsabilidad, deben cumplirse dos características, a saber: **i)** Que tenga un vínculo de causalidad con el perjuicio; y **ii)** Que no sea imputable al demandado, es decir, que éste no haya provocado el hecho de la víctima¹¹, contexto dentro del cual el único causante del perjuicio es quien lo sufre sin que medie responsabilidad del demandado; razón por la cual la Corte Suprema de Justicia ha dicho que “Cuando la culpa del demandado es consecuencia de un hecho culposo de la víctima, no hay lugar a responsabilidad alguna por parte de aquel, porque la imprudencia de la víctima, su culpa absorbe, por decirlo así, lo imputado al demandado”¹².

No obstante lo anterior, para el caso, se tiene que la víctima, esto es, quien padeció los daños corporales con ocasión del fatídico accidente, lo fue el niño Yedir Alveiro Benavides Ladino, quien conforme al registro civil nació el 25 de abril de 1986, lo que significa que para cuando ese suceso acaeció, 1º de Septiembre de 1994, contaba con apenas ocho años, lo que conlleva, conforme al artículo 1504 del Código Civil su incapacidad absoluta, por tratarse de un impúber, quien al tenor del artículo 34 de la misma codificación son los niños y niñas que no han

¹¹ Pérez Vives, Álvaro, *Teoría General de las Obligaciones, Volumen II*, pág 342

¹² C.S.J. Cas. Civ. 25 de marzo de 1953 LXXIV 420.

cumplido catorce (14) años¹³. Por ello, el artículo 2346 del C.C., modificado por el artículo 60 de la Ley 1996 de 2019, previene que “*Los menores de 12 años no son capaces de cometer delito o culpa (...)*”

En las anteriores condiciones, se descarta que se le pudiera exigir al niño Yedir Alveiro una conducta alejada de la imprudencia, es decir, no es posible endilgarle al menor (víctima) ninguna responsabilidad respecto del daño que padeció y menos de manera exclusiva, por tanto, prontamente se advierte que dicha causal de exculpación no tiene vocación de prosperidad.

3.2.2 En lo que corresponde, al eximente de responsabilidad referido al hecho del tercero, cuyas condiciones para que se configure es que sea un acontecimiento “*imprevisible, irresistible y ajeno al demandado*”¹⁴, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en señalar que “*(...) tiene que participar en buena medida de los caracteres propios de la fuerza mayor exculpatoria, lo que al tenor de reiterada doctrina jurisprudencial le impone a los falladores la obligación de verificar la concurrencia de severas condiciones, toda vez que ‘...jurídicamente –ha dicho la Corte- no es cualquier hecho e intervención de tercero lo que constituye la causa de exoneración de responsabilidad; es necesario, entre otras condiciones, que el hecho del tercero aparezca evidentemente vinculado por una relación de causalidad exclusiva e inmediata con el daño causado, caso en el cual la responsabilidad, anexa a la noción de culpa, se desplaza del autor del daño hacia el tercero en seguimiento de la causalidad que es uno de los elementos jurídicos esenciales integrantes de la responsabilidad civil. Cuando el hecho del tercero no es la causa determinante del daño no incide en ninguna forma sobre el problema de la responsabilidad...’*”¹⁵.

En este caso, la culpa del tercero se hace consistir, en resumen, en el hecho de que el propietario, progenitores del menor, construyeron su

¹³ Dicha norma preveía que los impúberes serían desde los 7 años hasta los 14 años, para los varones y para las niñas hasta los 12 años, existía esa diferencia bajo el que las niñas llegaban primero a la pubertad. Empero, la edad se igualó a los 14 años al ser declarada inexecutable la expresión 12 años por la Corte Constitucional en la Sentencia C-534 de 2005.

¹⁴ Tamayo Lombana Alberto, *La Responsabilidad Civil Extracontractual y Contractual*, pág.456

¹⁵ Cas. Civ. 8 octubre 1992, que cita a su vez las publicadas en G. J. T. CLV, primera parte, pág. 150 y CLXV, pág. 267

inmueble cuando ya estaban instaladas las redes eléctricas de MT y BT y que la demandada no es la encargada de dar concepto sobre la viabilidad, parámetros y medidas de la construcción que fueron establecidas antes de que se realizara la misma.

Al respecto, véase que de acuerdo con lo que se desprende de la prueba documental allegada, las redes de energía eléctrica fueron instaladas en el barrio El Tejar del municipio de Fusagasugá en la década de los 80, a raíz o con fundamento en los documentos denominados como “RECIBO DE APROVECHAMIENTO, SOLICITUD PARA EL SERVICIO DE ENERGÍA e INFORME DE NOVEDADES PARA FACTURACION” visibles a folios 414 y siguientes del archivo 01Cuaderno1.pdf contenido en la carpeta 01CuadernoPrincipal del expediente digital, los cuales dan cuenta que la solicitud del servicio se elevó entre octubre y noviembre de 1985, aunque no concretamente para el predio de los padres del menor.

Así también lo admitió, el representante legal de la convocada quien manifestó que las redes fueron construidas por la empresa de energía de Cundinamarca antes Electrificadora de Cundinamarca o CELGAG en los años 1980 y específicamente en la dirección citada por el demandante cumpliendo la normatividad vigente para la instalación y construcción de las mismas, por ello *“cualquier construcción que se hiciera posteriormente debía de tener en cuenta que dicha red estaba ya construida para tener en cuenta con las distancias que la ley ordena cuando se construye un bien inmueble cerca de ellas”*.

Sobre este punto, conviene tener en cuenta que los representantes legales del menor accidentado ratificaron conocer que las redes de energía eléctrica del barrio El Tejar ya se encontraban instaladas para cuando el señor José Antonio Benavides adquirió el lote de terreno donde después construyó su vivienda, previo a distribuir o separar el inmueble para la construcción de tres apartamentos o unidades inmobiliarias; de ahí que no haya discusión en torno a la previa existencia de las comentadas redes de conducción de energía en la zona donde se construyó el inmueble en el que ocurrió la electrocución del menor Yedir Alveiro.

Así lo refirió el señor José Antonio Benavides, ante la pregunta de que informara si para la viabilidad y desarrollo del proyecto objeto de la licencia de construcción que obtuvo en el año 1991, tuvo que solicitar a Planeación Municipal o a la empresa de energía de Cundinamarca las modificaciones o reubicación de redes o líneas de energía que ya se encontraban extendidas en la zona para que pudiera construir su vivienda, manifestó: *“eso no se hizo”* (Cfr. fl. 625 ib.); y que la señora Ladino Cubillos aseveró que su esposo le dijo que había mandado una carta a la electrificadora recién estaban construyendo *“pero no se encuentra la copia y lo otro fue que él personalmente a la electrificadora para que fueran a mirar, pero ellos nunca fueron al predio a visitar”* (Cfr. fl. 624 ib.), lo cual quedó desprovisto de acreditación.

Sin embargo, ello no es suficiente para tener por demostrado que el hecho resulta atribuible a los padres del menor porque, en verdad, no hay prueba que indique cuáles fueron las normas técnicas que existían para cuando *“la empresa de energía de Cundinamarca antes Electrificadora de Cundinamarca o CELGAG en los años 1980”* tendió las redes y que aquellos desconocieron al momento de construir su inmueble.

Al respecto, en el interrogatorio de parte de la representante legal de la electrificadora demandada, al respecto refirió: *“... esa zona de ese barrio y específicamente de la dirección citada era una zona rural por lo tanto cualquier construcción que se hiciera posteriormente debía de tener en cuenta que dicha red estaba construida para tener en cuenta con las distancias que la ley ordena cuando se construya un bien cerca de ellas”* (fol. 673 digital)

Por su parte, el señor Orlando Duque Henao, en su condición de ingeniero electricista de la empresa demandada, para el Distrito de Fusagasugá, al ser preguntado, *“si sabe a qué distancia mínima del frente de las viviendas deben estar las líneas de energía de alta tensión”*, al respecto expresó:

“existe una normatividad en la cual se determina las distancias mínimas de seguridad para diferentes casos específicos dependiendo la construcción como tal, entonces la respuesta es muy inexacta porque tendíamos (sic) que ver el caso particular al que se refiere el doctor. PREGUNTADO: Dígame al Juzgado, teniendo en cuenta su profesión que es Ingeniero electricista, a que distancia más o menos deben estar las personas de las líneas de alta tensión para evitar algún riesgo peligro de accidente. CONTESTO: Cuando nos referimos a las líneas de alta tensión se debe tener en cuenta el nivel de tensión específico del cual estamos hablando, existen líneas de 13.200 voltios, de 34.500 voltios y 115.000 voltios en la ciudad de Fusa, cada una de estas líneas debe tener en cuenta unas distancias mínimas de seguridad porque además de la energía de transportan presentan un fenómeno llamado campo eléctrico que no permite que una persona que no tenga las precauciones adecuadas se acerque a alguna de estas redes. PREGUNTADO. Significa lo anterior que si una persona se acerca demasiado puede ser atraída por dicho campo eléctrico de alta tensión hacia la red. CONTESTO: En el caso que una persona se acerque sin las medidas mínimas de seguridad a una de las líneas que describí anteriormente puede ser atraída o rechazada por la línea, por las características del campo eléctrico que antes hablaba. PREGUNTADO. De acuerdo con un informe practicado a la vivienda de la familia Benavides ladino, obrante a folio 33 y siguientes del cuaderno uno, se habla de que las redes que cruzaban por el frente de dicha vivienda son de 13.2 kilovatios. CONTESTADO: Por ese barrio según las direcciones pasa una red de 34.5 kilovatios y una red de 13.200 kilovatios. PREGUNTADO: Diga si las líneas de 13.2 kilovatios son de alta tensión y a que distancia debe permanecer una persona para que no signifique riesgo de accidente, CONTESTO: Las líneas de 13.2 Kilo vatios están catalogadas en media tensión, no pertenecen al grupo de alta tensión, y la distancia mínima de seguridad sin ningún tipo de construcción que se debe tener en cuenta para evitar cualquier posible riesgo es de 50 centímetros. PREGUNTADO por el señor Juez, Explique si hay construcción a que distancia debe estar una persona CONTESTO: Debería ver la norma en cada caso particular porque hay muchos casos.”

Más adelante ante la insistencia de una pregunta para que respondiera cuál sería la distancia mínima de seguridad, para no generar peligro aquellas personas que habitan cerca de los 13.200 kilovatios
CONTESTO: *“Las distancias mínimas de seguridad, digo nuevamente, deben ser observadas en las normas que existen para tal fin, teniendo en cuenta la variedad de casos específicos que pueden existir, para una línea de 13.200 me puedo acercar sin correr ningún tipo de riesgo y sin que haya ningún tipo de construcción a 50 centímetros. PREGUNTADO: En el caso de construcción a nivel lateral, debe ser la distancia: RESPONDIÓ: Definitivamente desde el punto de vista técnico, existen muchas variables para definir este tipo de preguntas, ejemplo si hay ventanas, balcones, terrazas, si es un ángulo de esquina, en fin es complicado, si es terraza y los cables pasan por un lado, debe estar más o menos a 1.50 metros, conformado con datos técnicos, estando a la misma altura del piso de la terraza.”*

Se le suma a lo anterior, que la construcción donde ocurrió el accidente no se trató de una informal, por el contrario, la misma cuenta con la correspondiente licencia de la Alcaldía de Fusagasugá, Planeación Municipal, otorgada el 4 de diciembre de 1991, para una vivienda multifamiliar, tres apartamentos, como así aparece en la prueba que se aportó (Cdigitalizado folios 76 y 77) y, tampoco se demostró dentro de este trámite que en la construcción del inmueble dicha licencia se hubiese desconocido.

Además, la parte actora aportó una certificación expedida por la Alcaldía de Fusagasugá conforme a la cual *“Realizada la visita de inspección ocular al predio identificado con número catastral 01-00-0389-0016-000 ubicado en la calle 10A No. 2-07 del barrio El Tejar, se constató que esta construcción cuenta con la licencia No. 496 de fecha 4 de diciembre de 1991 expedida por la Oficina de Planeación Municipal, además se verificó que se está respetando el parámetro de acuerdo a la demarcación expedida para el proyecto No. 3307”*; que el parámetro para el predio es de siete metros de calzada, uno punto cincuenta metros de andén y dos metros de antejardín; e igualmente que *“El barrio El Tejar del Municipio de Fusagasugá, cuenta con Personería Jurídica reconocida*

mediante Resolución No. 2344 de agosto 12 de 1981 emanada del Ministerio de Gobierno” (Cfr. fl. 471 archivo 01Cuaderno1.pdf del expediente digital) la que, aunada a dicha licencia de construcción, ilustra que no violaron las normas urbanísticas o de construcción o, al menos, la parte convocada no acreditó lo contrario.

Ahora, de admitirse que la construcción donde ocurrió el accidente se levantó violando las reglas técnicas de energía eléctrica que para el momento del accidente existían, lo cierto es que esa situación no resulta imprevisible e irresistible frente a la demandada en su condición de custodio del servicio que presta y se lucra, además, de la actividad peligrosa que desarrolla, si se tiene en cuenta que, las empresas prestadoras del servicio de energía eléctrica sólo pueden instalar el servicio si el inmueble se encuentra en las condiciones previstas por ellas, como así lo establece el artículo 129 de la Ley 142 de 1994; luego la demandada al momento de situar ese servicio en el inmueble donde ocurrió el accidente, debió advertir que la construcción no cumplía con los requisitos técnicos al momento de la instalación del servicio y abstenerse de hacerlo y/o realizar ella misma las adecuaciones pertinentes en sus redes, como así se deduce del contenido de la misma Ley.

Por tanto, al ser obligada la empresa de energía eléctrica, demandada, a la inspección y mantenimiento de tales redes eléctricas, resulta atinada la conclusión del *a quo* en torno a que a la entidad convocada le asiste responsabilidad y a que no encontraba cabida la culpa imputable al tercero, padres de la víctima, simple y llanamente bajo los considerando del perito Luis Jesús Caicedo Torres, como se propone en la censura, toda vez que la exceptiva en tal dirección no dependía del estado de conservación de las redes eléctricas, sino de la acreditación de que dicho elemento de la responsabilidad recaía en el extremo actor, lo cual no quedó debidamente demostrado como se indica en la alzada, a partir del estado de las redes eléctricas.

Aunado a lo anterior, no se puede perder de vista que la exceptiva en comento estuvo enfocada a endilgar la culpa a los padres de la víctima

y a procurar hacer valer la inexistencia de la responsabilidad reclamada, empero, no bajo la orientación de una fuerza mayor, que es el sustento en que, ahora, se basa la alzada en este puntual aspecto al invocar la maniobra imprevisible e irresistible del menor Yedir Alveiro al tener contacto con las cuerdas de ropa de su vivienda al momento de la electrocución, lo cual, si bien pudo reportar incidencia en la ocurrencia del hecho, no fue lo determinante y concreto en su producción, razones todas que descartan la viabilidad del tercero de los reparos formulados por la demandada.

En consecuencia, como los eximentes de responsabilidad, cualesquiera que sean, deben ser ajenos a la actividad que desarrolla la demandada *“ya que si era evitable y no se tomaron, por imprudencia o descuido, las medidas conducentes para eliminar el riesgo de su ocurrencia, la imputabilidad a ese demandado es indiscutible...”*¹⁶ como acontece en éste asunto.

3.2.2.1. En este punto, respecto al invocado defecto fáctico por la no valoración del acervo probatorio, se tiene que no le asiste razón al extremo demandado toda vez que frente a los testimonios no hay mérito para restar fuerza a la labor de apreciación efectuada, por el hecho de que algunos de los deponentes hayan ratificado lo vertido en las declaraciones extraproceso allegadas, a lo que se suma que dieron cuenta de lo que conocieron, por ejemplo en cuanto a la existencia de una pared en la terraza de la vivienda en bloque, a una altura de un metro aproximadamente, al igual que la empresa electrificadora retiró los cables a los cuatro meses de sucedido el accidente, lo que informaron debido al conocimiento propio de dicha situación (Cfr. Fols. 794 y siguientes ibidem).

Y aun cuando de los interrogatorios de parte absueltos por los representantes legales del menor Yedir Alveiro se puede inferir que edificaron en el lote que adquirieron, así como que el menor no se encontraba acompañado de un adulto al momento de la ocurrencia de los hechos, lo cierto es que de sus manifestaciones no se desprende que

¹⁶ Sentencia 8 de octubre de 1992

hayan construido con violación a las normas urbanísticas, como se lo endilgó la demandada y, aunque ello hubiese sido así, como ya se expuso, no tiene la virtualidad de excusar su responsabilidad, menos, cuando corroboró que retiró los cables de media y baja tensión cercanas a la vivienda de Yedir Alveiro con posterioridad a la electrocución que sufrió el 1° de septiembre de 1994.

Véase que en su recurso, la demandada refiere que es claro que las distancias mínimas de seguridad establecidas en el RETIE no se cumplían en el momento del accidente, aunque, en su sentir, porque el propietario del bien al construir la cuarta placa de su vivienda acercó de manera imprudente e ilegal la edificación a la red eléctrica sin dar aviso a la empresa prestadora del servicio de energía eléctrica, lo cual se limitó a manifestar o exteriorizar, sin que exista prueba de lo dicho, máxime cuando obran otras pruebas como la certificación de la Alcaldía de Fusagasugá conforme a la cual el inmueble respeta los parámetros de acuerdo a la demarcación.

Y frente a los dictámenes periciales, se observa que el indicado por el apoderado de la demandada, rendido por el auxiliar Luis Jesús Caicedo Torres, fue objetado por error grave al punto que fue materia de un nuevo decreto de prueba similar rendida por el perito Fabio Prieto Pasacagasa, en cuya aclaración y complementación, a la solicitud de que informara, *“En la pregunta seis del dictamen debe ser complementado en el sentido de indicar si las líneas 13,2 KV que pasa cerca al inmueble donde ocurrió el accidente cumple con las normas técnicas de distancias para la época de los hechos”*, precisó que *“Para la época de los hechos la distancia mínima de seguridad, referida en el punto anterior al estar la línea de media tensión directamente del poste número 1 al poste número 3, la distancia era aproximadamente menor a 1 metro y no cumplía la distancia mínima de seguridad exigida en la norma”* (Cfr. fl. 46 archivo 02Cuaderno1Tomo1.pdf contenido en la carpeta 01CuadernoPrincipal que hace parte de la nominada PrimeraInstancia del expediente digital).

Esto último, se advierte, sirvió para refutar las conclusiones a las que arribó el primer auxiliar en punto a que la construcción no siguió el parámetro de las viviendas vecinas, no cumplió la norma ni la licencia de construcción y que los valores o medidas fueron violados con la construcción de la vivienda; además, porque con la demanda se allegó un informe técnico, elaborado por Gilberto Apolinar Salcedo, que guarda consonancia y coherencia con lo conceptuado por el perito que rindió dictamen para demostrar el error grave endilgado al realizado por Luis Jesús Caicedo Torres, lo cual denota que no anduvo desacertado el *a quo* al desechar las conclusiones a las que arribó este último colaborador de la justicia.

En todo caso, conforme a la Ley 142 de 1994, la conducta de los padres no exime de responsabilidad a la demandada, empresa de energía eléctrica, de su obligación de hacer el mantenimiento a sus redes y adoptar los correctivos para brindar un servicio eficiente, compromiso que adquiere desde su instalación, toda vez que deberá abstenerse a ello si el inmueble no se encuentra en las condiciones previstas por la empresa (artículo 129); además, que para cumplir con la función social de la propiedad, como entidad prestadora del servicio público de suministro de energía eléctrica, tiene a su cargo la obligación de proporcionarlo de manera eficiente, tarea que no sólo se logra con la realización del mantenimiento y reparación de sus redes, sino también con la verificación de que ellas cumplan con los estándares de calidad y seguridad, en protección del usuario (artículos 11.1, 28 inc. 2, 139).

En ese orden de ideas, se tiene que no encuentra acogida el segundo de los reparos formulados por la demandada, en tanto quedó desvirtuado el yerro en la apreciación de las pruebas en que está fundada dicha inconformidad.

3.3. Nexo de causalidad

Respecto del nexo causal, la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia expresa: *“El fundamento de la exigencia del nexo causal entre la conducta y el daño no sólo lo da el sentido común, que*

requiere que la atribución de consecuencias legales se predique de quien ha sido el autor del daño, sino el artículo 1616 del Código Civil, cuando en punto de los perjuicios previsibles e imprevisibles al tiempo del acto o contrato, señala que si no se puede imputar dolo al deudor, éste responde de los primeros cuando son “consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento”. Por lo demás, es el sentido del artículo 2341 ib. El que da la pauta, junto al anterior precepto, para predicar la necesidad del nexo causal en la responsabilidad civil, cuando en la comisión de un “delito o culpa” –es decir, de acto doloso o culposo- hace responsable a su autor, en la medida en “que ha inferido” daño a otro.(...)”¹⁷

Si se tiene en cuenta el anterior precedente, lo hasta ahora expuesto, sirve para tener por configurada la relación de causalidad necesaria para la viabilidad de esta clase de acciones, puesto que quedó demostrado que las lesiones que sufrió el niño Yedir fue producto del accidente eléctrico que padeció ese 1º de septiembre de 1994, bajo las circunstancias de tiempo, modo y lugar descritas en la demanda, esa fue la causa y no otra.

Lo anterior también descarta el planteamiento de la censura orientado a hacer valer no solo la ausencia de los elementos de la responsabilidad reclamada, porque en efecto están presentes, sino también la indebida valoración probatoria que se endilga a la sentencia de primera instancia, atendido que es indiscutible que las pruebas recaudadas en el proceso convergen en tener por probados el daño y la relación de causalidad indispensables para la prosperidad de esta acción.

3.4 De la cuantificación del daño.

En cuanto al daño, sabido es que no solo basta con que se afirme, sino que se debe establecer, determinar y cuantificar, para lo cual el interesado puede acudir a cualquiera de los medios de persuasión estatuidos en la ley adjetiva, radicándose la carga de la prueba en quien

¹⁷ CSJ. Sent. Cas Civ. Sep. 26/2002 Exp. 6878 MP Jorge Santos Ballesteros

pretenda ser reparado (*actori incumbit probatio*), incumbiéndole al juzgador, bajo la égida de la sana crítica, su análisis, en aplicación de lo establecido en el artículo 164 C.G.P.

Empero, también debe considerarse como criterio o parámetro válido para establecer, al menos el lucro cesante, la presunción de que el afectado que adquiere la capacidad para laborar al menos devenga el salario mínimo legal vigente, proceder que ha sido avalado por la jurisprudencia, entre otras, en la providencia CSJ SC 6 ago. 2009, al decir que: *“Por consiguiente, con apoyo en los citados principios, ante la falta de otros elementos de juicio, la Corte acoge el salario mínimo legal como base para establecer el ingreso mensual de (...), cuya productividad fue lesionada con ocasión del suceso generador de la responsabilidad atribuida a la opositora, es decir, cual lo dijo la Sala en otra ocasión, que ‘la pauta para establecer el valor mensual... tiene que ser, a falta de otra prueba categórica sobre el particular, el salario mínimo por mensualidades’ (...).”*¹⁸.

Para el caso, al reformar y/o adicionar la demanda (folios 522 y siguiente Archivo 01Cuaderno1) se reclamó como daños del demandante un lucro cesante futuro revalorizado de \$ 348.239.608.28; un daño emergente de \$ 150.000.000,00 correspondiente a todos los gastos y pérdidas de capital sufridos por los padres por la atención médica dispensada a la víctima; y perjuicios morales, 2000 gramos oro.

Como se relató, la sentencia de primera instancia reconoció en favor del Yedir Alveiro la suma de \$177.340.540 (\$61446.322 por lucro cesante pasado y \$ 115.894.218 por lucro cesante futuro); el equivalente a 70 salarios mínimos legales mensuales vigentes por daño moral y otro tanto por el daño fisiológico o daño a la vida de relación; empero, negó el daño emergente, que se estableció por el perito en la suma de \$ 88.229.000,00 consistente en el valor de su prótesis.

Respecto al daño moral objetivado lo determinó el fallador de instancia de acuerdo con las demás probanzas recaudadas,

18 CSJ. Sent Cas Civ SC 6 ago. 2009

concretamente las documentales que dan cuenta de la atención médica y en salud, en su momento, del menor Yedir Alveiro, a raíz de las secuelas con que quedó y que se han perpetuado en el tiempo, por ser irreparables, al tratarse de amputación en sus extremidades.

Sobre dichos montos se repara por la parte actora quien reclama se actualicen con base en el salario vigente al emitir la sentencia teniendo en cuenta que el perito realizó su trabajo con base en él, experticia data del 2014, montos que se deben indexar, como lo pidió al reformar la demanda. Solicitó, además, que se condene a la demanda por el costo de la prótesis.

En este punto, le asiste razón parcial al demandante apelante, por ello debe la Sala, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 283 del C.G.P., extender la condena en concreto hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia.

Lo anterior, en razón a que revisados los valores que el juzgado de conocimiento reconoció como indemnización, además que simplemente se tuvieron en cuenta tal y como se plasmaron en el dictamen pericial elaborado el 12 de agosto de 2014 (archivo digital 02Cuaderno1Tomo1, folios 462 y ss.) no se consideró el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del señor Yedir, pues si bien sufrió graves consecuencias con el acontecimiento ya reseñado, no se encuentra con absoluta discapacidad que le impida desarrollar alguna actividad lucrativa.

Para el caso, como ya se citó, el porcentaje de la pérdida, de acuerdo al dictamen de pérdida de capacidad laboral, según lo determinó la Junta Regional de Invalidez de Cundinamarca y Bogotá, Sala No.1, el 26 de marzo de 2013 (archivo digital 02Cuaderno1Tomo1, folios 425 y ss.) se estableció en 57.07% (Deficiencias 35.02%; discapacidades 6.80%; minusvalías 15.25% para un total de 57.05%)

Luego será tal porcentaje del salario que se le podrá reconocer como perjuicio para la fecha en que adquirió la mayoría de edad, año 2004¹⁹,

¹⁹ Salario mínimo mensual vigente para el año 2004: \$358.000

el que se considere para liquidar el lucro mencionado: $\$358.000 \times 57.07\% = \mathbf{\$204.310,6}$

En ese orden, tenemos que la fórmula para actualizar el anterior valor es la siguiente:

$$VP = VA \times \frac{IPC \text{ Final (febrero 2023)}}{IPC \text{ inicial (abril 2004)}}$$

Donde: $VP = \text{valor presente}$; $VA = \text{valor actualizado}$

Así, al aplicar los valores a la anterior fórmula tenemos que:

$$VP = \frac{\mathbf{\$204.310,6} \times 130.40}{54.96}$$

$$VP = \mathbf{\$484.754}$$

Entonces, será el valor resaltado el que se deberá reconocer como base para establecer el “*lucro cesante pasado*”, desde la fecha en que era probable el inicio de su desempeño laboral, abril de 2004, hasta la calenda de elaboración del dictamen pericial, agosto de 2014, es decir, 124 meses como “*lucro cesante pasado*”, incluido el interés del 6% anual, así:

$$VA = LCM \times Sn$$

Donde ***i*** **VA** corresponde al valor actual del lucro cesante, incluidos los intereses del 6% anual; ***ii*** **LCM** el lucro cesante mensual actualizado; ***iii*** **Sn** el valor acumulado de la renta periódica de un peso pagado ***n*** veces a una tasa de interés ***i*** por periodo. De igual manera, para hallar **Sn**, tenemos que su fórmula es $Sn = (1 + i)^n - 1$, donde ***i*** = a la tasa de interés por periodo y, ***n*** = el número de meses a liquidar. Así tenemos que:

$$\mathbf{LCM} = 484.754$$

$$\mathbf{Sn} = \frac{(1 + 0.005)^{124} - 1}{0.005}$$

0.005

$$n = 171.21$$

$$VA = \$484.754 \times 171.21$$

VA = \$82.994.732,3 valor a pagar por concepto de “lucro cesante pasado”.

Ahora, para efectos de cuantificar el “lucro cesante futuro”, deviene importante recordar que para ello resulta pertinente considerar el tiempo de vida probable del lesionado de acuerdo con las tablas de supervivencia o vida probable de la Superintendencia Financiera en la Resolución 110 de 2014, “por la cual se adoptan las tablas de mortalidad para la población del Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos – BEPS”.

Si ello es así, se ha de tener en cuenta que **i)** el señor Yedir demandante nació el 25 de abril de 1986; **ii)** para la fecha del accidente –septiembre de 1994- contaba 8 años, lo que significa que, de acuerdo con el contenido de la citada resolución, su vida probable -para la fecha de los hechos- era de 62.2 años, es decir, 746.4 meses y, **iii)** que el ingreso base mensual de su salario, luego de actualizar y reducir los valores ya explicados, tal como se explicó en líneas anteriores, es de \$484.754.

Entonces, tenemos a que a partir de la fecha de liquidación y por la vida probable, deberá reconocérsele los valores ya explicados, eso sí, descontando los intereses y los 124 meses por los cuales se calculó el lucro cesante pasado. Por consiguiente, se deberá liquidar la indemnización así:

$$VA = LCM \times Ra$$

Donde **i) VA** corresponde al valor del lucro cesante futuro; **ii) LCM** el lucro cesante mensual y, **iii) Ra** el descuento por pago anticipado. De igual manera, para hallar **Ra**, tenemos que su fórmula es $Ra = \frac{(1+i)^n - 1}{1(1+i)^n}$ donde **i** = tasa de interés por periodo y, **n** = el número de meses a liquidar (746.4 – 124). Así tenemos que: 622.4

$$\text{LCM} = 484.754$$

$$\text{Ra} = \frac{(1 + 0.005)^{622.4} - 1}{0.005 (1+0.005)^{622.4}}$$

$$\mathbf{n} = 191.80$$

$$\text{VA} = \$484.754 \times 191.80$$

VA = \$92.975.817,2 valor que corresponde a la suma a pagar por concepto de “lucro cesante futuro”.

TOTAL LUCRO CESANTE: \$175.970.549,50

(pasado 82.994.732,3, futuro \$92.975.817,2)

Por tanto será ese valor el que se le reconocerá, sin que haya lugar a indexación porque al actualizar con base en el IPC, esa operación contiene el componente inflacionario.

3.4.1 En cuanto al valor incluido en el dictamen como costo de la prótesis, si bien es cierto que aún no se ha comprado, también lo es que el mandato contenido en el artículo 2341 del Código Civil obliga a que todo el daño inferido a otro mediante la comisión de un delito o de una culpa debe ser indemnizado por el que lo cometió, ello a tono con el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 que prevé que esa condena atienda los principios de reparación integral y equidad.

Sobre este punto, acude el Tribunal a lo que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia²⁰ ha expresado:

“Una vez establecidos los presupuestos de la responsabilidad civil, el juez debe cuantificar el monto concreto de cada tipo de daño que haya quedado probado, los cuales no tienen que ser ‘ciertos’ cuando se refieren al futuro, pues según los axiomas de la lógica, es una verdad irrefutable que las cuestiones que atañen al porvenir son siempre contingentes y escapan al ámbito de la certeza o la necesidad, lo cual es tan obvio que no merece ser discutido; por lo que los perjuicios futuros se establecen

²⁰ CSJ. Sent Cas Civ SC9193-2017 de 28 de junio de 2017, Exp. 11001 31 03 039 2011 00108-01

mediante criterios de probabilidad a partir de las reglas de la experiencia y los cálculos actuariales; lo que impide considerarlos como meras especulaciones o conjeturas.

La reparación integral de los perjuicios exige, de igual modo, que en cada caso el juez tome en consideración las circunstancias específicas en que tuvo lugar el hecho dañoso; pues no es lo mismo indemnizar a la víctima del perjuicio, a sus familiares de primer orden, a sus parientes de segundo orden, o a un tercero que también resulta damnificado. Como tampoco es indiferente la intensidad del detrimento, pues hay lesiones muy graves, medianamente graves y poco graves.

Estos criterios deben ser tomados en consideración por el sentenciador al momento de tasar la condena en concreto, según su arbitrium iudicis y fundamentando su decisión en las reglas de la sana crítica.”

Lo anterior significa que el juez tiene la obligación de ordenar la indemnización plena y ecuaníme de los perjuicios que sufre la víctima y que son jurídicamente atribuibles al demandado, de suerte que el damnificado retorne a una posición lo más parecida posible a aquélla en la que habría estado de no ser por la ocurrencia del hecho dañoso. De ahí que la reparación integral y equitativa signifique tanto la obligación legal de resarcir todos los daños ocasionados a la persona o bienes del lesionado, como la restricción de no sobrepasarlos, pues la indemnización no es en ningún caso fuente de enriquecimiento.”

Para el caso, según los documentos de la historia clínica que se trajeron como prueba, quedó demostrado que por razón de las quemaduras eléctricas a Yedir Alverio se le practicó amputación de miembro superior derecho a nivel de 1/3 proximal de antebrazo; tampoco hay duda, que el ser humano necesita de sus dos miembros superiores para el desarrollo normal de sus actividades cotidianas, lo que se le dificulta en sumo cuando pierde uno de ellos.

Al respecto, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (29/08/2011) dictaminó que: *“a raíz de las limitaciones físicas propias de haber perdido su extremidad superior, presenta limitaciones para realizar actividades cotidianas como vestirse, preparar alimentos, limitaciones también que se han hecho videntes para realizar actividades placenteras ...”*; por tanto, considera el Tribunal que ese daño se repara en parte con el uso de una prótesis, la que pondrá a Yedir en *“una posición lo más parecida posible a aquélla en la que habría estado de no ser por la ocurrencia del hecho dañoso”*, como así lo afirma la Corte.

En esas condiciones, si bien es cierto que esa prótesis no se ha comprado, la Sala no encuentra impedimento para reconocerle, a título de daño emergente, el valor por el que se cotizó (\$88.229.000,00, folio 458 archivo 02Cuaderno1Tomo1) toda vez que con ello podrá adquirirla.

Lo acá concedido, no admite consideración sobre lesión al principio de congruencia de la sentencia, o concesión extra o ultra petita, en razón a simplemente corresponde a la forma en que se debe reparar el daño que Yedir Alveiro sufrió. En consecuencia, en tal sentido habrá de adicionarse la sentencia recurrida.

4. De otro lado, respecto el reparo que sobre costas procesales le hace la parte demandada a la sentencia, se debe decir que tampoco tiene procedencia por esta vía, visto que el numeral 5° del artículo 366 del C.G.P., es claro en prever que la liquidación de expensas y el monto de las agencias en derecho **sólo** podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas.

Hasta aquí, es claro que ninguno de los reparos formulados por la demandada tiene vocación de mutar la decisión cuestionada; y en cuanto a la parte demandante se hará la modificación de la condena en los términos que se encuentran establecidos.

5. Analizado como está que concurren en este asunto el daño y la relación causal con base en la cual se puede estructurar la

responsabilidad que se reclama a la sociedad convocada, se impone confirmar la sentencia apelada, con las modificaciones antedichas respecto del monto del daño, con la consecuente condena en costas de esta instancia a cargo de la demandada, propósito para el que la Magistrada Sustanciadora señala la suma de \$6.767.411,00 equivalente al 2% del valor de las pretensiones confirmadas, como agencias en derecho en esta instancia, atendiendo lo establecido en el numeral 1.1, artículo 6° del Acuerdo No. 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral CUARTO, de la sentencia proferida por el Juzgado 51 Civil del Circuito de Bogotá, el 5 de marzo de 2020, en el sentido de CONDENAR a la sociedad EMPRESA DE ENERGIA DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. hoy CODENSA S.A. E.S.P. a pagar al demandante YEDIR ALVEIRO BENAVIDEZ LADINO la suma de \$82.994.732,30 por concepto de lucro cesante pasado y \$92.975.817,20 a título de lucro cesante futuro, conforme a la liquidación efectuada en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral quinto de la antedicha sentencia, para CONDENAR a la precitada sociedad a pagar al mencionado demandante la suma de \$88.229.000,00 a título de daño emergente, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

Las anteriores condenas deberán pagarse dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, a partir de allí correrán los intereses civiles legales; y las mismas serán extensivas a la llamada en

garantía, sociedad LA PREVISORA S.A., COMPAÑÍA DE SEGUROS, en la forma prevista en el numeral sexto de la providencia apelada.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de fecha y procedencia pre anotadas, de acuerdo con lo decantado en precedencia.

CUARTO: CONDENAR en costas de esta instancia al extremo demandado. Liquidense conforme lo establece el artículo 366 del C. G. del P., teniendo en cuenta la suma de \$ \$6.767.411,00 por concepto de agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE,

Los Magistrados,

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

(en uso de permiso)

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.,

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: **ee3762add0cb31ec5607622b17dc2f3ff8a53a9ef21fcb31b4ea51b6d8bf87e4**

Documento generado en 13/04/2023 03:56:16 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 SUSTANCIADORA

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Bogotá D.C., trece (13) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Asunto. Proceso Verbal (Enriquecimiento sin Justa Causa) promovido por la sociedad Petroleum Exploration International S.A. Sucursal Colombia en Liquidación contra Xplore Drilling Service Sucursal Colombia.

Rad. 33 2021 00583 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 de 12 de abril de 2023, según acta N°12 de la misma fecha.

Se resuelve el recurso de apelación que interpuso el extremo demandante contra la sentencia que profirió el Juzgado Treinta y Tres Civil del Circuito de Oralidad de Bogotá el 7 de febrero de 2023.

I. ANTECEDENTES

1. El apoderado judicial de la sociedad Petroleum Exploration International S.A. formuló demanda en contra de la sociedad Xplore Drilling Services Sucursal Colombia, con el fin de que se declare que se enriqueció sin causa, debido al aumento injustificado en su patrimonio y a la disminución correlativa en el de su representada, por ende, pidió que se le ordene pagar a título de indemnización la suma de “\$828.789.927” así como

el pago de intereses legales sobre ese valor desde el 13 de diciembre de 2018, y que se le condene en costas.

2. Como fundamento de las anteriores pretensiones, explicó que la sociedad convocante estuvo incurso en trámite de reorganización empresarial ante la Superintendencia de Sociedades desde el 26 de noviembre de 2009; que tal acuerdo se confirmó el 9 de octubre de 2012, empero, debido al incumplimiento del pago de varias obligaciones, el 25 de septiembre y 12 de noviembre de 2019, la citada entidad ordenó *“la terminación del acuerdo y la apertura de la liquidación de la compañía”*, la que en ese estado se encuentra desde el 11 de diciembre del mismo año; y que la liquidadora designada se posesionó el 14 de enero de 2020 y se dispuso el embargo y secuestro del activo liquidable que inició el 6 de octubre de 2020.

Que en virtud de tal diligencia, se hizo presente el señor Luis Molina, en su calidad de secuestre de los bienes embargados a Xplore Drilling Services con ocasión al proceso ejecutivo N°2018-00472 que Inversiones Castañeda Cely promovió en su contra y que cursó en el Juzgado 3 Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá, en especial, del equipo de perforación RIG XD 03 Dreco Mastil Estructural 2000 HO junto con sus accesorios periféricos, y que está en el *“Parque Agroindustrial El Retiro ubicado en Mamatoco a 5 km de Santa Marta”*.

Resaltó que la demandante y la demandada hacían parte del Consorcio denominado Petroleum Drilling Services y que el ex representante legal de Petroleum Exploration lo es ahora de la convocada; que por esa calidad, es evidente que no presentó oposición alguna a la diligencia de secuestro celebrada el 13 de junio de 2018, toda vez que era de su completo conocimiento que el equipo es de propiedad de la actora; y que por ello no le quedó otro mecanismo judicial para *“recuperar el bien reclamado y remediar el desequilibrio”*, que promover la acción que ahora nos ocupa.

3. Admitida la demanda y notificada a la sociedad demandada, no la contestó ni propuso medio exceptivo alguno.

4. Surtido el trámite, el Juez a quo profirió sentencia en la que negó las pretensiones de la demanda, decretó la terminación del proceso y condenó en costas a la parte demandante.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

De manera inicial se refirió a los presupuestos procesales y resaltó que en el litigio no se advierte vicio de nulidad alguno.

Con relación a la acción de enriquecimiento sin justa causa, recordó los presupuestos necesarios para declarar su prosperidad y aseguró que en este asunto no se cumplen, toda vez la parte demandante no ejerció otros medios de defensa judicial que tuvo a su alcance, como la oposición a la diligencia de secuestro, no se demostró que el desplazamiento del patrimonio de una parte a la otra, hubiere sido sin una causa jurídica.

Agregó que tampoco se probó que los bienes fueran propiedad de la demandante, o que con el producto de los mismos se hubiese pagado las obligaciones que contrajo la demandada con la sociedad ejecutante en donde resultaron secuestrados; y que no se advierte que ya fueron rematados.

Resaltó que en el asunto no se cumplió con la carga de la prueba, en la medida que para la prosperidad de las pretensiones era necesario aportar suficiente material probatorio que lograra reconstruir los hechos y que demostraran con suficiente claridad, por ejemplo, cuáles eran los patrimonios de las partes y de qué manera se empobreció el de la demandante para acrecentar injustificadamente el de la demandada.

Por último, indicó que en el informe final de la liquidación ni en los estados financieros de los años 2018-2019, en la propiedad planta y equipo de la sociedad demandante, tampoco se advierte que tales bienes hayan sido inventariados, razón por la que no fue posible establecer que la demandada se apropió de ellos.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la sociedad demandante interpuso recurso de apelación, y para ello resaltó que: **i)** sí se comprobó la disminución del patrimonio de su representada y el aumento injustificado en el de la demandada.

Lo anterior, porque a pesar de que la demandada también esta incurra en el trámite de reorganización ante la Superintendencia, y el proceso ejecutivo en el que los bienes resultaron secuestrados se incorporó al mismo, ya se cumplió con el embargo y secuestro de los bienes, luego ahora serán parte de la adjudicación en ese proceso y, no como debe ser, para la adjudicación en la liquidación judicial de su representada, aquí demandante.

Debido a lo anterior, pidió que **ii)** se valore en debida forma no solo las actas de secuestro, sino los informes finales de liquidación presentados ante la Superintendencia de Sociedades, así como los estados financieros de 2018 y 2019, pues allí se relacionaron los bienes objeto de la controversia en la “*propiedad, planta y equipo*” de la sociedad demandante.

También resaltó que **iii)** el acrecimiento del patrimonio de la demandada se comprueba a partir que los bienes fueron embargados y secuestrados en el proceso ejecutivo del que se deriva la disminución del patrimonio que el juez echó de menos y el aumento en el de la convocada, reiteró que el equipo debía ser parte de la liquidación judicial de Petroleum Exploration para ser adjudicados a los acreedores, pues tal como lo admitió el representante de la demandada, son de su propiedad.

Al descorrer el traslado, el extremo convocado pidió que se declare desierto el recurso de apelación, tras estimar que se sustentó que manera somera y general y, agregó que en el asunto no se aportó prueba alguna que demuestre que existió un enriquecimiento en su patrimonio a partir del empobrecimiento de la demandante.

IV. CONSIDERACIONES

1. No hay duda de la configuración de los presupuestos procesales que permiten no solamente dar inicio al proceso, sino también que culmine con una sentencia que resuelva sobre el fondo.

En efecto, se cumple con la jurisdicción y competencia en cabeza de los jueces civiles del circuito en primera instancia, tratándose de la acción por enriquecimiento sin justa causa; capacidad de los intervinientes para ser parte y comparecer al litigio y la demanda en forma. Además, no se observa vicio con identidad anulatoria, lo que admite proferir la decisión que de la segunda instancia se reclama, dentro de los límites de los reparos del apelante único, conforme lo impone el artículo 328 del Código General del Proceso, puesto que el recurso, contrario a lo que afirma la parte demandada, se sustentó.

2. Para resolver los reparos formulados contra la sentencia de primera instancia, es necesario relievar que la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil, tiene sentado que el *“enriquecimiento sin causa estriba en el principio general de derecho de que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro”*, y que son cinco sus elementos constitutivos:

“1° Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no sólo en el sentido de adición de algo sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio.

2° Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento. “Es necesario aclarar que la ventaja del enriquecido puede derivar de la desventaja del empobrecido, o, a la inversa, la desventaja de éste derivar de la ventaja de aquél. “Lo común es que el cambio de la situación patrimonial se opere mediante una prestación dicha por el empobrecido al enriquecido, pero el enriquecimiento es susceptible de verificarse también por intermedio de otro patrimonio. “El acontecimiento que produce el desplazamiento de un patrimonio a otro debe relacionar inmediatamente a los sujetos activo y pasivo de la pretensión de enriquecimiento, lo cual equivale a exigir que la circunstancia que origina la ganancia y la pérdida sea una y sea la misma.

“3° Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que

el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica. “En el enriquecimiento torticero, causa y título son sinónimos, por cuyo motivo la ausencia de causa o falta de justificación en el enriquecimiento, se toma en el sentido de que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no haya sido generada por un contrato o un cuasi-contrato, un delito o un cuasi-delito, como tampoco por una disposición expresa de la ley.

“4° Para que sea legitimada en la causa la acción de in rem verso, se requiere que el demandante 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. “Por lo tanto, carece igualmente de la acción de in rem verso el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. El debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia.

“5° La acción de in rem verso no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley. (...)”¹.

3. Bajo la orientación que brinda el citado precedente, procede la Sala a determinar si están cumplidos los requisitos allí consignados, los que deben ser concurrentes, conforme al pronunciamiento en cita, lo que implica que la ausencia de uno de ellos conlleva necesariamente a la negativa de las pretensiones de la demanda, sin que resulte necesario acometer el análisis de los demás.

3.1. Enriquecimiento del demandado con el correlativo empobrecimiento del demandante.

Como se reseñó, la pretensión de la sociedad demandante está dirigida a que se declare que la demandada se enriqueció injustificadamente y por ello se le debe condenar a pagar “a título de indemnización..., la suma de (\$828.789.927), al parecer, representados en el “equipo de perforación RIG XD 03 Dreco MastilEstructural 2000 HO junto con sus accesorios periféricos”, embargado y secuestrado en el proceso ejecutivo N°2018-00472.

A efectos de establecer ese primer requisito, el escollo que encuentra la Sala es que la propiedad del mencionado equipo no está probada en cabeza de la sociedad convocante, es decir, el citado bien no se halla en el inventario de activos que ésta dijo presentó a la Superintendencia de Sociedades en el proceso de reorganización empresarial, ni en el informe final que afirmó radicó el exrepresentante legal de la sociedad.

¹ C.S.J. Cas. Civ. 19 de diciembre de 2012. Exp.54001-3103-006-1999-00280-01, reiterada en la sentencia de 26 de enero de 2017. Exp.2016-00650-01

Menos, dicha propiedad del bien se puede deducir de la prueba documental que se aportó, si se tiene en cuenta que ella refiere: **i)** Auto N°425-001523 de la Superintendencia de Sociedades que cerró el 6 de diciembre de 2019, donde se llevó a cabo audiencia de incumplimiento del acuerdo de reorganización de la demandante, y se resolvió decretar la apertura del proceso de liquidación judicial de los bienes de la sociedad y se determinó que el proceso *“inicia con activo reportado de \$5.277.539.000, según información financiera presentada a corte de 30 de septiembre de 2019”*²; **ii)** informe final presentado por el entonces representante legal, señor Roberth Cifuentes, para el 11 de febrero de 2020, y los estados financieros *“propiedad, planta y equipo”* con corte a 2018 y 2019, sin que del contenido del *“patrimonio liquidable estado de los activos”* o de la *“propiedad, planta y equipo”* se advierta el equipo de las características reseñadas³.

Acá, es preciso advertir que si bien en el documento que obra a folio 48 en adelante, denominado *“políticas contable y notas explicativas a los estados financieros de Petroleum”* se indicó que con relación a los ingresos operacionales, la demandante tiene una participación del 30% en el *“Consortio Petroleum Drilling Services”*, también allí se reseñó que debido a la *“finalización unilateral de las operaciones de perforación y ejecución del contrato 4600000677..., la compañía no está operando desde el mes de mayo de 2015”*.

Por tanto, en la situación que se describe, no podría la Sala verificar si, en efecto, hubo un desplazamiento patrimonial de la demandante a la demandada, de manera ilícita.

3.1.1 Ahora si tuviera por cierto la titularidad del bien en cabeza de la sociedad demandante y, además, se admitiera que el referido desplazamiento patrimonial se dio con ocasión al embargo y secuestro del citado bien dentro del proceso ejecutivo N°2018-00472 que Inversiones Castañeda Cely promovió en contra la sociedad Xplore Drilling Services, que cursó en el Juzgado 3 Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá, y que su representante legal a sabiendas de que el equipo de

² Folios 25,26 (01CuadernoUnico.pdf)

³ Folios 41-47 (01CuadernoUnico.pdf)

perforación no era de su propiedad sino de la acá demandante, pese a ello permitió la materialización del secuestro, se tendría entonces, como lo afirma la Corte, que la sociedad convocante carece igualmente de la acción de *in rem verso*, al no haber ejercitado las vías de derecho que la ley le otorgaba frente a esa medida, que no era otra que la oposición, por ello “*El debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia.*”

En este asunto, se allegó como prueba el auto de 2 de septiembre de 2021 emanado del precitado proceso, donde se evidencia que Juzgado 3 Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá denegó la solicitud que elevó la sociedad aquí demandante, relativa a no proseguir con el avalúo de los bienes cautelados, en razón a que “*no funge como parte ni como tercero reconocido dentro del presente asunto; y de otro, en la medida que la oposición a la cautela, no se presentó en el momento procesal oportuno, siguiendo el rigorismo de ley*”⁴, conforme lo autoriza el legislador en los artículos 596 y 597 del Código General del Proceso. (subrayado fuera de texto original).

Se comprueba entonces, que la sociedad demandante dejó pasar la oportunidad o el momento el procesal para remediar la situación que puso de presente y que sirvió de fundamento para promover esta acción, toda vez que no presentó oposición alguna a la diligencia en donde se verificó el secuestro del equipo de perforación a que se refirió en la demanda y que también es soporte de la suma que reclama como indemnización, máxime cuando para la calenda en que se llevó a cabo, 13 de diciembre de 2018, ya se había declarado el incumplimiento del acuerdo de reorganización por parte de la Superintendencia de Sociedades.

Al respecto, conviene traer a colación la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia donde afirma que: ‘...*la más notable de las características de la acción de enriquecimiento incausado, cual es la de la subsidiariedad. Todo el mundo conoce que dicha acción se abre paso sólo en la medida en que no haya otro remedio que venga en pos del empobrecido. En otros términos, la vida de esta acción depende por entero de la ausencia de toda otra alternativa. Subsecuentemente, en el punto no es de recibo la coexistencia de acciones*’ (Sent. Cas. Civ. de 11 de enero de 2000, Exp. No. 5208).⁵

⁴ Fl. 193 (01CuadernoÚnico.pdf)

⁵ Reiterada en CSJ C.S.J. Cas. Civ. 19 de diciembre de 2012. Exp.54001-3103-006-1999-00280-01

4. En esas condiciones resulta irrelevante el hecho de que la sociedad demandada no hubiere contestado la demanda ni propuesto medio exceptivo alguno, toda vez que la presunción que de ello se deriva, conforme al artículo 97 del C.G.P., por sí sola no alcanza a configurar los requisitos necesarios para la prosperidad de la acción *in rem verso*, más aún cuando no existe duda de que la convocante dejó fenecer las acciones con que contaba frente al acto que afirma estructura su pretensión, diligencia de secuestro, en razón a que allí no desplegó actuación procesal alguna que pueda calificarse como oportuna y procedente.

Frente a lo anterior, ninguna consecuencia tampoco tiene para este proceso que el representante legal de la demandada hubiese admitido en su interrogatorio que el equipo de perforación es de propiedad de la demandante y que, ahora, con ocasión al trámite de reorganización se halle incorporado el litigio ejecutivo donde está cautelado, pues probado como está que se aquella desaprovechó el recurso legal con que contaba, dentro del referido proceso ejecutivo, como ya se advirtió, ello impide la prosperidad de esta acción

5. En ese orden de ideas, deviene forzosa la confirmación de la providencia de primer grado, con la consecuente condena en costas a cargo del extremo demandante, propósito para el que la Magistrada sustanciadora señala la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente S.M.L.M.V., atendiendo lo previsto por el artículo 5º, numeral 1º, del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, del Consejo Superior de la Judicatura.

V. DECISIÓN

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

VI. RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia que profirió el Juzgado Treinta y tres Civil del Circuito de Oralidad de Bogotá el 7 de febrero de 2023, por las razones decantadas en precedencia.

SEGUNDO: **CONDENAR** en costas de esta instancia a la parte demandante y en favor de la demandada. Por Secretaría practíquese su liquidación e inclúyase la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente S.M.L.M.V, como agencias en derecho de segunda instancia.

NOTIFIQUESE

Los Magistrados,

MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

(en uso de permiso)

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.,

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: **19eb94a5b2b21896684384f09d7e730060bc3a394c7d65f1b060388220466684**

Documento generado en 13/04/2023 03:56:35 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 DE DECISIÓN CIVIL**

MAGISTRADA PONENTE

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Bogotá D.C., trece (13) de abril de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO: PROCESO VERBAL (DE IMPOSICIÓN DE SERVIDUMBRE) PROMOVIDO POR LA SOCIEDAD GRUPO ENERGÍA BOGOTÁ S.A. E.S.P. CONTRA LA SEÑORA TERESA LOZANO DE SÁNCHEZ Y LA SOCIEDAD SÁNCHEZ LOZANO Y CÍA S.A.S.

Rad. 034 2021 00282 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 12 de abril de 2023, según acta 12 de esa misma fecha.

Se resuelve el recurso de apelación que promovió la parte demandante contra la sentencia que profirió el Juzgado 34 Civil del Circuito el 27 de enero de 2023, dentro de este asunto.

I. ANTECEDENTES

1. La sociedad Grupo Energía Bogotá S.A. E.S.P., antes Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P., por conducto de apoderado, instauró proceso especial de imposición de servidumbre legal de conducción de energía eléctrica contra la señora Teresa Lozano de Sánchez y la sociedad Sánchez Lozano y Cía. S.A.S.

Pretende allí que se autorice el uso y ejercicio de la servidumbre legal de conducción de energía eléctrica, con ocupación permanente como cuerpo cierto con los derechos inherentes a ella y, en consecuencia,

se imponga en su favor sobre el predio “*Hacienda La Fabiola*”, identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 375-56840, ubicado en la Vereda “*Piedra de Moler*”, jurisdicción del municipio de Cartago, Departamento del Valle del Cauca, sobre un área de 76.240 metros cuadrados.

Así mismo, se determine y decrete el monto de la indemnización a que haya lugar a favor de la parte demandada y a su cargo por razón de la imposición de la servidumbre, en el evento de que exista oposición y no se acepte el valor consignado a órdenes del juzgado, que asciende a \$65'839.408; se declare que la indemnización se causa por una sola vez y que no está obligada a reconocer más de la suma señalada y consignada, y como consecuencia de ello, se ordene la entrega del título judicial a las demandadas como pago de la indemnización con ocasión de la servidumbre e indicar el monto que por concepto de retención en la fuente se deba descontar; se ordene inscribir la decisión en el aludido folio de matrícula inmobiliaria de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartago; y no se condene en costas.

2. Como sustento de lo pretendido adujo que en desarrollo del Plan de Expansión del Sistema de Transmisión Nacional la Unidad de Planeación Minero Energética -UPME-, adscrita al Ministerio de Minas y Energía, la que se encarga de la Planeación Integral del Sector Minero Energético en el país, abrió la Convocatoria Pública UPME 04-2014, la que consistió en la selección de un inversionista para el diseño, adquisición de los suministros, construcción, operación y mantenimiento del refuerzo suroccidental 500kV, sub-estación Alférez 500Kv y las líneas de transmisión asociada, la que le fue adjudicada a la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P., quien posteriormente cambió su razón social a Grupo Energía Bogotá S.A. E.S.P.

Agregó, que para la construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura eléctrica referida, se requiere afectar parcialmente el citado predio en 76.240 m², de las 227 hectáreas y 8.441 m² que la componen, área que al momento del avalúo su explotación se centraba en la ceba de ganado, así como también presenta coberturas de pasto y

bosques con cerca viva y pendientes ondulada; que el monto por concepto de indemnización por el derecho de servidumbre se estimó en \$65'839.408; y que, por la necesidad de iniciar trabajos para la instalación de la mencionada infraestructura para la prestación del servicio público, calificada de utilidad pública, y en razón a que no fue posible llegar a un acuerdo directo con el propietario del predio, tuvo que acudir a esta acción.

3. La demanda fue admitida¹ por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartago, Valle del Cauca, quien luego de tener adelantado su trámite rehusó de la competencia y envió el expediente al reparto de los Juzgados Civiles del Circuito de Bogotá, habiéndole correspondido al 34, quien asumió el conocimiento, tras haberse definido previamente por la Corte Suprema de Justicia el conflicto de competencia suscitado por este último.

Mediante proveído de 29 de enero de 2019, el Juzgador ordenó poner en conocimiento el inicio de la acción al Banco Davivienda S.A., como entidad absorbente de Bancafé S.A., en razón al gravamen hipotecario existente en favor de esa entidad, así como a la Dirección Nacional de Estupefacientes DNE y la Sociedad de Activos Especiales S.A.S.²

La entidad financiera Banco Davivienda S.A., cesionaria de BANCAFÉ de los derechos y privilegios que se deriven del contrato de hipoteca celebrado con los titulares del predio, ni se opuso ni se allanó a las pretensiones, en tanto se atiende a lo que resulte probado, mientras no se vea afectada en su garantía por la imposición de la servidumbre.

3.1. Las demandadas Teresa Lozano de Sánchez y la sociedad Sánchez Lozano y Cía. S.A.S. se notificaron por conducta concluyente, y si bien admitieron la necesidad de la servidumbre eléctrica, así como del área usada para tal fin, se opusieron a la indemnización propuesta por

¹ Por auto del 5 de diciembre de 2018 proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartago, Valle del Cauca (Cfr. Folio 166 archivo "001VerbalServidumbre", carpeta "01CuadernoPrincipalJuzCartago").

² Cfr. Folio 184 archivo "001VerbalServidumbre", carpeta "01CuadernoPrincipalJuzCartago".

la demandante, argumentaron que, a su consideración, la misma ascendía a \$208'292.91,56 para ello pidieron un término prudencial para la práctica de una experticia, pero el Juzgador consideró prudente oficiar al IGAC para tal fin.

Ante la inconformidad con el dictamen allegado, la parte demandante realizó varias precisiones en torno al peritaje, razón que desencadenó la necesidad de oficiar nuevamente al IGAC para resolver lo pertinente, sin que la nueva experticia tuviera como involucrado al anterior auxiliar.

4. Agotado el trámite de la instancia, la Juez *a quo* le puso fin con la sentencia en la que declaró gravado con servidumbre de conducción de energía eléctrica el inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 375-56840, en favor de la demandante; ordenó a costa de ésta la inscripción de la sentencia en el folio de matrícula inmobiliaria; concedió al demandado a título de indemnización la suma de \$86'339.112,00, y conminó a la demandante a consignar el valor adicional.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Estimó reunidos los presupuestos procesales, recordó aspectos fácticos de la demanda, así como el traslado de conocimiento que sufrió el proceso. A continuación, señaló la naturaleza de la presente acción y el contenido de los artículos 18 de la ley 126 de 1938 y 25 y 31 de la Ley 56 de 1981, precisó que conforme a los hechos de la demanda y a lo que estableció el perito, se demarcó con exactitud el espacio para la instalación de la línea de conducción de energía eléctrica objeto del trámite de imposición de servidumbre, en un área de 76.240 metros cuadrados.

Con soporte en la normatividad que refirió, encontró que la demandada se opuso al monto de la indemnización, por ello era necesario verificar la afectación producida para fijarlo. Además, trajo a colación el

Decreto 1073 de 2015 y precisó que es el demandado a quien le corresponde acreditar el valor de la indemnización, cuando la cuestiona.

Así mismo, destacó que la afectación no solo recae de forma directa sobre el predio cuya servidumbre se impone, si no que perturba a futuro el excedente del predio dado el gravamen. En todo caso, destacó que se pueden presentar eventualidades con la infraestructura eléctrica respecto de animales o personas y que, si bien el grado de explotación del predio no se afecta en su gran mayoría lo cierto es que, a su parecer, la experticia que dirime las controversias generadas con los obrantes en el plenario, le resulta acorde a derecho.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con parte de la decisión la demandante interpuso recurso de apelación en audiencia y dentro de la oportunidad prevista en el artículo 322 del C.G. del P., formuló los siguientes reparos, encaminados a obtener la disminución de la indemnización en razón a que la rotulación del perjuicio remanente no se aportó prueba de ello, y por el contrario se acotó el valor bajo suposiciones frente al peligro que representa la estructura eléctrica. Consideró igualmente la inclusión de normas en la experticia no correspondientes a la naturaleza de la acción incoada.

Al momento de sustentar la alzada, adujo la existencia de falencias en la elaboración del dictamen y el uso de normatividad no ajustada a la labor encomendada, pues además de aplicar un método avaluatorio para valorar bienes cuya venta se hace total, esa técnica comparativa no posee la información de los fundos consultados, sin que tampoco se haya hecho el reconocimiento del terreno.

De igual forma, acusa de errónea la conclusión frente a la afectación de la explotación ganadera a los demandados, sin tener en cuenta que, gracias a la altura de las torres, es muy poco lo que realmente se puede alterar.

IV. CONSIDERACIONES

1. No admiten reparo los denominados presupuestos procesales, sobre el entendido que quienes acudieron a la *litis* por activa y pasiva ostentan capacidad procesal, la demanda fue debidamente presentada y tramitada por la Juez competente, lo que aunado a la ausencia de vicio con idoneidad anulatoria, permite proferir la decisión de fondo que de esta Corporación se requiere.

Lo anterior, dentro de los límites que impone el artículo 328 del Código General del proceso, esto es, únicamente sobre los reparos que promueve el apelante único, que para el caso estuvieron circunscritos al reconocimiento de la suma establecida como indemnización por la servidumbre de conducción eléctrica.

2. Como lo puso de presente la jueza que dirimió la primera instancia, la imposición de servidumbre tiene un trámite especial establecido por la Ley 56 de 1981, posteriormente desarrollado en el Decreto Reglamentario 2580 de 1985 y actualmente está compendiado en el Capítulo VII, Sección 5, del Decreto 1073 de 2015.

Al tenor de la referida normatividad, al demandado le está prohibido proponer excepciones, pero si no estuviere conforme con el estimativo de los perjuicios, podrá pedir dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación que se practique un avalúo de los daños que se causen y se tase la indemnización a que haya lugar por la imposición de la servidumbre.

Como se reseñó en los antecedentes del caso, de dicha prerrogativa hizo uso el extremo demandado, razón por la que en su momento se convocó a un agente adscrito a las listas del IGAC para resolver la controversia suscitada, esto es, la derivada entre la experticia de la demandante y aquella que en un primer momento realizaron los auxiliares de la justicia del IGAC.

La parte demandante recurrente repara, en síntesis, que es precisamente la valoración de ese último peritaje el que se encuentra errado, principalmente por la deficiencia en el método de valor y la insuficiencia probatoria respecto a la afectado del predio remanente.

3. Para resolver el puntual tema de la indemnización, se destaca que, contrario a lo afirmado por la parte demandante, el avalúo se hizo consistir en *“estimar el valor comercial o valor de mercado de una franja de la propiedad determinada adelante. Predio rural denominado La Fabiola”*, y no para determinar la finalidad de la franja de terreno que se usaría para la servidumbre, es por ello que no se le puede pedir al propietario de un bien que asuma los costos originados por el gravamen que le afecta, como si se tratase de un coasociado de la administración, por lo que independientemente de la finalidad de la franja, lo cierto es que la indemnización es precisamente ese costo comercial que, ante una eventual venta, afecta el fundo, junto con las consecuencias adicionales que produce ello.

En materia de avalúos de servidumbres de energía eléctrica, el marco normativo de las metodologías aplicables se encuentra contenidas en la Resolución 620 de 2008, expedida por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, resolución que nació en respuesta a los requerimientos de la ley 388 de 1997, que modificó la ley 9 de 1989.

Conforme a la reglamentación antes referida, se determinó que para efectos del trámite de expropiación con ocasión de los planes de ordenamiento territorial se requería establecer el precio de adquisición por el valor comercial determinado por el instituto geográfico Agustín Codazzi o peritos privados inscritos en Lonjas, dejando a salvo los parámetros mínimos para la determinación del valor comercial de bienes inmuebles.

De la mentada resolución se deja en aplicación cuatro métodos matemáticos a saber: **i)** el método de comparación o de mercado, **ii)** el

método capitalización de rentas o ingresos, **iii)** el método de costo de reposición, y **iv)** el método de técnica residual.

Dentro del presente asunto se hizo uso del primero de ellos, se tomó como base 3 predios de distinta categoría, cuyas valoraciones se aportaron al expediente, en las cuales se verificaron 3 diferentes predios, Hacienda EL Duende, Hacienda El Río y una adicional identificada y relacionada en el aplicativo “Mitula”.

Al respecto, la resolución 620 de 2008 tiene decantado que *“Cuando para la realización del avalúo se acuda a información de ofertas y/o transacciones, **es necesario que en la presentación del avalúo se haga mención explícita del medio del cual se obtuvo la información y la fecha de publicación, además de otros factores que permitan su identificación posterior.**”*

Para los inmuebles no sujetos al régimen de propiedad horizontal, el valor del terreno y la construcción deben ser analizados en forma independiente para cada uno de los datos obtenidos con sus correspondientes áreas y valores unitarios. Para los inmuebles sujetos al régimen de propiedad horizontal se debe presentar el valor por metro cuadrado de área privada de construcción. Se debe verificar que los datos de áreas de terreno y construcción sean coherentes.

*En los eventos en que sea posible, se **deben tomar fotografías de los predios en oferta o de los que se ha obtenido datos de transacción para facilitar su posterior análisis**”.*

De cara a ello, nótese que la información almacenada en el avalúo que ahora se cuestiona, advirtió que los datos obtenidos datan de abril de 2022 y así mismo, se aportó la ubicación y nombre de los predios cuya relación se anunció.

Si bien no se indicó sobre los datos de contacto de los dos primeros, lo cierto es que se refirieron los enlaces para la consulta de ellos, incluso el de “Mitula”, al abrirse el enlace resulta con la anotación de que tal

oferta ya no está disponible.

https://casas.mitula.com.co/detalle/666/2090017647868970729/8/1/fincas-cartago?search_terms=fincas+cartago&page=1&pos=8&t_sec=1&t_or=2&t_pvid=87fe11ca-9214-44d8-810f-e5681a3fb087

Ahora, conforme a la información monetaria suministrada en los folios 17 y 18 del archivo “19AvalúoPredioLaFAbiola”, se evidencia que la relación de precios por área (hectárea), está comprendida entre \$23’571.429 y \$30’208.333, arrojando un promedio de \$26’889.881, mismo valor que fue informado dentro del contenido del avalúo realizado por el señor César Potes y al que se le aplicó el descuento por la limitación de uso, que en razón a la explotación agropecuaria del fundo, se avalúo en un 29%, para un total de restricción del 42% sobre la franja de terreno cuyo uso no puede darse de forma normal.

Nótese que la razón por la cual la restricción del predio fue de carácter medio, obedeció precisamente a la explotación ganadera, que incluso la parte demandante reconoció en la información brindada en el informe pericial con el que se realizó la oferta de compra.

OBSERVACIONES INVENTARIO PREDIAL	
LA ACTIVIDAD DEL PREDIO SE CENTRA EN LA CEBA DE GANADO, LA FRANJA DE AFECTACION PRESENTA COBERTURA DE PASTO, BOSQUE, CON CERCAS VIVAS Y PENDIENTE ONDULADA	
ELABORO Edgar Gonzalo Baquero IGACSA	FECHA 20-jun-18

Ahora, conforme al dictamen elaborado por el auxiliar del IGAC, cuya finalidad era dirimir las controversias surgidas en torno a los arrimados al plenario, se evidencia que además del terreno afectado, se tuvo en cuenta “*El demérito o pérdida de valor que en el terreno remanente del predio sirviente pudiere ocasionar imposición de la servidumbre, por las limitaciones en el uso y aprovechamiento del predio como consecuencia de la imposición de la Servidumbre, del tránsito para la vigilancia, mantenimiento y/o reparación de las líneas y las restricciones exigidas para la seguridad de las personas y las*

cosas”, aspectos que no fueron tenidos en cuenta por la demandante al momento de desarrollar su dictamen.

Y es que, conforme al contenido del documento aportado por la actora, se evidencia que para avaluar la totalidad del inmueble, solamente se tomó el valor de la franja de terreno propiamente dicha, afectada por la línea eléctrica y la construcción de las torres, los árboles aislados y el de las coberturas, sin que en modo alguno se evidencie concepto por la afectación a la productividad de la heredad.

Al respecto, ha sido la doctrina quien ha enfatizado la existencia de factores adicionales a ser considerados para una indemnización integral, sin limitarse a la porción de terreno incluyendo índices bien sea por el trazado, otros factores por el uso y otros elementos por el área de la servidumbre, componentes que son importantes y relevantes en el uso de metodologías multicriterio³, igualmente encontramos metodologías en donde se calcula el daño al remanente, como el aquí expuesto, es decir la afectación que se causa sobre el remanente del terreno que no ha sido afectado debido a que se restringen ciertas actividades o usos al soportar la instalación de torres y líneas de energía⁴.

Este último aspecto no resulta desconocido para la norma, si se tiene en cuenta que el artículo 21 de la resolución 620 de 2008, aduce la importancia de la compensación por la construcción de una obra pública, estableciendo un antes y un después de ella lo que, en sana lógica, respeta las condiciones de variabilidad y dinamismo comercial de los predios y la indemnización integral que deba hacerse.

Y es que el daño ocasionado en los predios que son objeto de este gravamen, se materializan en los cambios abruptos en el uso del suelo

³ Baquero Romero Edgar Gonzalo, (2018). Propuesta para la unificación de criterios y procedimientos de valoración de servidumbres en el sector hidrocarburos y de energía eléctrica, Bogotá D.C. Universidad Distrital obtenido de: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:dqU6-lmVOTIJ:https://repository.udistrital.edu.co/bitstream/handle/11349/13923/BaqueroRomeroEdgarGonzalo2018.pdf%3Fsequence%3D1+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co>

⁴ Rodríguez, J. D. y Montero, X. (2016). Propuestas metodológicas para la determinación del daño al remanente en valoraciones de servidumbres en Costa Rica. En XXXI Congresso Panamericano de Avaliações (pp. 1-37). Río de Janeiro, Brasil. Recuperado de http://www.mrcl.com.br/upav_rj/R0220_1.pdf

dada la instalación de torres y la pérdida de interés comercial que pueda suscitarse en torno a las restricciones que se imponen al predio, como es la obligación legal de permitir el libre acceso y tránsito de los representantes y agentes de la empresa de energía eléctrica, la realización de las actividades para el desarrollo del proyecto en todo momento, tanto para iniciar la ejecución de las obras que sean necesarias para el goce efectivo de la servidumbre, como para construir las torres y pasar las líneas de conducción de energía eléctrica, permitiendo el tránsito libre de su personal y el de sus contratistas por la zona de servidumbre para construir sus instalaciones, verificarlas, repararlas, modificarlas, mejorarlas, conservarlas, mantenerlas y ejercer su vigilancia, llegando al punto de remover cultivos, o suspender la explotación del predio para su uso determinado, para que no se impida la construcción y mantenimiento de las líneas de conducción eléctrica.

En esas condiciones, no se puede afirmar que erró la jueza al momento de determinar la indemnización por la imposición de la servidumbre y menos que el dictamen que le sirvió de base contenga los errores que la apelante le enrostra.

5. Por las razones expuestas, se confirmará el fallo de primera instancia, sin que haya lugar a imponer condena en costas de esta instancia a la parte demandante, en atención a que no aparecen causadas visto que la parte no apelante no se pronunció frente al recurso de apelación que se resuelve (art. 365 num. 8º del C.G. del P.).

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado 34 Civil del Circuito de Bogotá el 27 de enero de 2023.

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

NOTIFÍQUESE,

Los Magistrados,

MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

(en uso de permiso)

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.,

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: **63c063885dc770c3366437af16288d9035c38d68c3f0534a361fc620b980343d**

Documento generado en 13/04/2023 03:56:26 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 SUSTANCIADORA
MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Bogotá D.C., trece (13) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Asunto. Proceso Ejecutivo Singular de Comercializadora Internacional Dacamar S.A.S. contra el Centro de Evaluación Diagnóstica y Rehabilitación Neurocognitiva S.A.S. Ceren S.A.S.

Rad. 49 2022 00233 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 de 29 de marzo de 2023, según acta N°11 de la misma fecha.

Se resuelve el recurso de apelación que interpuso la parte ejecutante contra la sentencia que profirió el Juzgado Cuarenta y Nueve Civil del Circuito de Bogotá el 18 de enero de 2023.

I. ANTECEDENTES

1. El apoderado judicial de la Comercializadora Internacional Dacamar S.A.S. pidió que se emita orden de apremio contra el Centro de Evaluación Diagnóstica y Rehabilitación Neurocognitiva S.A.S., Ceren S.A.S., por la suma contenida en el pagaré N°01; a lo que accedió el juzgado en proveído de 19 de mayo de 2022 y lo libró así:

“...\$498.000.000,00 por concepto de capital incorporado en el pagaré N°001, soporte de esta ejecución, junto con los intereses

moratorios a la tasa máxima legal permitida, cobrados a partir del 28 de octubre de 2021 y hasta que la obligación se satisfaga.”

2. Sustentó la *causa petendi* en que la representante legal de la sociedad demandada suscribió y otorgó el mencionado título y se comprometió a pagar “entre el periodo comprendido del 17 a 21 de octubre de 2021 la suma de... (\$249.000.000), y la suma restante entre los días 25 al 27 de octubre del mismo año la suma de...(\$249.000.000)”; así mismo se obligó al pago de intereses a la tasa máxima legal permitida, sin embargo, a la fecha de presentación del libelo no ha cancelado la totalidad de la obligación.

3. Librado el mandamiento de pago y notificada la sociedad demandada de forma personal, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y promovió las excepciones de mérito que denominó:

“Cobro de lo no debido inexistencia de la obligación de pago por incumplimiento contractual”, tras asegurar que las partes celebraron un contrato de compraventa “de un tangible de 12.000 cajas de guantes EXAMEN PVC marca INTCO, con unas características insoslayables establecidas en el contrato el visto bueno del INVIMA que permitiera su comercialización en Colombia”, de lo que se infiere que se trata de un contrato bilateral y nominado.

Agregó que el título se suscribió como garantía del negocio anterior y con “*absoluta buena fe comercial*”, no obstante, no nació la obligación que contiene por cuanto para las fechas pactadas en el pagaré, la mercancía ni siquiera se hallaba en Colombia, y mucho menos contaba con el visto bueno acordado.

“Enriquecimiento sin justa causa, temeridad y mala fe”, habida cuenta que el extremo actor pretende acrecentar su patrimonio a expensas del de la demandada sin fundamento alguno, a partir de un hecho común que significa el “*beneficio obtenido y el detrimento económico generado*”.

4. Agotado el trámite respectivo, la instancia culminó con sentencia donde el juez de conocimiento declaró probadas las excepciones de mérito propuestas y, en consecuencia, terminó el proceso, levantó las medidas cautelares y condenó en costas al extremo demandante.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Para arribar a la anterior determinación, el juez *a quo*, luego de indicar que se configuran los presupuestos procesales, reseñar los antecedentes del litigio, y las normas que regulan los títulos valores, resaltó que si bien el pagaré tiene como características principales la autonomía y la literalidad, también es posible oponerse a la acción cambiaria a través de las excepciones previstas en el artículo 784 del Código de Comercio, tal como acontece en este asunto.

Aseguró que las excepciones propuestas se basaron en los mismos hechos, esto es, el negocio referido a la compra de guantes de PVC como insumo médico y que el pagaré se expidió con ocasión al mismo, bien como garantía o forma de pago.

Expuso, que en el litigio se comprobó que el contrato se incumplió por parte de la demandante, habida cuenta que la mercancía no se entregó en la fecha pactada, por ende, si bien se estipuló un primer pago del 50% no había lugar a reclamarlo por el incumplimiento, además la legalización o nacionalización de la mercancía, que también fue objeto de condición en el contrato, tampoco fue posible en el término estipulado.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión el apoderado judicial de la sociedad demandante la apeló y para ello indicó que el juez *a quo* desconoció

la normatividad respecto de la naturaleza jurídica de los títulos valores, especialmente, sobre su *“literalidad y autonomía”*, toda vez que el pagaré fue suscrito por la demandada, donde se obligó a pagar incondicionalmente la suma incorporada, tal como lo prevé el artículo 619 del Código de Comercio.

También resaltó que pasó por alto las normas que regulan los contratos, porque el referido por la contraparte no cumple con los presupuestos del artículo 1602 del Código de Comercio, habida cuenta que *“hace falta la firma de una de las partes”* y, por ello, no nació a la vida jurídica ni es eficaz. Dijo que el juez solo se limitó a considerar el testimonio de la parte demandada, empero, no revisó detenidamente la totalidad del expediente.

Aseguró, que el contrato no fue aceptado, ni suscrito, ni firmado, ni autenticado por Ceren S.A.S., luego no era posible tenerlo como prueba para proferir la sentencia, pues tampoco se impusieron improntas, sellos mecánicos o marcas que prueben la celebración y aceptación, de lo que se infiere que también existió una indebida valoración de las pruebas.

En esta instancia, reiteró los argumentos esbozados y agregó que el título no contiene ninguna cláusula o adición que limite la literalidad y autonomía contenida y que la excepción de cobro de lo no debido, en nada ataca las mencionadas características, sino que se basa en un *“presunto contrato, que no existe”*, empero, también se refirió a las cláusulas de éste y aseguró que dentro de la acción ejecutiva no le es dable al juez resolver sobre el *“contrato de mercancías”* y su eventual resolución.

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, dentro

de los límites de los reparos propuestos, conforme lo autoriza el artículo 328 del Código General del Proceso, lo que no excluye la verificación de los requisitos del título.

Lo anterior porque si bien el inciso 2º del artículo 430 del referido Código le impone al demandado la obligación de cuestionar los requisitos formales del título ejecutivo sólo mediante recurso de reposición, tal tarea no le está vedada al Juez quien debe hacerlo, además, de manera oficiosa, puesto que al decir de la Sala Civil de la Corte Suprema “...se recuerda que los jueces tienen dentro de sus obligaciones, a la hora de dictar sus fallos, revisar, nuevamente, los presupuestos de los instrumentos de pago, “potestad-deber” que se extrae no sólo del antiguo Estatuto Procesal Civil, sino de lo consignado en el actual Código General del Proceso”.¹

2. En esa labor, se recuerda que de conformidad con el artículo 422 del Código General del Proceso es posible demandar por la vía ejecutiva las obligaciones claras, expresas y exigibles que consten en un documento que provenga del deudor o su causante y que constituyan plena prueba en su contra; hacen parte de ellos, los títulos valores, los cuales, al tenor del artículo 619 del Código de Comercio, son necesarios para “legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora”.

El pagaré, como título valor, además de los presupuestos generales que contempla el artículo 621 del Código de Comercio debe reunir los siguientes requisitos para ser reputado como tal: **i)** la promesa incondicional de pagar una determinada suma de dinero; **ii)** el nombre de la persona quien deba hacerse el pago; **iii)** la indicación de ser pagadera a la orden o al portador; y, **iv)** la forma de vencimiento, conforme lo dispone el artículo 709 del mismo estatuto.

En este punto conviene destacar que nuestra legislación civil y comercial le concede a los títulos-valores la presunción de autenticidad que lleva, en general, a considerarlos como una expresión cierta de la voluntad de sus signatarios y prueba fehaciente del derecho allí incorporado, en

¹ C.S.J. STC14164-2017, 11 sep. Rad.2017-00358-01

virtud de lo que disponen los artículos 244 del C.G.P. y 793 del C. de Co., por ello si no existe duda sobre los signatarios del documento, opera forzosamente el principio consagrado en el artículo 625 del Estatuto Mercantil según el cual “...*toda obligación cambiaria deriva su eficacia de una firma puesta en un título valor y de su entrega con la intención de hacerlo negociable conforme a la ley de su circulación*”, deber de prestación que está circunscrito al tenor literal del documento, conforme al artículo 626, *ibidem*.

E igualmente que “*lo que caracteriza fundamentalmente al pagaré, y lo diferencia de la letra de cambio, es que contiene una promesa (...). El pagaré implica que quien lo otorga asume el compromiso directo, hace la manifestación expresa, declara su voluntad de pagar, por eso se llama promesa; (...) por el significado en que se expresa la voluntad, de que quien emite el título se compromete, se declara deudor directo o se obliga a pagar. Pero la promesa debe ser incondicional, unilateral, irrevocable, impersonal, en el sentido que quien otorga el pagare, quien lo suscribe no puede supeditar el nacimiento de su obligación, ni su exigibilidad a eventos futuros e inciertos, o porque señalar el momento en que nace la obligación cambiaria no está reservado a la autonomía de la voluntad, pues la ley es quien dice cuando nace y se extingue. Nace en el momento en que se suscribe el título y se entrega; y se extingue por prescripción o caducidad o cuando sucede otro evento extintivo de las obligaciones.*”²

2.1. En el caso bajo estudio la ejecución se promovió con base en el pagaré N°001, el que según los hechos de la demanda y lo que se plasma en el mismo, fue girado el día 5 de octubre de 2021 por la señora Liliana Carolina Moreno Guzmán, en calidad de representante legal del Centro de Evaluación Diagnóstica y Rehabilitación Neurocognitiva S.A.S. a cuyo tenor:

“PRIMERO: Que debo y pagaré, incondicional y solidariamente a la orden de COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL DACAMAR S.A.S. N.I.T. 901.328.492-80 a la persona natural jurídica a quien el mencionado acreedor ceda o endose sus derechos sobre este pagaré, la suma cierta de CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES DE PESOS (\$498.000.000) PESOS MCTE.

² LEAL PÉREZ Hildebrando, *Código de Comercio Comentado*, Editorial Leyer, Décima Tercera Edición, 2007, Pág. 360.

SEGUNDO: Que el pago total de la mencionada obligación se efectuara un pago inicial equivalente al del valor es decir, la suma de DOCIENTOS CUERENTA Y NUEVE MILLONES DE MILLONES DE PESOS(\$ 249.000.000) MONEDA LEGAL COLOMBIANA entre el 17 al 21 de octubre año en curso, segundo pago equivalente al 50% del valor del contrato, es decir, la suma de DOCIENTOS CUERENTA Y NUEVE MILLONES DE PESOS(\$ 249.000.000) MONEDA LEGAL COLOMBIANA entre el 25 al 27 de octubre del año en curso, para un total del contrato e CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES DE PESOS (\$498.000.000) número de cuenta bancaria CUENTA DE AHORROS BANCO DE DAVIVIENDA #066800152838

TERCERO: Que en caso de mora pagaré a COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL DACAMAR S.A.S o a la persona natural o jurídica a quien el mencionado acreedor ceda o endose sus derechos, intereses de mora a la más alta tasa permitida por la Ley, desde el día siguiente a la fecha de exigibilidad del presente pagare, y hasta cuando su pago total se efectúe.”

Documento éste del que se puede predicar que reúne todos y cada uno de los requisitos que establece el artículo 422 del C.G.P., así como los del 621 y 709 del Estatuto Comercial.

No obstante lo anterior, no se puede desconocer que la parte ejecutada precisamente formuló excepciones que atañen a la inexistencia del negocio subyacente o causal que dio origen al pagaré, bajo la nominación de “*Cobro de lo no debido inexistencia de la obligación de pago por incumplimiento contractual*”, tras asegurar que las partes celebraron un contrato de compraventa “*de un tangible de 12.000 cajas de guantes EXAMEN PVC marca INTCO, con unas características insoslayables establecidas en el contrato el visto bueno del INVIMA que permitiera su comercialización en Colombia*” (...) y “*frente al incumplimiento en la entrega de las mercancías hasta la fecha, no puede predicarse como válido, el cobro vía ejecutiva el pagaré que se presentó como una garantía del negocio base, del cual era muy consientes las partes contractuales, este se firmó con la más absoluta buena fe comercial por parte de la sociedad compradora.*”

3. Entonces, pese al principio de literalidad que rige a los títulos valores, lo cierto es que la misma ley comercial permite que el deudor la cuestione al establecer en el artículo 784 que: “*Contra la acción cambiaria sólo podrán oponerse las siguientes excepciones: (...) 12. Las derivadas del negocio jurídico que dio origen a la creación o transferencia del título, contra el demandante que haya sido parte en el respectivo negocio o contra cualquier*

otro demandante que no sea tenedor de buena fe exenta de culpa (...)”, medio de defensa que aplica para todo título valor sin excepción alguna, al no haberla establecido el legislador.

Al respecto, la doctrina afirma que *“la literalidad no es un principio incontrovertible. Puede ser motivo de excepción causal y es dable que entre las partes que intervinieron en los actos de creación –relación causal- puedan discutirse sus cláusulas para ampliarlas, restringirlas, anularlas, modificarlas, en fin.”*³

Entonces, si bien del texto del pagaré emana que la demandada se obligó incondicionalmente a pagar el valor que contiene, lo cierto es que tal incondicionalidad se desvanece si el título pende de otro contrato del que se afirma se incumplió y, en dicho evento, el principio de literalidad y autonomía ceden y abren la posibilidad de estudiar la causa que le dio origen al nacimiento del título valor, en razón a que toda obligación debe tener una causa y de ellas no se exceptúan los títulos valores y menos el pagaré.

3.1 Por consiguiente, corresponde dilucidar sobre la existencia y el cumplimiento del contrato que le dio origen al pagaré base de la ejecución, al estar acreditado que éste se otorgó con ocasión al siguiente acuerdo de voluntades:

“PRIMERA: OBJETO. El presente contrato tiene por objeto el suministro por parte del PROVEEDOR, de DOCE MIL CAJAS (12.000) de cajas de guantes de Examen PVC marca INTCO, según ficha técnica anexa. Se entregarán con correspondiente documentación de origen, a su vez con la nacionalización y visto bueno INVIMA. Presentación: Caja x 100 unidades (50 pares).

Los guantes serán proveídos al COMPRADOR — COMPRADOR, en la cantidad y tiempo acordado en el cronograma anexo al presente documento.

SEGUNDA: DURACIÓN. Éste(sic.) contrato se celebra por un término de 2 meses desde su firma y de conformidad con el cronograma anexo.

TERCERA - PRECIO: El precio convenido por cada caja de guantes de Examen Médico de PVC Marca INTCO, es de \$ 41.500 MIL PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA, para un valor total del contrato de CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES DE PESOS (\$498.000.000) (...)

³ TRUJILLO CALLE Bernardo. De los Títulos Valores. Parte General. Pág.74

CUARTA - FORMA DE PAGO: Et presente contrato de suministro es de ejecución abierta a precios unitarios y se pagará de la siguiente manera:

En favor del vendedor se realizará un pago inicial equivalente al 50% del valor del contrato, es decir, la suma de DOCIENTOS CUERENTA Y NUEVE MILLONES DE MILLONES DE PESOS(\$ 249.000.000) MONEDA LEGAL COLOMBIANA entre el 17 al 21 de octubre año en curso CIF buenaventura, segundo pago equivalente al 50% del valor del contrato, es decir, la suma de DOCIENTOS CUERENTA Y NUEVE MILLONES DE PESOS(\$ 249.000.000) MONEDA LEGAL COLOMBIANA se cancelará en su totalidad nacionalizada la mercancía y facturada a nombre del comprador, en bodega de cliente, en caso de no recibir consignación del excedente la mercancía quedara a disposición del vendedor.
(...)

Anexo tabla de fechas de pagos

FECHAS APROXIMADAS	CONDICIONES PARA EL CUENTE	
CONTRATO	TOTAL, MERCANCIA CLIENTE	498.000.000
<u>octubre 18 al 21</u>	<u>ANTICIPO CLIENTE 50% CIF BUENAVENTURA</u>	249.000.000
<u>octubre 23 al 25</u>	<u>ANTICIPO CLIENTE 50% EN BOGOTA BODEGA cliente</u>	249.000.000
	TOTAL	498.000.000

(...)

Como prueba de asentamiento las partes suscriben el presente documento en dos ejemplares del mismo tenor y valor probatorio, en la ciudad de Bogotá D.C., a los 4 días del mes de octubre de 2021.”

3.2 Conforme al clausulado contractual que se acaba de citar, para la Sala no hay duda que el pagaré base de la acción tuvo su génesis allí, y aun cuando le asiste razón al apelante al decir que el contrato aportado al proceso carece de la firma de la representante legal de la demandada, no por ello se puede calificar tal documento de inexistente o ineficaz, de un lado, porque la ejecutante no desconoció su contenido y firma, y, del otro, fijese que fue la propia convocada quien lo allegó con el propósito de probar la causa de la obligación, con lo que está reconociendo implícitamente su contenido y los efectos que del mismo emanan; además, las partes que intervinieron en su celebración, demandante y demandado, reconocieron su contenido en los interrogatorios al referirse a sus condiciones y a las vicisitudes que se presentaron para su cumplimiento.

Para el caso, véase que el señor Marco Fidel Pérez dio fe de que el pagaré se otorgó con ocasión a ese contrato, pues al preguntársele sobre ello, manifestó que *“a nivel comercial sobre este contrato se firmaron dos pagarés; un pagaré por parte de Ceren, y un pagaré por parte mía en respaldo de la negociación de este contrato”* y, al interrogársele al representante legal de la demandante sobre la razón por la cual se solicitó la firma de un pagaré para el suministro de las cajas de guantes, contestó: *“pues digamos que esa era una forma de pago, como una forma de formalizar el negocio, formalizar la compra”*.

3.3 Entonces, pese a que el apelante se duele de que para llegar a la conclusión de que el mencionado contrato fue incumplido por el ejecutante, el juez solo tuvo en cuenta el testimonio absuelto en favor de la demandada y afirma que ello resultaba insuficiente para soportar su decisión, no debe perderse de vista que la sentencia no solo se fincó en la prueba testimonial, también se tuvo en cuenta la documental, así como los interrogatorios de las partes, lo que bastaba para proferir el fallo en la orientación que lo hizo.

En tal sentido, ha de verse que conforme a lo pactado, el contrato tenía una duración total de dos meses, es decir, del 4 de octubre al 4 de diciembre de 2021; que dentro de ese término se convino un primer pago del 50% del valor acordado, como anticipo *“CIF BUENAVENTURA”* del 18 al 21 de octubre, condición que se refiere a que se haría, *“en puerto”* según lo informó el representante legal de la ejecutante, sin embargo, debido a circunstancias ajenas, la mercancía solo arribó allí el 1° de noviembre de 2021, de lo que se sigue que no se dieron las condiciones acordadas para pagar el anticipo del 50%, ni el saldo que se había programado del 23 al 25 de octubre de 2023, encontrándose condicionado también a que la mercancía se hallara en *“bodega cliente”* y, además *“nacionalizada y facturada a nombre del comprador”*, lo que se presentó solo *“después del 20 de diciembre de 2021”*, conforme lo manifestó el representante de la sociedad ejecutante.

Y es que además de lo anterior, en el expediente también obra un *“visto bueno”* expedido por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medellín,

con número “VINVIMA-21-0145506” fecha de aprobación del 20 de diciembre de 2021⁴, empero, con características diferentes con respecto al material de los guantes, PVC:

“OK Técnico.

Mercancía Nueva

Guantes, artículos de higiene, Non Sterile, Medical Examination, Powder – Free Gloves, Ble Color.

Composición: Nitrilo (Plástico). Marca: INTCO (...) (se subraya)

4. De cara a lo expuesto, para la Sala no hay duda que el mencionado contrato se incumplió por la sociedad demandante y si bien el 709 del Estatuto Comercial, respecto del pagaré afirma que es la promesa incondicional de pagar una suma determinada de dinero, como ya se advirtió, para el caso, tal incondicionalidad se vio afectada por el negocio causal, al quedar atada su exigibilidad al suministro de insumos médicos, con las características anotadas en el contrato, y su entrega dentro de los tiempos y formas que se convinieron.

Por consiguiente, conforme lo consideró el juez de conocimiento, en este caso se rompió el principio de literalidad que rige los títulos valores, por ende, era preciso dar paso al medio de defensa soportado en el negocio causal, celebrado entre las mismas partes involucradas en este litigio, excepción que demostró que la intención de las partes era la de sujetar el pago del pagaré y por tanto su exigibilidad al cumplimiento de un contrato, en consecuencia, incumplido ese convenio por el ejecutante, las obligaciones que de ellas emanaban para el deudor demandado, pagar su valor, a través del pagaré, resultaban inexigibles.

5. Lo hasta acá argumentado, sirve también para desechar el reparo dirigido a que funcionario judicial le está vedado pronunciarse acerca del “contrato de mercancías”, no solo por la posibilidad que tiene el demandado de invocar la relación causal o subyacente con base en el numeral 12 del artículo 784 del Código de Comercio, sobre el que la Corte Suprema de

⁴ Folios 147-148 (01CuadernoPrincipal.pdf)

Justicia afirma que: “...las características y condiciones del negocio subyacente no afectan el contenido del derecho de crédito incorporado al título valor. Ello, por supuesto, sin perjuicio de la posibilidad de que entre el titular del mismo y el deudor –y solamente entre esas partes, lo que excluye a los demás tenedores de buena fe– puedan alegarse las excepciones personales o derivadas del negocio causal.”⁵, como acá aconteció, sino también por la obligación que tiene de proponer TODAS las excepciones que tenga contra el mandamiento de pago.

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

A lo que agrega que: “La razón de los anteriores precedentes está justificada también en que la fase de conocimiento dentro del proceso ejecutivo, por su amplitud e importancia en la definición de las relaciones jurídicas, excluye el aplazamiento del debate sobre la validez y los efectos del título ejecutivo presentado por el acreedor, de modo que tales materias quedan en principio reservadas al juez de la ejecución.”⁶

⁵ C.S.J. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de abril de 1993

⁶ C.S.J. Cas. Civ. SC019 de 2007. Rad.1998-00339, reiterada en SC15214- 2017 de 26 de septiembre de 2017 y en la SC3840-2020 (2015-00585-01)

Como se puede ver, nada impide que dentro del proceso ejecutivo el demandado proponga como excepción el incumplimiento del contrato que dio origen al título valor, porque también allí, dentro del mismo escenario, el demandante puede rebatir y demostrar que de su parte cumplió, es decir, el debate propio de un proceso ahora verbal se traslada al proceso ejecutivo en virtud de la relación causal e impone al juez resolver sobre ese incumplimiento.

Para este caso, al proponerse por el demandado la referida excepción, en su traslado el ejecutante sólo insistió en la literalidad y autonomía del título valor, pero no se opuso de manera frontal al incumplimiento del negocio causal que su contraparte le endilgó y menos reclamó pruebas para demostrar lo contrario.

En conclusión, no prosperan ninguno de los reparos que contra la sentencia de primera instancia dirigió el demandante.

6. De conformidad con lo decantado en precedencia, se impone confirmar la sentencia apelada con la consecuente condena en costas a cargo del extremo apelante, propósito para el que la Magistrada Sustanciadora fija la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes S.M.L.M.V., atendiendo lo previsto por el Art. 5°, numeral 4°, del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia el Juzgado Cuarenta y Nueve Civil del Circuito de Bogotá el 18 de enero de 2023, conforme lo decantado en precedencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte recurrente. Se señalan como agencias en derecho la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes S.M.L.M.V., en atención a lo previsto en el numeral 4° del artículo 5 del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016. El Juzgado de primer grado proceda a su liquidación de conformidad con el artículo 366 del Código General del Proceso.

NOTIFÍQUESE,

Los Magistrados,

MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

(en uso de permiso)

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.,

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: **96ab108679db3469ef626f40a61e93588843e381c8889cb17cd72174b63c8096**

Documento generado en 13/04/2023 03:55:56 PM

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

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Bogotá, D.C., trece de abril de dos mil veintitrés.

Ponencia presentada y aprobada en Sala Civil de Decisión de 12 de abril de 2023.

1

Proceso: Ejecutivo Singular
Demandante: Banco Davivienda S.A
Demandado: Baltazar Eduardo Mesa Restrepo y otros
Radicación: 110013103021202100137 02
Procedencia: Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá
Asunto: Apelación sentencia
SC-016/23

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación provocado por la parte demandada contra la sentencia proferida el 7 de febrero de 2023 en el asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

1. El Banco Davivienda S.A instauró demanda contra Baltazar Eduardo Mesa Restrepo, Juan Gonzalo Ángel Jiménez, Gloria Cecilia Callejas Gómez y Angela María Mejía Correa, en la que planteó como pretensiones:

1.1. Librar orden de pago a cargo de los demandados por el capital incorporado en el pagaré 488369, que amparaba las obligaciones 7000482800068152, 7000482800058005 y 7000482800058013, \$1.022´254.845.

1.2. Así mismo, por los intereses causados y no pagados, a la tasa máxima permitida, por \$92´630.892.

1.3. Más intereses de mora a la tasa máxima legal permitida, desde la presentación de la demanda y hasta que se produzca el pago.¹

2. Como sustento fáctico se narró, en síntesis:

2.1. Los demandados se comprometieron a cancelar, el 23 de febrero de 2021, el valor indicado en el pagaré 488369, pero a pesar de los múltiples requerimientos no pagaron.

2.2. Por tanto, adeudan la suma de \$1.114´885.737 representados en el citado pagaré el cual ampara las obligaciones 7000482800068152, 7000482800058005 y 7000482800058013.

2.3. La operación de la obligación demandada, se trata de un crédito comercial.

3. El 15 de abril de 2021, el Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá, expidió el auto de apremio en la forma pedida²

4. Los demandados una vez notificados impugnaron, mediante los recursos ordinarios la orden de pago, decisión

¹ Folio 1 a 2, 0004 EscritoDemanda.pdf, 0001 CuadernoPrincipal.

² Folio 1, 0006 AutoLibraMandamiento.pdf, 0001 Cuaderno Principal.

mantenida incólume al resolver el recurso principal y, por improcedente se negó la subsidiaria alzada³.

5. Mediante apoderada, los demandados contestaron la demanda se opusieron a las pretensiones y formularon como excepciones *i) inexistencia de la obligación, por falta de exigibilidad y claridad en el pagaré de ejecución; ii) el pagaré contravino la carta de instrucciones impartida por los demandados; iii) reducción de la tasa de interés y consecuente pérdida por cobro excesivo; iv) cobro de lo no debido; v) caso fortuito o fuerza mayor; por último, v) novación*⁴.

6. Enseguida se agotaron las audiencias de que tratan los artículos 372 y 373 de la ley 1564 de 2012⁵.

7. La primera instancia declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas, por tanto, se ordenó seguir con la ejecución, practicar la liquidación del crédito, a su vez decretar el avalúo y posterior remate de los bienes cautelados y se condenó en costas a la demandada.

8. La parte demandada formuló recurso de apelación, expuso como reparos la indebida valoración del “*acuerdo privado de normalización de obligaciones financieras*”, específicamente de las cláusulas 25.6 y 25.8⁶.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Juez *a quo*, abordó el estudio de las excepciones de mérito de la siguiente manera:

³ Folio 1 a 4, 0025 AutoResuleveReposicionContraMandamiento, 0001 Cuaderno Principal.

⁴ Folio 1 a 47, 0018 ContestacionDemandaProponeExcepciones, 0001 Cuaderno Principal.

⁵ Folio 1 a 2, 0047 Acta29JUNIO2022.pdf, 0001 Cuaderno Principal.

⁶ Minutos 54:54 a 58:33, 0054 Grabacion-20230207_080005-Grabación de la reunión, 0001 Cuaderno Principal.

Respecto de la *i)* inexistencia de la obligación, por falta de exigibilidad y claridad en el pagaré de ejecución, señaló que debió formularse mediante recurso de reposición contra el auto de apremio a la luz del artículo 430 del estatuto procesal y si bien la ejecutada lo propuso, fue resuelto de manera adversa el 17 de febrero de 2022 en tal sentido se contó con la oportunidad procesal, en todo caso advirtió que el pagaré cumple con los requisitos.

En cuanto a que, *ii)* el pagaré no se ajustó a la carta de instrucciones impartida por los demandados, resaltó que a estos incumbía demostrar que se actuó en contravía de las instrucciones bajo el principio de la carga de la prueba, pero con esta no cumplió.

Refiriéndose a la *iii)* Reducción de la tasa de interés y consecuente pérdida por cobro excesivo y *iv)* Cobro de lo no debido; destacó que ninguno de los argumentos estaban acreditados dado que no se probó que la suma contenida en el pagaré por concepto de capital e intereses no era la pactada por las partes, ni que los intereses, fueran superiores a lo pactado o a lo permitido legalmente, tal cual como se indicó en la orden de pago.

Abordando la defensa de *v)* Caso fortuito o fuerza mayor, anotó que, si bien la pandemia afectó de manera notoria, ello no implicó que todas las personas se hubieran perjudicado de la misma manera por tanto los deudores debían probarlo. Recordó que sobre el tema la Corte Suprema de Justicia ha dicho que el hecho constitutivo debe ser 1) ajeno a todo presagio por lo menos en condiciones de normalidad, 2)

imposible de evitar de modo que el sujeto que lo soporta queda determinado por sus efectos, no es cualquier hecho.

Finalmente, en cuanto a la alegada *vi*) Novación, la jueza señaló que los demandados de forma consciente y voluntaria firmaron el acuerdo privado, en el que la cláusula 25.6 fue clara al determinar la exclusión de la novación y que, en todo caso, el incumplimiento en el pago de los intereses en la forma convenida allí, facultaba a la entidad bancaria para exigir el cumplimiento de las obligaciones según las condiciones plasmadas en el pagaré ejecutado.

En definitiva, la Jueza concluyó que la defensa no podía prosperar por lo que debía seguirse con el cobro judicial de la obligación, precisó que los intereses moratorios serían a la tasa máxima legal permitida siempre y cuando no desborde la pactada.

5

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme el extremo demandado apeló la decisión, argumentó que existió una errónea interpretación de la prueba documental denominado “*acuerdo privado de normalización de obligaciones financieras*”, pues no se podía desconocer la voluntad de las partes ya que el título base de la ejecución no fue el idóneo para iniciar el cobro, conforme a la cláusula 8ª párrafo 3, 25.6 y 25.8, toda vez que se convino la exclusión de novación, razón por la que el demandante debió utilizar el pagaré inicial, es decir, el suscrito únicamente por Meyan S.A, y este era el exigible y la entidad financiera debía devolver los títulos creados con anterioridad, para luego poder hacer viable la exigibilidad de

los que son objeto de esta demanda, pero así no procedió, desconociéndose el paradero del pagaré inicial.

Al sustentar ante esta Sede, reiteró los argumentos de “negocio causal y/o subyacente”, “título complejo”, “contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes”, para decir que el material probatorio no había sido integralmente estudiado, ya que el acuerdo privado de normalización de obligaciones financieras es plena prueba de lo convenido por las partes y ley para ellas, cuya voluntad no se puede desconocer así, el título esgrimido no es el idóneo para iniciar el cobro, necesitándose que la obligación aparezca del título complejo si su cumplimiento no está sujeto a un plazo o condición, lo que se pactó en el acuerdo privado, siendo éste con el primigenio pagaré suscrito por Meyan S.A., el que puede cobrarse.

6

CONSIDERACIONES

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

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

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

“Artículo 422. Título ejecutivo. Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184”.

7

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

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

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

Como es sabido, la obligación es **exigible** cuando puede cobrarse, solicitarse o demandar su cumplimiento del deudor; la exigibilidad, dice Hernando Morales Molina (Curso de Derecho Procesal Civil, Parte Especial) *“consiste en que no haya condición suspensiva ni plazos pendientes que hagan eventuales o suspendan sus efectos, pues en tal caso sería prematuro solicitar su cumplimiento”*. En otras palabras: *“La exigibilidad de una obligación es la calidad que la coloca en situación de pago o solución inmediata, por no estar sometida a plazo, condición, o modo, esto es, por tratarse de una obligación pura, simple y ya declarada”*⁷.

Recuérdese que *“el título ejecutivo puede ser singular, esto es, estar contenido o constituido en un solo documento, o complejo, cuando la obligación está contenida en varios documentos. Las segundas, exigen que el título ejecutivo contenga una prestación en beneficio de una persona. Es decir, que establezca que el obligado debe observar a favor de su acreedor una conducta de hacer, de dar, o de no hacer, que debe ser clara, expresa y exigible”*⁵, dicho esto, solo prestará

⁷ Sent., S. de N. G., 31 agosto 1942, LIV, 383, en Código Civil, Jorge Ortega Torres, Editorial Temis, 1982

mérito ejecutivo si se presenta el conjunto de documentos que lo conforman.

Cuando el título ejecutivo por sí mismo no da cuenta de una obligación clara, expresa y exigible, se requiere la integración de otros documentos que den certeza al Juez de la procedencia de la ejecución, en lo que se conoce como título ejecutivo complejo; y es que el título ejecutivo no siempre corresponde a una unidad física, pues un acertado criterio es consultar su unidad jurídica, pudiendo existir la integración del mismo a partir de varios documentos a modo de **título compuesto o complejo**, véase que la reunión de múltiples documentos que permiten cumplir los requisitos legalmente establecidos para integrar la prueba de una obligación insatisfecha, es lo que se denomina un *título ejecutivo complejo*: “(...) hoy es comúnmente admitido que la *unidad del título ejecutivo no consiste en un único documento, sino que en conjunto demuestran la existencia de una obligación que se reviste de esas características(...)*”⁸.

9

4. Al tenor del artículo 619 del estatuto comercial, se definen los títulos valores como los “*documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora. Pueden ser de contenido crediticio, corporativos o de participación y de tradición o representativos de mercancías*”. Seguidamente el artículo 620 *ibidem* dispone que “*Los documentos y los actos a que se refiere este Título sólo producirán los efectos en él previstos cuando contengan las menciones y llenen los requisitos que la ley señale, salvo que ella los presuma. La omisión de tales menciones y*

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-979 de 02 de diciembre de 1999. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

requisitos no afecta el negocio jurídico que dio origen al documento o al acto”.

El artículo 621 *eiusdem* menciona los requisitos generales de todo título valor, que debe contener:

- “1) La mención del derecho que en el título se incorpora, y
- 2) La firma de quién lo crea.

La firma podrá sustituirse, bajo la responsabilidad del creador del título, por un signo o contraseña que puede ser mecánicamente impuesto.

Si no se menciona el lugar de cumplimiento o ejercicio del derecho, lo será el del domicilio del creador del título; y si tuviere varios, entre ellos podrá elegir el tenedor, quien tendrá igualmente derecho de elección si el título señala varios lugares de cumplimiento o de ejercicio. Sin embargo, cuando el título sea representativo de mercaderías, también podrá ejercerse la acción derivada del mismo en el lugar en que éstas deban ser entregadas.

Si no se menciona la fecha y el lugar de creación del título se tendrán como tales la fecha y el lugar de su entrega.”

El artículo 709 *ídem* además, reseña los requisitos especiales del pagaré:

- “1) La promesa incondicional de pagar una suma determinante de dinero;
- 2) El nombre de la persona a quien deba hacerse el pago;
- 3) La indicación de ser pagadero a la orden o al portador, y
- 4) La forma de vencimiento”

5. Dentro del precedente contexto normativo, los títulos valores constituyen una especie de título ejecutivo, motivo por el que incumbe establecer en el *sub lite*, si el documento esgrimido para soportar la ejecución, tiene tal connotación.

5.1. Exhibió el demandante como base del recaudo el pagaré otorgado el 12 de febrero de 2020 a favor del Banco Davivienda S.A, el que fue firmado por los ejecutados en calidad de avalistas de la sociedad Meyan S.A, donde se incorporó como capital la suma de \$1022'254.845 más intereses causados y no pagados por \$92'630.892⁹; en el que se fijó como vencimiento una fecha cierta el 23 de febrero de 2021, documento en el que confluyen todas las exigencias generales y especiales para este tipo de título valor, cuya autenticidad además de presumirse legalmente no fue cuestionada por los demandados (artículo 793 *ibidem*).

En efecto, el título valor fue otorgado por Baltazar Eduardo Meza Restrepo, como representante de Meyan S.A.; pero no lo es menos que el mismo señor Meza Restrepo, en nombre propio, así como Gloria Cecilia Callejas Gómez, Ángela María Mejía y Juan Gonzalo Ángel Jiménez, estamparon sus respectivas firmas “POR AVAL”, luego en condición de avalistas quedaron obligados “*en los términos que corresponderían formalmente al avalado y su obligación será válida aún cuando la de este último no lo sea*”, advierte el artículo 636 del Estatuto Mercantil.

De esa manera concurren las exigencias legales para calificar el pagaré como un título valor que por sí mismo pone de presente al juzgador la existencia de una obligación insatisfecha que puede cobrarse coactivamente.

6. El disenso del recurrente se erige en la valoración probatoria del “*ACUERDO PRIVADO DE NORMALIZACIÓN DE OBLIGACIONES FINANCIERAS DE MEYAN S.A.*”¹⁰ de cuyas

⁹ Folio 7 a 2, 0002 Pagare.pdf, 0001 Cuaderno Principal.

¹⁰ Folio 7 a 47, 0018 ContestacionDemandaProponeExcepciones, 0001 Cuaderno Principal.

cláusulas, según la apelante, se concluye que el título valor exigible era el pagaré primigenio suscrito únicamente por Meyan S.A y no el ejecutado dentro del proceso.

6.1. En el referido acuerdo participó la mentada sociedad, así como los aquí demandados, en calidad de deudores solidarios de Meyan S.A, su objeto fue, “*establecer los nuevos términos bajo los cuales*” la sociedad deudora atendería las obligaciones que tenía con diferentes entidades financieras, entre ellas el Banco Davivienda S.A., advirtiéndose que el acuerdo modificaba “*(...) las condiciones de pago de las obligaciones actualmente existentes, en lo que a plazo para el pago, tasa de interés, **inclusión de firmas solidarias y constitución de garantías** se refiere, a cargo de la DEUDORA y a favor de los ACREEDORES FINANCIEROS, los cuales **se entenderán reemplazados por los aquí previstos**, por lo que dichas obligaciones serán exigibles en los términos del presente ACUERDO y en los términos que **incorporen los títulos o pagarés que hayan sido o sean otorgados** a favor de cada uno de los ACREEDORES FINANCIEROS” (negrilla fuera de texto)¹¹. Documento que aparece suscrito por los deudores el 30 de diciembre de 2019 y por el Banco Davivienda el 30 de enero de 2020.*

En cuanto a las cláusulas que destaca el apelante, en ellas se estipuló: (i) plazo total de 7 años a partir de la vigencia (1° de julio de 2019); con un periodo de gracia de 2 años, hasta el 30 de junio de 2021; con una tasa de interés mensual, durante la vigencia del acuerdo, equivalente a DTF + 3%; particularmente en la cláusula 8^a párrafo 3°, en lo concerniente a los intereses pendientes de pago a 30 de junio de 2019, se determinó serían pagados “*a cada ACREEDOR*

¹¹ Folio 14 Cláusula 3°, 0018 ContestacionDemandaProponeExcepciones, 0001 Cuaderno Principal.

FINANCIERO a más tardar el 30 de enero de 2020. El incumplimiento de esta obligación por parte de la DEUDORA generará la resolución de pleno derecho del presente ACUERDO, sin que para ello se requiera declaración judicial”; más adelante, se fijaron los eventos de incumplimiento (cláusula 23ª), entre ellos “23.1 La mora en el pago de la DEUDA regulada por este ACUERDO, sin que la misma haya sido remediada en un plazo de treinta (30) días calendario.” y los efectos del incumplimiento (cláusula 24ª). “Excepto por el evento de incumplimiento de la CLÁUSULA 23.1 anterior, en cuyo caso, cada uno de los ACREEDORES FINANCIEROS podrá iniciar, individual o conjuntamente, las acciones legales que estime pertinentes,...”

(ii) En la cláusula 25 se estableció que el Acuerdo tendría vigencia del 1º de julio de 2019 hasta el pago total de la deuda, conviniéndose que en ese periodo y siempre que la deudora estuviese cumpliendo, “los ACREEDORES FINANCIEROS no podrán iniciar nuevos procesos ejecutivos en contra de la DEUDORA, en relación con la DEUDA”, destacándose en el numeral 25.6 “EXCLUSIÓN DE LA NOVACIÓN: Salvo para BANCOLOMBIA (respecto de quien si operará la novación), la suscripción del presente ACUERDO no implica novación de las obligaciones contraídas por la DEUDORA, las cuales continúan vigentes, con las modificaciones aquí establecidas en cuanto a sus condiciones de plazo e interés.” y,

(iii) en la estipulación 25.8 se determinó la instrumentalización de las obligaciones, según el cual cada acreedor financiero decidiría “si para la instrumentación de las obligaciones de pago de la DEUDA, solicitará a la

DEUDORA el otorgamiento de nuevos pagarés diligenciados o con espacios en blanco junto con la respectiva carta de instrucciones, o la suscripción de otrosies a los mismos”, los cuales debía suscribir la deudora dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha de firma, en tanto que “En caso de que cualquiera de los ACREEDORES FINANCIEROS opte por solicitar a la DEUDORA la suscripción de nuevos pagarés, el respectivo ACREEDOR FINANCIERO se compromete a devolver a la DEUDORA, dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la firma del presente ACUERDO, los originales de todos los pagarés, cartas de instrucciones, documentos de crédito o títulos valores anteriores que la DEUDORA hubiere otorgado en el pasado a su favor, para instrumentar el pago de las obligaciones que componen la DEUDA.”

14

6.2. Del análisis de las cláusulas señaladas y en armonía con la totalidad de la prueba documental, resulta claro que: *i)* los ejecutados voluntariamente aceptaron, por una parte, ser deudores solidarios de la sociedad Meyan S.A, según el acuerdo en cuestión, no sólo de las obligaciones que tenían con el Banco Davivienda, sino con otras entidades, con lo cual se cumpliría uno de los objetivos del Acuerdo, el de brindar garantías e incluir firmas solidarias a favor de los acreedores financieros.

ii) se facultó a cada acreedor para solicitar la constitución de nuevos pagarés, lo que en efecto requirió el Banco Davivienda y fue aceptado por la sociedad y por las personas naturales aquí demandadas, quienes impusieron en el pagaré su firma como avalistas.

iii) no se configuró la novación, como expresamente se indicó en el acuerdo privado cuando en la cláusula 25.6 se excluyó, salvo respecto de Bancolombia, determinándose que continuarían vigentes las obligaciones con las modificaciones previstas en el dicho convenio respecto de los plazos originalmente previstos y réditos.

En todo caso, el pagaré que aquí se cobra fue otorgado con posterioridad al pluricitado acuerdo; por lo demás, amerita recordar que la novación es una forma de extinción de las obligaciones (artículo 1625 del Código Civil), que consiste en el acto jurídico por medio del cual hay “(...) *sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda, por tanto, extinguida*”, advierte el artículo 1687 *ídem*; acto que “*Como manifestación de la voluntad exige capacidad jurídica y de obrar para expresar el consentimiento; de mismo modo, reviste un animus novandi, como intención de llevarla a cabo; de manera que el acto reclama la validez de la obligación primitiva, así como la “(...) del contrato de novación” (art. 1689 ejúsdem)*”¹². La novación puede presentarse de tres modos explica el artículo 1690:

- “1o.) *Sustituyéndose una nueva obligación a otra, sin que intervenga nuevo acreedor o deudor.*
- 2o.) *Contrayendo el deudor una nueva obligación respecto de un tercero, y declarándole en consecuencia libre de la obligación primitiva el primer acreedor.*
- 3o.) *Sustituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia queda libre.”*

Siendo creado el pagaré después del acuerdo privado, no puede pregonarse que éste novó aquél.

¹² Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC5569-2019 de 18 de diciembre de 2019. MP. Luis Armando Tolosa Villabona. Radicación: 11001-31-03-010-2010-00358-01

iv) se pactó la posibilidad de constituir nuevas garantías en las que se facultó la creación de un otros pagarés que respaldaran las obligaciones.

6.2.1. Fue en el escenario de la instrumentación de las obligaciones conforme a lo convenido con los acreedores financieros que se suscribió el pagaré que consta en la hoja número 488369 en el que los ejecutados Baltazar Eduardo Mesa Restrepo, Juan Gonzalo Ángel Jiménez, Gloria Cecilia Callejas Gómez y Ángela María Mejía Correa, firmaron como avalistas de Meyan S.A.

Es verdad que originalmente Davivienda S.A había otorgado un crédito a Meyan S.A, y ésta suscribió un pagaré en el que aparecía como única obligada dicha sociedad, según se dice porque tal documento no fue arrimado al plenario; fue a raíz de la situación financiera del ente jurídico deudor que junto con sus acreedores, que se celebró el mencionado “*acuerdo privado de normalización de obligaciones financieras*”, en el que obraron los demandados y aceptaron su condición de deudores solidarios de la persona jurídica.

Con génesis en el precitado Acuerdo, se itera, se otorgó por Meyan S.A., un nuevo un pagaré suscrito también por los ahora ejecutados como avalistas, título valor que en este proceso se cobra, en el cual cada uno de sus signatarios se obligaron autónomamente (artículos 619, 625, 626, 627 y 636 del Código de Comercio).

Resulta entonces incoherente que la recurrente afirme que “*los demandados no adeudaban ninguna obligación que la*

*única deudora era la sociedad*¹³, pues tal aserto desconoce los principios de autonomía, incorporación y literalidad que caracterizan los títulos valores.

Adicionalmente, soslaya el acuerdo que reclama sea atendido. Y es que si bien, se indicó que el incumplimiento en el pago de los intereses ya causados produciría la resolución de pleno derecho del Acuerdo, no lo es menos que en cláusulas posteriores se estipularon los motivos de incumplimiento y su alcance, como ya *ut supra* se detalló, así mismo se previó la instrumentación de las obligaciones, la que para el caso se verificó con el pagaré cuya solución judicial se pide, título valor del cual surge para los avalistas la obligación conforme al derecho allí incorporado, válida aún en la hipótesis de que la de su avalado no lo sea (artículo 636 *idem*).

Por lo demás, si el acreedor no devolvió el inicial pagaré es circunstancia que no tiene incidencia en este asunto, como quiera que ninguna consecuencia para tal omisión se fijó en el Acuerdo; de otro lado, la devolución debía hacerse a la sociedad deudora que no es parte en este litigio y, sería esa persona jurídica la que podría ejercer la defensa respectiva en la eventualidad de ser cobrado. Todo lo cual, se repite, es ajeno a la obligación autónoma de los avalistas del pagaré cuya solución de ellos en este proceso se reclama.

6.3. Lo anterior no entraña, como lo asevera el apelante, desconocer el negocio subyacente; por el contrario, a partir del Acuerdo Privado de normalización de obligaciones financieras de Meyan S.A., se extrae el origen del pagaré

¹³Folio 6, 06Sustentacion.pdf, Cuaderno Tribunal.

fundamento de la ejecución, pero de él no emerge motivo alguno que enerve la pretensión, pues no se demuestra la configuración de que en alguna forma la obligación se haya extinguido.

7. Corolario de lo explicado, se impone confirmar la sentencia atacada, con la consiguiente condena en costas para el recurrente vencido.

DECISIÓN

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

RESUELVE

1. CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de febrero de 2023 por el Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá en el proceso del epígrafe.

2. CONDENAR en costas de esta instancia a la parte recurrente.

Notifíquese,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Magistrada

110013103012202100028 01

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Magistrada

110013103012202100028 01

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

Magistrado

110013103012202100028 01

-En permiso-

-2-

19

Firmado Por:

Ruth Elena Galvis Vergara

Magistrada

Sala Civil

Tribunal Superior De 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: **bd16c5cecfba0f5e5f4d0f89a850f5fe0d59778eb5c435b1d17df662d30a3fc4**

Documento generado en 13/04/2023 04:21:07 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Bogotá, D.C., trece de abril de dos mil veintitrés

Proceso: Ejecutivo Singular
Demandante: Banco Davivienda S.A
Demandado: Baltazar Eduardo Mesa Restrepo y otros
Radicación: 110013103021202100137 02
Procedencia: Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá
Asunto: Apelación sentencia

Se fija la suma de \$3'000.000,00 como agencias en derecho correspondientes a esta instancia.

Notifíquese,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

-2-

Firmado Por:
Ruth Elena Galvis Vergara
Magistrada
Sala Civil

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

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

Código de verificación: **c83d8b61059853d3de6f71d4f07b234c57a21be017b447e1c146e1bc275fb250**

Documento generado en 13/04/2023 04:23:01 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Bogotá, D.C., trece de abril de dos mil veintitrés

Ponencia presentada y aprobadas en Sala Civil de Decisión de 29 de marzo de 2023

Proceso: Ejecutivo singular
Demandante: Macrofinanciera SA
Demandado: Ecopetrol SA y otro.
Radicación: 110013103026201400071 05
Procedencia: Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá
Asunto: Apelación de sentencia.
SC-017/23

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación provocado por el incidentante contra la providencia emitida el 11 de julio de 2022 por el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. El 31 de enero de 2020 la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resolvió el recurso de apelación que promovió el demandado contra la sentencia proferida el 28 de mayo de 2019, por el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá, allí se revocó para “*declarar fundadas las excepciones propuestas por Ecopetrol titulada ‘Endoso sin requisitos legales – efecto de cesión ordinaria’ y ‘contrato no cumplido’*” y, en consecuencia, se denegaron las pretensiones de la demanda respecto de Ecopetrol S.A., y se determinó “*Quinto: Condenar a la parte demandante al pago de los perjuicios que haya podido ocasionar a la demandada Ecopetrol SA con las medidas cautelares*”.

2. En auto del 24 de febrero de 2020 el *a quo* dispuso obedecer y cumplir lo resuelto por esta Corporación¹.

3. El 1° de julio de 2020² la apoderada de Ecopetrol S.A. presentó incidente de perjuicios contra Macrofinanciera S.A. y Factoring International Holding Corp, en calidad de cesionario de derechos de créditos, reconocido en el proceso, donde solicitó:

“1. Que se condene a la sociedad Macrofinanciera S.A. (compañía de Financiamiento Macrofinanciera S.A. C.F.) y a la sociedad Factoring Internacional Holding Corp., en calidad de cesionario de los derechos de crédito, a pagarle a Ecopetrol S.A. el valor correspondiente a la indexación de los \$1.940.000.000 que fueron embargados de la cuenta No. 005007426 del Helm Bank, producto de la medida cautelar ordenada mediante oficio No. 895 de 24 de abril de 2014, desde el 2 de mayo de 2014 (fecha en que se materializó el embargo) hasta el 14 de mayo de 2015 (fecha en que se le entregó el título de depósito judicial a Ecopetrol S.A.).

2. Que se condene a la sociedad Macrofinanciera S.A. (compañía de Financiamiento Macrofinanciera S.A. C.F.) y a la sociedad Factoring Internacional Holding Corp., en calidad de cesionario de los derechos de crédito, a pagarle a Ecopetrol S.A. el valor correspondiente a los intereses liquidados a la tasa legal sobre los \$1.940.000.000 que fueron embargados de la cuenta No. 005007426 del Helm Bank, producto de la medida cautelar ordenada mediante oficio No. 895 de 24 de abril de 2014, desde el 2 de mayo de 2014 (fecha en que se materializó el embargo) hasta el 14 de mayo de 2015 (fecha en que se le entregó el título de depósito judicial a Ecopetrol S.A.).

3. Que se condene a la sociedad Macrofinanciera S.A. (compañía de Financiamiento Macrofinanciera S.A. C.F.) y a la sociedad Factoring Internacional Holding Corp., en calidad de cesionario de los derechos de crédito, a pagarle a Ecopetrol S.A. el valor correspondiente a la indexación de los \$1.940.000.000 que fueron embargados de la cuenta No. 503139001 del Citibank, producto de la medida cautelar ordenada mediante oficio No. 895 de 24 de abril de 2014, desde el 2 de mayo de 2014 (fecha en que se materializó el embargo) hasta el 14 de mayo de 2015 (fecha en que se le entregó el título de depósito judicial a Ecopetrol S.A.).

¹ Folio 56, archivo 01cuadernocuatro.pdf, del compendio 04cuadernocuatro de primera instancia.

² Archivo 23memorialJulioPrimero.pdf, del compendio 02cuadernodo.

4. Que se condene a la sociedad Macrofinanciera S.A. (compañía de Financiamiento Macrofinanciera S.A. C.F.) y a la sociedad Factoring Internacional Holding Corp., en calidad de cesionario de los derechos de crédito, a pagarle a Ecopetrol S.A. el valor correspondiente a los intereses liquidados a la tasa legal sobre los \$1.940.000.000 que fueron embargados de la cuenta No. 503139001 del Citibank, producto de la medida cautelar ordenada mediante oficio No. 895 de 24 de abril de 2014, desde el 2 de mayo de 2014 (fecha en que se materializó el embargo) hasta el 14 de mayo de 2015 (fecha en que se le entregó el título de depósito judicial a Ecopetrol S.A.).

5. Que se condene a la sociedad MACROFINANCIERA S.A. (Compañía de Financiamiento Macrofinanciera S.A. C.F.) y a la sociedad FACTORING INTERNATIONAL HOLDING CORP, en calidad de cesionario de los derechos de crédito, a pagarle a ECOPETROL S.A. el valor correspondiente a la indexación de los \$1.940.000.000 que fueron embargados de la cuenta No. 000520627 del Banco de Bogotá, producto de la medida cautelar ordenada mediante oficio No. 895 de 24 de abril de 2014, desde el 8 de mayo de 2014 (fecha en la que se materializó el embargo) hasta el 14 de mayo de 2015 (fecha en la que entregó el título de depósito judicial a Ecopetrol S.A.).

6. Que se condene a la sociedad MACROFINANCIERA S.A. (Compañía de Financiamiento Macrofinanciera S.A. C.F.) y a la sociedad FACTORING INTERNATIONAL HOLDING CORP, en calidad de cesionario de los derechos de crédito, a pagarle a ECOPETROL S.A. el valor correspondiente a los intereses liquidados a la tasa legal sobre los \$1.940.000.000 que fueron embargados de la cuenta No. 000520627 del Banco de Bogotá, producto de la medida cautelar ordenada mediante oficio No. 895 de 24 de abril de 2014, desde el 8 de mayo de 2014 (fecha en la que se realizó la retención de dineros) hasta el 14 de mayo de 2015 (fecha en la que produjo su devolución a Ecopetrol S.A., mediante la entrega del respectivo título de depósito judicial).

7. Que se condene a la sociedad MACROFINANCIERA S.A. (Compañía de Financiamiento Macrofinanciera S.A. C.F.) y a la sociedad FACTORING INTERNATIONAL HOLDING CORP, en calidad de cesionario de los derechos de crédito, a pagarle a ECOPETROL S.A. el valor correspondiente a la indexación de los \$1.940.000.000 que fueron embargados de la cuenta No. 13267000906 de Bancolombia S.A., producto de la medida cautelar ordenada mediante oficio No. 895 de 24 de abril de 2014, desde el 14 de mayo de 2014 (fecha en la que se materializó el

embargo) hasta el 14 de mayo de 2015 (fecha en la que entregó el título de depósito judicial a Ecopetrol S.A.).

8. Que se condene a la sociedad MACROFINANCIERA S.A. (Compañía de Financiamiento Macrofinanciera S.A. C.F.) y a la sociedad FACTORING INTERNATIONAL HOLDING CORP, en calidad de cesionario de los derechos de crédito, a pagarle a ECOPETROL S.A. el valor correspondiente a los intereses liquidados a la tasa legal sobre los \$1.940.000.000 que fueron embargados de la cuenta No. 13267000906 de Bancolombia S.A., producto de la medida cautelar ordenada mediante oficio No. 895 de 24 de abril de 2014, desde el 14 de mayo de 2014 (fecha en la que se realizó la retención de dineros) hasta el 14 de mayo de 2015 (fecha en la que produjo su devolución a Ecopetrol S.A., mediante la entrega del respectivo título de depósito judicial).

9. Que se condene a la sociedad MACROFINANCIERA S.A. (Compañía de Financiamiento Macrofinanciera S.A. C.F.) y a la sociedad FACTORING INTERNATIONAL HOLDING CORP, en calidad de cesionario de los derechos de crédito, a pagarle a ECOPETROL S.A. el valor correspondiente a la indexación de los \$1.940.000.000 que fueron embargados del cdt del Banco AV Villas S.A., producto de la medida cautelar ordenada mediante oficio No. 895 de 24 de abril de 2014, desde el 17 de julio de 2014 (fecha en la que se materializó el embargo) hasta el 4 de abril de 2017 (fecha en la que entregó el título de depósito judicial a Ecopetrol S.A.).

10. Que se condene a la sociedad MACROFINANCIERA S.A. (Compañía de Financiamiento Macrofinanciera S.A. C.F.) y a la sociedad FACTORING INTERNATIONAL HOLDING CORP, en calidad de cesionario de los derechos de crédito, a pagarle a ECOPETROL S.A. el valor correspondiente a los intereses liquidados a la tasa legal sobre los \$1.940.000.000 que fueron embargados del cdt del Banco AV Villas S.A., producto de la medida cautelar ordenada mediante oficio No. 895 de 24 de abril de 2014, desde el 17 de julio de 2014 (fecha en la que se realizó la retención de dineros) hasta el 4 de abril de 2017 (fecha en la que produjo su devolución a Ecopetrol S.A., mediante la entrega del respectivo título de depósito judicial).

11. Que se condene a la sociedad MACROFINANCIERA S.A. (Compañía de Financiamiento Macrofinanciera S.A. C.F.) y a la sociedad FACTORING INTERNATIONAL HOLDING CORP, en calidad de cesionario de los derechos de crédito, a pagarle a ECOPETROL S.A. el valor correspondiente a la indexación de los \$1.940.000.000 que fueron embargados del cdt del Banco GNB Sudameris S.A., producto de la medida cautelar ordenada

mediante oficio No. 895 de 24 de abril de 2014, desde el 17 de julio de 2014 (fecha en la que se materializó el embargo) hasta el 4 de abril de 2017 (fecha en la que entregó el título de depósito judicial a Ecopetrol S.A.).

12. Que se condene a la sociedad MACROFINANCIERA S.A. (Compañía de Financiamiento Macrofinanciera S.A. C.F.) y a la sociedad FACTORING INTERNATIONAL HOLDING CORP, en calidad de cesionario de los derechos de crédito, a pagarle a ECOPETROL S.A. el valor correspondiente a los intereses liquidados a la tasa legal sobre los \$1.940.000.000 que fueron embargados del cdt del Banco GNB Sudameris S.A., producto de la medida cautelar ordenada mediante oficio No. 895 de 24 de abril de 2014, desde el 17 de julio de 2014 (fecha en la que se realizó la retención de dineros) hasta el 4 de abril de 2017 (fecha en la que produjo su devolución a Ecopetrol S.A., mediante la entrega del respectivo título de depósito judicial).

13. Que se condene a la sociedad MACROFINANCIERA S.A. (Compañía de Financiamiento Macrofinanciera S.A. C.F.) y a la sociedad FACTORING INTERNATIONAL HOLDING CORP, en calidad de cesionario de los derechos de crédito, a pagarle a ECOPETROL S.A. el valor correspondiente a la indexación de los \$1.940.000.000 que fueron embargados de la cuenta No. 008900676787 del Banco Davivienda S.A., producto de la medida cautelar ordenada mediante oficio No. 895 de 24 de abril de 2014, desde el 2 de mayo de 2014 (fecha en la que se materializó el embargo) hasta el 4 de abril de 2017 (fecha en la que entregó el título de depósito judicial a Ecopetrol S.A.).

14. Que se condene a la sociedad MACROFINANCIERA S.A. (Compañía de Financiamiento Macrofinanciera S.A. C.F.) y a la sociedad FACTORING INTERNATIONAL HOLDING CORP, en calidad de cesionario de los derechos de crédito, a pagarle a ECOPETROL S.A. el valor correspondiente a los intereses liquidados a la tasa legal sobre los \$1.940.000.000 que fueron embargados de la cuenta No. 008900676787 del Banco Davivienda S.A., producto de la medida cautelar ordenada mediante oficio No. 895 de 24 de abril de 2014, desde el 2 de mayo de 2014 (fecha en la que se realizó la retención de dineros) hasta el 4 de abril de 2017 (fecha en la que produjo su devolución a Ecopetrol S.A., mediante la entrega del respectivo título de depósito judicial).

15. Que se condene a la sociedad MACROFINANCIERA S.A. (Compañía de Financiamiento Macrofinanciera S.A. C.F.) y a la sociedad FACTORING INTERNATIONAL HOLDING CORP, en

calidad de cesionario de los derechos de crédito, a pagarle a ECOPETROL S.A. el valor correspondiente a la indexación de los \$1.940.000.000 que fueron embargados de la cuenta No. 037003255 de Corpbanca S.A., producto de la medida cautelar ordenada mediante oficio No. 895 de 24 de abril de 2014, desde el 30 de abril de 2014 (fecha en la que se materializó el embargo) hasta la fecha en que se produzca la devolución efectiva de esos dineros a favor de Ecopetrol S.A., mediante el correspondiente título de depósito judicial.

16. Que se condene a la sociedad MACROFINANCIERA S.A. (Compañía de Financiamiento Macrofinanciera S.A. C.F.) y a la sociedad FACTORING INTERNATIONAL HOLDING CORP, en calidad de cesionario de los derechos de crédito, a pagarle a ECOPETROL S.A. el valor correspondiente a los intereses liquidados a la tasa legal sobre los \$1.940.000.000 que fueron embargados de la cuenta No. 037003255 de Corpbanca S.A., producto de la medida cautelar ordenada mediante oficio No. 895 de 24 de abril de 2014, desde el 30 de abril de 2014 (fecha en la que se realizó la retención de dineros) hasta la fecha en que se produzca la devolución de los dineros a favor de Ecopetrol S.A., mediante el correspondiente título de depósito judicial.

17. Que se condene a la sociedad MACROFINANCIERA S.A. (Compañía de Financiamiento Macrofinanciera S.A. C.F.) y a la sociedad FACTORING INTERNATIONAL HOLDING CORP, en calidad de cesionario de los derechos de crédito, a pagarle a ECOPETROL S.A. el valor correspondiente a la indexación de los \$1.222.304.623 que tuvo que consignar ECOPETROL S.A. en el Banco Agrario para que se diera trámite al recurso de apelación concedido en el efecto devolutivo sin que se causaran intereses de mora, desde el 24 de julio de 2019 (fecha en la que se realizó el depósito judicial) hasta la fecha en que se produzca la devolución de los dineros a favor de Ecopetrol S.A.

18. Que se condene a la sociedad MACROFINANCIERA S.A. (Compañía de Financiamiento Macrofinanciera S.A. C.F.) y a la sociedad FACTORING INTERNATIONAL HOLDING CORP, en calidad de cesionario de los derechos de crédito, a pagarle a ECOPETROL S.A. el valor correspondiente a los intereses liquidados a la tasa legal sobre los \$1.222.304.623 que tuvo que consignar ECOPETROL S.A. en el Banco Agrario para que se diera trámite al recurso de apelación concedido en el efecto devolutivo sin que se causaran intereses de mora, desde el 24 de julio de 2019

(fecha en la que se realizó el depósito judicial) hasta la fecha en que se produzca la devolución de los dineros a favor de Ecopetrol S.A.”³

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

2.1. Macrofinanciera S.A. presentó demanda ejecutiva en contra de Ecopetrol S.A. y Priserco, con el propósito de obtener el pago de las facturas de compraventa No. 134, 1337, 1340, 1353, 1365 y 1386 en cuantía de \$1.281.241.967.

2.2. El 4 de marzo de 2014 el Juzgado 26 Civil del Circuito libró mandamiento de pago y, en auto del 31 de ese mes y año, decretó el embargo y retención de dineros en las cuentas bancarias de la demandada, con límite de \$1.940.000.000.

2.3. La ejecutante radicó el oficio No. 895 del 24 de abril de 2014 en Corpbanca, Helm Bank, Citibank, Banco de Bogotá, Bancolombia, Banco Av. Villas, Banco Sudameris y Banco Davivienda, sin tener en cuenta que la demandada es una entidad estatal que maneja en todas sus cuentas bancarias elevados montos de naturaleza pública, destinados al cumplimiento de su objeto social.

2.4. El exceso de embargo le causó a Ecopetrol S.A. perjuicios de gran magnitud.

2.5. El 29 de abril de 2015 el *a quo* aceptó la cesión de derechos de crédito a favor de Factoring Internacional Holding Corp. Olx.

2.6. Ecopetrol S.A. se notificó personalmente y, solicitó el levantamiento de las medidas cautelares por exceder el límite de embargos y, mediante auto del 29 de julio del mismo año dispuso tener “*tener en cuenta únicamente el depósito judicial realizado por la entidad Bancaria Citibank Colombia (...) y ordenar el desembargo del exceso relacionado en el informe de títulos (...)*”.

³ Folio 5 a 9 del archivo 21Incidenteliquidacióndeperjuicios.pdf., del archivo “02cuadernos”

2.7. Sólo hasta el 14 de mayo de 2015, Ecopetrol S.A., obtuvo el desembargo de \$7.760.000.000 mediante la entrega de los títulos de depósito judicial.

2.8. Por haberse presentado el oficio de embargo 8 veces, se vio en la necesidad nuevamente de pedir desembargo de dineros cautelados en exceso, petición que fue reiterada el 17 de junio de 2016.

2.9. El 17 de febrero de 2017 se profirió sentencia que declaró probadas las excepciones formuladas por Ecopetrol S.A., ordenó la terminación del proceso y el levantamiento de medidas cautelares la que fue apelada por el ejecutante.

2.10. El 16 de marzo de 2017, Ecopetrol S.A. presentó por cuarta vez solicitud de elaboración de títulos y, hasta el 4 de abril de 2017 obtuvo entrega de \$5.819.999.458.

2.11. El 23 de agosto de 2017 el Tribunal Superior de Bogotá declaró la nulidad de la sentencia por ser carente de motivación y, el 28 de mayo de 2019 el *a quo* emitió nueva decisión, declaró no probadas las excepciones, ordenó el pago de las facturas por \$1.206.262.9185 junto con intereses moratorios. Decisión apelada por Ecopetrol S.A.

2.12. El 25 de julio de 2019, Ecopetrol S.A., solicitó que se tuviera por cumplida la obligación con base en el depósito judicial constituido junto con el excedente de \$1.222.304.632, en razón a que el recurso de apelación se concedió en el efecto devolutivo.

2.13. El 31 de enero de 2020 el Tribunal Superior del Distrito Judicial modificó la decisión y terminó el proceso contra Ecopetrol S.A.

2.14. En cuanto a los perjuicios causados, alegó que los embargos alcanzaron \$15.520'000.000; adicional a la consignación de \$1.222.304.623 que tuvo que hacer a favor

del Juzgado, sin contar que, durante todo el proceso estuvo vigente la medida cautelar decretada en el Banco Corpbanca.

3. En auto del 18 de septiembre de 2020⁴ se dispuso a correr traslado y, el apoderado de los incidentados solicitó el rechazo del incidente, habida cuenta que no se aportó la liquidación motivada del supuesto perjuicio, por tanto, no se especificó la cuantía, ni mucho menos está estimada bajo juramento.

4. La parte incidentante reformó el incidente de perjuicios⁵.

5. Adelantado el trámite se profirió sentencia donde se negaron las pretensiones.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Argumentó el *a quo* que la parte demandada presentó incidente de regulación de perjuicios en los términos del artículo 283 de la ley 1564 de 2012, que no podía ser reformado, porque es distinta la demanda que el incidente, y para trámites accesorios no estaba permitido, por ello la reforma no se tendría en cuenta, sino que consideraría el escrito inicial.

Agregó, que el daño generado por la práctica de medidas cautelares debe acreditarse, pero así no se hizo como tampoco se probó el nexo causal. El solo hecho de aportar copia de los oficios de embargo y petición de desembargo en exceso, no lo prueba; además, no se aportó liquidación matemática que acreditara los perjuicios, los tan nombrados intereses dejados de percibir y la indexación en el tiempo en cada una de las pretensiones, es decir, no se arrimó la prueba idónea ni conducente; por tanto, no se acreditó el daño ni el nexo causal.

⁴ Archivo 33 auto corre traslado, ibidem

⁵ Archivo 59 reforma incidente, ibidem

Posteriormente, adicionó la sentencia en el sentido de analizar las excepciones formuladas y, ordenar se consignen los dineros que había en el proceso a favor de la parte ejecutada, de su propiedad.

LA APELACIÓN

El apoderado de la incidentante apeló y sustentó su disenso ante esta instancia de la siguiente manera:

i) Se practicó ocho veces la misma medida cautelar contenida en el oficio 895 del 24 de abril de 2014, dirigido y radicado con los oficios Helm Bank, Citibank, Banco de Bogotá, CDT Av Villas, CDT GNB Sudameris, Banco Davivienda, Banco Corpbanca, por un total de \$15.520.000.000.

ii) Como si ello no fuera poco, consignó \$1.222.304.623 a favor del Juzgado, en razón a que el efecto en que se concedió la apelación fue en el devolutivo.

iii) Se produjo abuso del derecho a litigar, se demandó a Ecopetrol sin fundamento alguno, habida cuenta que los títulos no cobraban mérito alguno y, de forma poco diligente pidió cautelas que se radicaron en 8 entidades financieras, pese a conocer que Ecopetrol es una empresa sólida y tiene recursos en todas las entidades financieras, por lo que se le causó un perjuicio en más de \$15.520.000.000 como se acreditó en el proceso.

iv) El incidente se presentó en el término de ley y, con el documento aportado el 1° de julio de 2020 se acreditan los perjuicios causados, tema sobre el que nada se dijo en el traslado, por ello no puede de oficio el juez exonerar a los demandados y extra *petita* favorecerlos de dicho silencio.

Agregó que solo formuló las excepciones de prescripción o caducidad, es decir, no se opuso de forma seria y fundada;

por el contrario, la incidentante se vio en la necesidad de soportar embargos por \$15.520.000.000.

v) La devaluación del dinero ocurre por el paso del tiempo y transcurrieron años con esos dineros depositados sin causa justificada alguna.

vi) En el escrito del incidente se incluyó un capítulo titulado perjuicios causados a Ecopetrol, en él se discriminó cada uno de los valores embargados, fechas de consignación, lo cual ignoró el juez de primera instancia.

No se tuvo en cuenta la fecha concreta en que se practicó la medida cautelar y la data en que se recuperaron los dineros, y a la presentación del incidente aún faltaban por entregar recursos y, por ello, por la falta de devolución completa no se realizó la operación aritmética.

Por último, dijo que cuando se acojan las pretensiones, procederá a hacer la liquidación hasta la fecha que se efectúe el pago.

La parte incidentada recorrió el traslado y manifestó:

i) Las medidas cautelares fueron levantados antes del 4 de abril de 2017 y, solo quedó vigente una por valor de \$1.920.000.000 hasta el 31 de enero de 2020, data en que se exoneró a Ecopetrol; técnicamente sería imposible estudiar el incidente porque el derecho habría caducado.

Insistió en la validez de la presentación del incidente, porque no se incluyó la liquidación que exige el artículo 283 del estatuto procesal civil.

ii) No se planteó reparo serio contra la sentencia, las simples manifestaciones de inconformidad no son suficientes para que la autoridad judicial se pronuncie; por tanto, debe declararse desierto el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

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

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

3. En primera medida se resalta que, ningún reproche mereció la argumentación en que se fundó la negativa de la reforma del escrito incidental, por ende, la Sala no se pronunciará al respecto.

4. Para resolver se recuerda que el numeral 3 del artículo 443 de la Ley 1564 de 2012 estatuye que en los procesos ejecutivos “[l]a sentencia de excepciones totalmente favorable al demandado pone fin al proceso; en ella se ordenará el desembargo de los bienes perseguidos y se condenará al ejecutante a pagar las costas y los perjuicios que aquél haya sufrido con ocasión de las medidas cautelares y del proceso”; y que el artículo 283 *eiusdem* establece la forma y término en que debe ser incoado el incidente de liquidación de perjuicios así:

“En los procesos en que este código autoriza la condena en abstracto se liquidará por incidente que deberá promover el interesado mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, estimada bajo juramento, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la providencia respectiva o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior. Dicho incidente se resolverá mediante

sentencia. Vendido el término señalado sin promoverse el incidente se extinguirá el derecho”.

4.1. Para descartar la queja del ejecutante, se analizará si el incidente fue presentado en tiempo.

4.1.1. En el caso objeto de estudio, el 31 de enero de 2020 esta Colegiatura resolvió el recurso de apelación propiciado contra la sentencia proferida el 28 de mayo de 2019 por el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá, donde entre otros, se declaró fundadas las excepciones y se condenó al ejecutante al pago de los perjuicios que hubiere podido ocasionar a la parte demandada, con la práctica de las medidas cautelares.

En auto del 24 de febrero de 2020 el *a quo* dispuso obedecer y cumplir lo resuelto por esta Corporación⁶ y, el primero de julio de 2020⁷ la apoderada de Ecopetrol SA presentó incidente de perjuicios contra Macrofinanciera SA y Factoring International Holding Corp.

4.1.2. En virtud de la pandemia que trajo consigo el virus denominado Covid-19, se expidió la normativa correspondiente, fue así como el artículo 1º del Decreto Legislativo 564 de 2020⁸ (de 15 de abril de 2020), determinó que los términos *“para ejercer 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 el 16 marzo 2020 hasta el día que Consejo Superior de la Judicatura disponga la reanudación los términos judiciales.”* (énfasis fuera del texto).

⁶ Folio 56, archivo 01cuadernocuatro.pdf, del compendio 04cuadernocuatro de primera instancia.

⁷ Archivo 23memorialJulioPrimero.pdf, del compendio 02cuadernodo.

⁸ “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 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 Consejo Superior de la Judicatura disponga la reanudación los términos judiciales. El conteo los términos prescripción y caducidad se reanudará a partir del día hábil siguiente a la fecha en que cese la suspensión términos judiciales ordenada por 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”.

El Consejo Superior de la Judicatura, mediante los Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549, y PCSJA20-11556 suspendió los términos judiciales, estableció algunas excepciones y adoptó otras medidas por motivos de salubridad pública y fuerza mayor con ocasión de esa pandemia, que conllevó al Ministerio de Salud y Protección Social a la declaratoria de emergencia sanitaria mediante Resolución 385 del 12 de marzo de 2020.

El Acuerdo PCSJ20-11567 de 2020, dispuso “*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*”, (resaltado fuera del texto original) conforme a las reglas allí consignadas, las que fueron precisadas en el Acuerdo PCSJ20-11581 de 2020.

4.1.3. Dentro de ese contexto, entre la notificación de la providencia que dispuso obedecer y cumplir lo resuelto por el superior (24 de febrero de 2020) y la fecha de presentación del incidente (1° de julio de 2020) tan solo transcurrieron 14 días, de donde se evidencia que fue presentado oportunamente.

5. Para resolver el punto neurálgico de la apelación, valga decir, el cumplimiento de las exigencias del incidente de regulación de perjuicios, pertinente es reseñar lo que la Corte ha explicado⁹:

*“Bien ha pregonado «la jurisprudencia y la doctrina [que] el ejercicio abusivo del derecho a litigar es un fenómeno que **puede configurar la responsabilidad civil extracontractual** de quien acude a la jurisdicción de manera negligente, temeraria o maliciosa para obtener una tutela jurídica inmerecida» (SC, 14 feb. 2005, exp. n.° 12073).*

En estos casos, para que proceda la reparación, el afectado tiene que probar «una conducta humana antijurídica, en este caso, el adelantamiento de un proceso o la realización de un acto procesal particular en forma desviada de su finalidad; un factor o criterio de atribución de la responsabilidad, que en la

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC 3930 de 2020 del 19 de octubre de 2020, MP. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo,

referida hipótesis, como viene de explicarse, solamente puede consistir en la temeridad o mala fe; un daño o perjuicio, es decir, un detrimento, menoscabo o deterioro, que afecte bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con su esfera espiritual o afectiva, o con los bienes de su personalidad; y, finalmente, una relación o nexo de causalidad entre el comportamiento de aquel a quien se imputa la responsabilidad y el daño sufrido por el afectado (SC, 1° nov. 2013, rad. n.° 1994-26630-01).

Son ejemplos de uso abusivo de las vías legales, entre otros, (i) la interposición de una acción temeraria basada en el albur del proceso y sin consideración al derecho en discusión (SC, 28 sep. 1953); (ii) el desistimiento de un proceso inesperadamente para evitar un inminente fallo adverso que diere la victoria a la contraparte (*ídem*); o (iii) la promoción de un compulsivo sin fundamento ni respaldo (SC, 15 dic. 2009, rad. n.° 2006-00161-01).

(...)

De allí que se considere abusivo el embargo innecesario de bienes en un proceso ejecutivo (SC, 9 ab. 1942); la cautela sobre la totalidad de los bienes del deudor sin justificación (SC, 11 oct. 1973, G.J. CXLVII, n.° 2372 a 2377); la omisión en el destrabamiento de bienes que no prestan ninguna garantía para la efectividad de la obligación perseguida (*ídem*); o **la ejecución de un deudor con cautelas excesivas respecto al crédito que se cobra** (SC, 2 dic. 1993, exp. n.° 4159).

En estos casos, el afectado deberá reclamar la indemnización de perjuicios a través de alguna de las siguientes vías, según el orden de prelación establecido por la codificación procesal:
(i) Por medio de un incidente en el proceso ejecutivo, en los casos en que el juez del coactivo en el auto de desembargo imponga al acreedor el deber de pagar los perjuicios resultantes de las medidas cautelares practicadas, como lo permiten, de forma ejemplificativa, los cánones 510 y 687 del Código de Procedimiento Civil -actuales 443 y 597 del C.G.P.-
De esta forma en el compulsivo deberán resolverse todas las cuestiones relativas al mismo, en aplicación del principio de economía procesal, para lo cual basta que el afectado presente la liquidación de los perjuicios, junto con las pruebas que permitan demostrar su causación. Ha dicho este órgano de cierre:

[L]a Sala reitera su jurisprudencia en el sentido de que se trata de alternativas procesales de un tipo especial de responsabilidad civil extracontractual. En efecto, en sentencia del 12 de julio de 1993 (Cas. en proceso de Guillermo A. Salazar contra la Soc. Cial. Franco Hermanos Ltda. aún sin publicar) dijo esta Corporación: ‘Nada distinto de lo ya expuesto emerge de la condena preceptiva al pago de perjuicios contemplada en el artículo 510 del C. de P.C., pues

si bien es verdad que su imposición otorga a la parte favorecida con la misma el privilegio de no tener que acudir a proceso diferente para obtener su indemnización, no por eso debe entenderse ella liberada de demostrar los requisitos comunes a esta especie de responsabilidad, por cuanto no es admisible colegir que con la consagración legal de esa condena el legislador se propuso establecer una presunción del daño.’ (SC, 2 dic. 1993, exp. n.º 4159).”(Resaltado intencional).

6. La pretensión resarcitoria en el *sub iudice*, tiene como cimiento la condena preceptiva que se impusiera al demandante en la sentencia de segunda instancia adiada 31 de enero de 2020; luego al incidentante le correspondía presentar la liquidación de los perjuicios y las pruebas de la causación de estos; y en la solicitud, así se indicó que por el exceso en las cautelas decretadas y la demora en su liberación, la entidad no pudo disponer de las sumas de dinero que fueron retenidas en las diversas entidades bancarias.

6.1. Basta entonces constatar en el plenario tales circunstancias, así con la demanda se solicitó el “embargo y secuestro de todos los dineros que llegare a tener la demandada en los diferentes bancos del país. Sírvase ordenar expedir el oficio circular a esa (sic) entidades financieras¹⁰” y, una vez constituida la póliza requerida¹¹ el *a quo* en auto del 31 de marzo de 2014 dispuso “Decretar el embargo y retención de los dineros que los demandados Priserco S.A.S. y Ecopetrol S.A. posean a cualquier título en las entidades bancarias del país. Oficiense (...) Limitándose las medidas en la suma de \$1.940.000.000,00 Oficiense.”, medida comunicada con oficio No. 895 del 24 de abril de 2014.

6.2. Como medidas cautelares efectivas, se evidencia que, conforme al reporte de títulos que dio el Banco Agrario de Colombia al 12 de mayo de 2016¹², se dejó constancia que fueron positivos **ocho** embargos, cada uno por \$1.940.000.000 monto consignado por cada una de las siguientes entidades financieras: Citibank Colombia, Banco Corpbanca, Helm Bank, Banco de Bogotá, Bancolombia, Banco Davivienda, Deceval S.A. - Banco Av Villas y Deceval S.A. - Banco GNB Sudameris.

Así mismo, obra el “Reporte general por proceso” de fecha 31 de julio de 2014 para el radicado 11001310302620140007100

¹⁰ Folio 36, del archivo 01 cuaderno dos, carpeta 02 cuaderno dos.

¹¹ Folio 5 ibidem

¹² Folio 106 del cuaderno “01cuadernodos.pdf” ubicado en la carpeta 02cuadernodos

emitido por la plataforma de títulos judiciales el cual se compone de tres depósitos judiciales i) uno constituido el 8 de mayo de 2014 por el Banco Helm Bank por \$1.940.000.000; ii) otro, constituido el 12 de mayo de 2014 por el Banco de Bogotá por \$1.940.000.000; iii) el 21 de mayo de 2014 por Bancolombia por \$1.940.000.000¹³.

De igual forma, se encuentra la “*Relación de títulos general*” expedida por el Banco Agrario de Colombia el 7 de mayo de 2014, en el que se registra un título de esa calenda por \$1.940.000.000 abonado por Citibank¹⁴ para el proceso 11001310302620140071 de *MULTIFINANCIERA* (sic) contra Ecopetrol S.A.

También reposa la respuesta positiva remitida por Banco Corpbanca del 7 de mayo de 2014, en el que informó que “(...) *procedió a debitar de la cuenta No. 037-xxxxx-5 el valor de \$1.940.000.000 para ser abonados al banco agrario para constituir depósito judicial*”¹⁵.

Igualmente, se observa el oficio emitido por Deceval del 15 de mayo de 2014 en el que manifestó “(...) *Deceval a través del Banco Av Villas (...) procedió con la anotación en cuenta de la medida de embargo sobre el CDT emitido por el Banco AV Villas, identificado con ISIN COB52CD26212 por un valor de \$1.940.000.000, propiedad del inversionista Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol (...)*”¹⁶.

Y, referente al embargo realizado por Banco Davivienda, está el “*Informe detallado de depósitos judiciales donde figura como demandado Ecopetrol con Nit. 899.999.068-1 con fecha de corte mayo 11 de 2016*” expedido por Banco Agrario en el que consta que, aquella entidad financiera consignó dineros por \$1.939.999.458 el 2 de mayo de 2014.

En igual sentido, el oficio emitido por Deceval SA en el que refirió que “*procedió con la anotación en cuenta en la medida cautelar de embargo sobre CDT emitido por el Banco GNB Sudameris, identificado con ISIN COB12CD62468 por un valor de \$1.940.000.000, propiedad del inversionista Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol (...)*”¹⁷.

¹³ Folio 69, ibidem.

¹⁴ Archivo 05Respuestacitibank.pdf y en el Folio 70 "01cuadernodos.pdf" ubicado en la carpeta 02cuadernodos

¹⁵ Archivo 45respuestacorbanca

¹⁶ Archivo 46 Respuesta AV VILLAS

¹⁷ Archivo 47 respuesta sudameris ibidem

Con lo anterior se acredita que los embargos ascendieron a **\$15.519'999.458,00**, dineros que fueron retenidos y de los que la demandada no pudo disponer.

6.3. En el expediente se aprecia también, que Ecopetrol S.A. el 12 de mayo de 2014¹⁸, una vez notificado, peticionó el levantamiento de la medida cautelar por exceso de esta, solicitud a la que accedió el *a quo* el 29 de julio de 2014¹⁹, con la aclaración de que sólo quedaba vigente el depósito judicial efectuado por Citibank.

No obstante, la orden judicial sólo vino a materializarse más de 9 meses después, en razón a que los dineros retenidos fueron entregados el 14 de mayo de 2015²⁰, según el formato de comunicación de la orden de pago de depósitos judiciales, valga decir, un año después de la petición de desembargo, lo que acredita el daño alegado, toda vez que durante ese lapso la ejecutada se privó de la disposición del dinero.

Precisamente el eje toral de la pretensión resarcitoria se halla en la imposibilidad del uso del dinero.

6.4. No puede pasarse inadvertido que el primer oficio mediante el cual Citibank anunció que la medida cautelar había sido efectiva fue del 7 de mayo de 2014 y ello obraba en el expediente desde el día siguiente²¹, empero, el demandante enterado de haber radicado el oficio comunicando la cautela en múltiples entidades financieras, pretermitió su deber de obrar con lealtad, y no informó al juzgado para que este adoptara las medidas pertinentes para liberar los bienes gravados en exceso. No se olvide que es deber de las partes y sus apoderados "*Proceder con lealtad y buena fe en todos los actos*", como lo prevé el numeral 1, del canon 78 de la Ley 1564 de 2012.

6.5. La Sala no desconoce que es prerrogativa de los acreedores perseguir los bienes del deudor para obtener la satisfacción de sus derechos de crédito; pero, como todas las demás, ésta no puede ser ejercida de modo libérrimo y desmedido. El acreedor puede reclamar y obtener la práctica de cautelas para lograr el pago efectivo de lo que se le adeuda, pero sin afectar injustificada o ilegalmente los derechos del deudor ni los de terceros. Por eso, en el artículo

¹⁸ Folio 155 del 01cuadernoUno.pdf

¹⁹ Folio 71, ibidem.

²⁰ Folio 75 ibidem.

²¹ Folio 16, del archivo "01cuadernodos.pdf", del cuaderno 02cuadernodos

599 de la Ley 1564 de 2012 se consagran limitaciones al quantum de las cautelas; y, por lo mismo es que, si el ejecutado logra tener éxito con sus excepciones y fulmina con ello las pretensiones del actor, tiene derecho a ser indemnizado por los perjuicios que le sean causados, pues, en esos eventos, el ejecutante ha obrado por fuera de lo que la ley le autoriza, evento en el cual su actuar deja de ser legítimo.

No obstante, en este caso se tiene la plena certeza y con sólida prueba, que la cautela recayó sobre dineros de la promotora incidentante en \$15.519.999.458,00 monto que aquella tenía en las cuentas bancarias referidas y, que superó considerablemente la suma cuyo recaudo se perseguía en el proceso ejecutivo, a lo que se agrega que la pretensión del ejecutante fue denegada.

6.6. No solo la cautela se practicó excesivamente, sino que el actor nada hizo para que se liberaran los dineros que desbordaron el límite legal, fue a instancias de la entidad demandada que se obtuvo la desafectación la cual, a pesar de haber sido ordenada en proveído del 29 de julio de 2014²², esos dineros no pudieron ser entregados a la incidentante sino más de un año después de la petición de parte, a pesar de haber sido exageradamente consumados.

La retención del dinero por todo ese tiempo implicó una variación en las condiciones externas del perjuicio debido a la depreciación que sufre la moneda por incidencia de ciertos factores de la economía y, dicho cálculo ha sido considerado por nuestra jurisprudencia como un *hecho notorio*, el que no requiere prueba²³; y, no puede soslayarse que, como lo ha reconocido la Corte “*El valor del dinero en el tiempo, pues, es un concepto indubitable*”²⁴. Además, debe anotarse que la indexación propende por una decisión justa y evita dilaciones injustificadas del proceso:

“La indexación o corrección monetaria del monto indemnizable encuentra una doble justificación: de un lado, permite aplicar una verdadera justicia, pues es lógico pensar que con el paso del tiempo la moneda se vaya envileciendo y su poder adquisitivo lleve a que la

²² Folio 71, ibidem.

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 28 de octubre de 2011m expediente 44001-3193-001-1993-01518-01, Magistrado Ponente Arturo Solarte Rodríguez

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC002-2021 del 18 de enero de 2021.MP. Luis Alonso Rico Puerta

reparación sea incompleta y refleje una forma inadecuada el daño realmente sufrido. Por otro lado, facilita la descongestión en la administración de justicia, puesto que ya los demandados actúan con cierta prudencia y no dilatan los procesos en forma innecesaria y carente de argumentos. En efecto, la mayoría de las veces el demandado sostenía un proceso durante varios años, seguro de que en caso de serle adversa la sentencia, la indemnización sería mínima habida cuenta la desvaloración de la moneda”²⁵.

6.7. En tal virtud, de manera diáfana aparece la causación del perjuicio, lo que impone revocar la decisión de primer grado.

7. En cuanto a la cuantificación de los perjuicios, tratándose de sumas de dinero y coherente con lo *ut supra* indicado procede la indexación de las cifras, sin que haya lugar al reconocimiento de intereses comerciales por ser excluyentes²⁶. Al respecto, el tratadista Tamayo Jaramillo ha explicado:

“De otro lado, se aclarar que esta clase de interés [interés civil del 6% artículo 1617 del Código Civil] es compatible con la indexación o corrección monetaria, toda vez que el interés civil no comprende el elemento inflacionario, solo está conformado con la utilidad o beneficio que reporta un capital; por el contrario, el interés comercial es incompatible con la indexación, atendiendo a que está conformado, además de la utilidad, con el elemento inflacionario o la desvalorización de la moneda”²⁷.

8. Siguiendo tal derrotero, se indexará cada valor embargado y retenido desde la fecha en que fue puesto a disposición del Juzgado hasta su entrega efectiva²⁸, incluida, la consignación que hizo Ecopetrol SA por \$1.222.304.623 el 25 de julio de 2019 y, el mantenido a lo largo del proceso proveniente del Banco Citibank Colombia. Para ello se utilizará la siguiente fórmula:

²⁵ Javier Tamayo Jaramillo, De los perjuicios y su indemnización, página 282

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, entre otras sentencias las de 25 de abril de 2003, rad. 7140; 15 de enero de 2009, Rad. 2001-00433-01; 13 de mayo de 2010. Rad. 2001-00161-01

²⁷ Javier Tamayo Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo II, Editorial Legis, página 726

²⁸ Folio 80 del archivo "01Cuadernodos.pdf" carpeta 02cuadernodos

“ $VR = VH \times (IPC \text{ final} / IPC \text{ inicial})$ ”

donde VR corresponde al valor real o actualizado; VH al valor histórico; e IPC al Índice de Precios al Consumidor final de la fecha de entrega de los dineros e inicial, el correspondiente a la data en que fueron retenidos.

SEC	ENTIDAD FINANCIERA	VALOR	FECHA DE EMBARGO	FECHA DE ENTREGA DE DINERO	VALOR DEPRECIADO EN ESE LAPSO
1	Banco Helm Bank	\$ 1.940.000.000	8/05/2014	29/05/2015	\$ 85.423.770,00
2	Citibank	\$ 1.940.000.000	7/05/2014	28/07/2022	\$ 898.972.157,00
3	Banco de Bogotá	\$ 1.940.000.000	12/05/2014	29/05/2015	\$ 57.821.660,00
4	Bancolombia	\$ 1.940.000.000	21/05/2014	29/05/2015	\$ 85.423.770,00
5	Banco Corpbanca	\$ 1.940.000.000	7/05/2014	29/05/2015	\$ 85.423.770,00
6	Deceval - Av. Villas	\$ 1.940.000.000	15/05/2014	4/04/2017	\$ 342.170.980,00
7	Banco Davivienda	\$ 1.939.999.458	2/05/2014	4/04/2017	\$ 342.170.980,00
8	Deceval - GNB Sudameris	\$ 1.940.000.000	15/05/2014	4/04/2017	\$ 342.170.980,00
9	Consignación Ecopetrol	\$ 1.222.304.623	25/07/2019	28/07/2022	\$ 191.449.452,00
TOTAL					\$ 2.431.027.519,00

9. Se reitera, en el trámite incidental de liquidación de perjuicios, el juzgador no limita su tarea a una simple liquidación, sino que -igualmente y en forma previa- le compete determinar la existencia del perjuicio irrogado; en este caso, como se anotó la depreciación de la moneda es un hecho notorio que no requiere prueba e indiscutible es que durante un lapso se privó a la incidentante de disponer de los recursos que tenía en sus cuentas bancarias.

10. Ahora bien, claro es para la Sala que el incidente de regulación de perjuicios se inició tanto contra Macrofinanciera S.A. Compañía de Financiamiento como contra Factoring International Holding Corp; empero, no podrá condenarse a la primera sociedad como quiera que en auto del 29 de abril de 2015 el Juzgado 26 Civil del Circuito aceptó la cesión de derechos de crédito a favor de Factoring Internacional Holding Corp. Olx, memoremos que respecto a la naturaleza jurídica de la cesión de crédito, el tratadista Fernando Hinestrosa enseñó:

“Toda enajenación de un crédito por acto entre vivos, a cualquier título que se haga encuentra dentro del concepto genérico de “cesión”. La cesión es en sí misma una transferencia negocial de derecho por parte de su titular a un tercero; en esa razón, “la adquisición del derecho

*transferido tiene carácter derivativo, a título singular por acto entre vivos” La cesión de un crédito es un negocio jurídico: acto de autonomía privada, en virtud del cual el acreedor dispone de su derecho, para transferirlo a un tercero, **quien será en adelante el único sujeto activo de la relación**, si la cesión es total, o uno de ellos, en la medida del traspaso, si la cesión es parcial, **y con quien habrá de entenderse en lo sucesivo el deudor**, ante todo para la cancelación.”²⁹.*

En esos términos, cierto es que quien debe indemnizar a Ecopetrol SA es Factoring Internacional Holding Corp. Olx. cesionario de la obligación inicial de la cual devino el daño que aquí se liquida.

11. Recapitulando, se revocará la decisión de primer grado y en su lugar se condenará a Factoring Internacional Holding Corp. Olx. al pago de \$ 2.431.027.519,00 a favor de Ecopetrol SA, en el término máximo de 10 días hábiles, vencidos ese lapso, deberá reconocer intereses civiles del 6% del artículo 1617 del Código Civil. Por consiguiente se condenará en costas a la ejecutante o incidentada, que acá resultó vencida (numeral 1º artículo 365 de la ley 1564 de 2012).

DECISIÓN

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

RESUELVE:

REVOCAR la sentencia emitida el 11 de julio de 2022 por el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá en el incidente de regulación de perjuicios.

SEGUNDO: LIQUIDAR los perjuicios ocasionados a ECOPETROL S.A., con la práctica de medidas cautelares dentro del proceso de la referencia, en la suma de DOS MIL

29 Fernando Hinestrosa, Tratado de Obligaciones Tercera Edición, Editorial Universidad Externado de Colombia, página 429.

CUATROCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES VEINTISIETE MIL QUINIENTOS DIECINUEVE PESOS (\$2.431.027.519,00)

TERCERO: CONDENAR a FACTORING INTERNACIONAL HOLDING CORP. OLX a pagar a favor de ECOPETROL S.A. la suma de DOS MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES VEINTISIETE MIL QUINIENTOS DIECINUEVE PESOS (\$2.431.027.519,00), dentro del término de diez (10) días, contados a partir de la notificación esta providencia. Vencido dicho término, se liquidarán intereses civiles del 6% anuales conforme al artículo 1617 del Código Civil.

CUARTO: CONDENAR en costas de la primera instancia a Factoring Internacional Holding Corp. Olx, por el *a quo* fijense y liquidense.

QUINTO: CONDENAR en costas de esta instancia a la incidentada Factoring Internacional Holding Corp. Olx.

NOTIFÍQUESE,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Magistrada

11001310302620140071 05

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Magistrada

11001310302620140071 05

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

Magistrado

11001310302620140071 05

-En permiso-

Firmado Por:

Ruth Elena Galvis Vergara
Magistrada
Sala Civil
Tribunal Superior De 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: **0c3a5bf6b2425b565f361093a01f3ed594e15cbf5ada9bbf5dd308588cb06a0b**

Documento generado en 13/04/2023 04:24:13 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Bogotá, D.C., trece de abril de dos mil veintitrés

Proceso: Ejecutivo singular
Demandante: Macrofinanciera SA
Demandado: Ecopetrol SA y otro.
Radicación: 110013103026201400071 05
Procedencia: Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá
Asunto: Apelación de sentencia.

Se fija la suma de \$3'000.000,00 como agencias en derecho correspondientes a esta instancia.

Notifíquese,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

-2-

Firmado Por:
Ruth Elena Galvis Vergara
Magistrada
Sala Civil

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

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

Código de verificación: **e5ad71f4028c257ed56c99b33cc14e5e5106a8ff4e8fcd72a8124926d390aef7**

Documento generado en 13/04/2023 04:28:12 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Bogotá, D.C., trece de abril de dos mil veintitrés.

Ponencia presentada y aprobada en Sala Civil de Decisión de 12 de abril de 2023

Proceso: Verbal -responsabilidad contractual médica-.
Demandante: Juan Edgar León Rey y otros.
Demandado: Famisanar E.P.S. y la Fundación Cardio Infantil
Instituto de Cardiología.
Radicación: 11001310303320120025202
Procedencia: Juzgado 45 Civil del Circuito de Bogotá.
Asunto: Apelación sentencia
SC-014/23.

1

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación provocado por los demandantes contra la sentencia proferida por el Juzgado 45 Civil del Circuito de Bogotá el 26 de septiembre de 2022 en el asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

1. Juan Edgar León Rey y María Consuelo Gómez Gómez, quien actúa en nombre propio y en representación de su menor hija LDLG, Ana Milena y Aníbal Gustavo León Gómez, convocaron a juicio a Famisanar E.P.S. y a la Fundación Cardio Infantil Instituto de Cardiología, para que se defina sobre las siguientes pretensiones¹:

¹ Folios 83 a 121 manuscrito o 120 a 158 Archivo "01CuadernoPrincipal".

1.1. Declarar la responsabilidad civil contractual solidaria de cada una de las convocadas por los daños y perjuicios ocasionados a Juan Edgar León Rey en la atención médica recibida el día 26 de junio de 2006.

1.2. Condenar en favor de Juan Edgar León Rey al pago del perjuicio en su modalidad de lucro cesante consolidado, por la suma de \$74'176.218.

1.3. Condenar a las convocadas al pago del daño moral ocasionado a María Consuelo Gómez Gómez calculado en 30 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

1.4. Condenar a las demandadas a asumir la indemnización del perjuicio moral generado en cada uno de los hijos, cuya cuantificación se estimó en 20 salarios mínimos mensuales legales vigentes de forma individual.

1.5. Condenar por el perjuicio moral ocasionado a Juan Edgar León Rey estimado en 30 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

1.6. Condenar por daño a la vida en relación de Juan Edgar León Rey, al pago de \$90'000.000,00.

1.7. Además de la respectiva condena en costas, se solicitó el pago de intereses moratorios sobre los montos deprecados.

2. Como sustento fáctico se expuso lo siguiente:

2.1. El señor Juan Edgar León Rey, de oficio comerciante, está casado con la señora María Consuelo Gómez Gómez, de cuya relación procrearon a los tres menores de edad referidos en la demanda.

2.2. En razón a un dolor abdominal, asociado a náuseas y vómito, acudió por urgencias el 26 de junio de 2006 a las 00:32 horas a la Fundación Cardio Infantil Instituto de Cardiología donde se le diagnosticó “*dolor abdominal a estudio, 2. colecistitis aguda?*”; a las 02:30, se le realizó el examen de diagnóstico ecografía hepatobiliar, cuyo resultado descartó la existencia de colelitiasis y colecistitis, de forma paralela se inició manejo con analgésico, sin presentar mejoría y persistía la sintomatología.

2.3. Se procedió a realizar un “*Rx de abdomen*” para nueva valoración, cuyo reporte consistió en “*vesícula distendida de paredes delgadas, sin cálculos en su interior, vía biliar de calibre normal, colédoco de 5.5. mm, páncreas sin alteración, hígado con aumento de la ecogenicidad por infiltración grasa*”; a las 16:03 los resultados del TAC arrojaron “*colecistitis*” y se evidenció imagen sugestiva de cálculo no conclusiva, por lo que se valoró por cirugía, dependencia que consideró necesario una gammagrafía con hida, lo que de contera trajo su hospitalización, reiteró que el paciente se encontraba sintomático y que los hallazgos no eran conclusivos.

2.4. La EPS no autorizó ese último procedimiento y decidió remitirlo a la Clínica San Rafael con diagnóstico de “*dolor abdominal localizado en parte superior. Colecistitis aguda?*”, cuyo ingreso se demarcó a las 01:02 del 27 de junio de 2006.

2.5. La causa de ingreso a la Clínica San Rafael se enlistó como “*colelitiasis*” y tras los resultados de la ecografía hígado-páncreas-vesícula y la valoración de cirugía general, se le diagnosticó “*colelitiasis-colecistitis aguda*”.

2.6. A las 21:30 del 27 de junio de esa anualidad, le fue practicada cirugía de urgencia, por la imposibilidad de realizar pinzamiento de la vesícula, se efectuó una operación abierta laparotomía, fue internado en UCI y después enviado a piso, con salida el 30 de junio de 2006 e incapacidad del 27 de junio a 16 de julio de ese año.

2.7. Por presentar dolores continuos, así como eritema en la herida, asistió a la IPS el 12 de julio de 2006; luego el 16 siguiente, ante la apertura de la herida, le dieron incapacidad de esa data y hasta el día 26 siguiente.

2.8. Se dio manejo ambulatorio a la herida, sin embargo, cuenta con limitación laboral por la eventración, sin contar que requiere de otra intervención con colocación de malla de marles para reemplazar la pared abdominal.

4

3. La demanda fue admitida en auto del 9 de mayo de 2012².

3.1. Famisanar E.P.S., debidamente vinculada, contestó la demanda y propuso los medios exceptivos que denominó *“ausencia de carga probatoria de la demandante”, “ausencia de causa para el cobro de daños y perjuicios”, “ausencia de relación causal entre mi representada EPS FAMINASAR y el supuesto daño causado al paciente JUAN EDGAR LEÓN REY”, “ausencia de responsabilidad de EPS FAMISANAR, por cumplimiento de la normatividad legal vigente para la autorización de servicios al paciente JUAN EDGAR LEÓN REY (Obligación de Medios, no de resultados”, “ausencia de elementos generadores de la culpa en manos del cuerpo médico tratante de las IPS”, “prescripción y/o caducidad” y la “genérica”.*

3.2. Por su parte, la Fundación Cardio Infantil – Instituto de Cardiología, en réplica a las pretensiones formuló las

² Folio 124 manuscrito o 162 archivo *“01CuadernoPrincipal”*

defensas de mérito que rotuló así: “inexistencia de los elementos constitutivos de la Responsabilidad Civil”, “inexistencia de una actuación culposa y/o negligente por parte de la [entidad]”, “apreciación del acto medido – naturaleza de las obligaciones médico asistenciales”, “cumplimiento de la *lex artis ad-hoc*”, “cumplimiento de los estándares en la prestación de los servicios de salud”, “cumplimiento del deber de garantizar al paciente la atención inicial de urgencias – inexistencia de una emergencia médica inmediata”, “improcedencia del reconocimiento de las pretensiones”.

De igual forma, llamó en garantía a la Aseguradora Allianz Seguros S.A., cuya admisión acaeció el 19 de mayo de 2016.

3.3. Notificada del llamamiento, Allianz Seguros S.A. se opuso a las pretensiones del llamante así como las relacionadas en la demanda, propuso las excepciones que tituló “inexistencia de prueba del daño moral reclamado por el demandante”, “ausencia de responsabilidad del asegurado”, “obligación de medio en la actividad médica”, “inexistencia de los elementos generadores de responsabilidad”, “ausencia de cobertura de la póliza de responsabilidad civil 021631359/0”, “límites de cobertura”, “prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguros” y la genérica o innominada.

5

4. Adelantadas las etapas propias de un proceso de estas características, se dictó sentencia el día 26 de septiembre de 2022³ que resolvió: (i) negar las pretensiones y (ii) condenar en costas al extremo demandante.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁴

Tras aducir la satisfacción de los presupuestos judiciales para conocer de la acción, refirió que el trámite incoado

³ Archivo “40ActaAudienciaSentencia”.

⁴ Archivo “39Audiencia373Parte”.

corresponde a uno de tipo declarativo mediante el cual se pretende enrostrar la responsabilidad médica a las convocadas, siendo necesario acreditar la existencia de un hecho dañino de naturaleza culposa, los daños causados y el nexo causal entre aquellos.

A continuación, refirió que la parte demandante indicó como hechos generadores de la responsabilidad: (i) el diagnóstico tardío en el Instituto Fundación Cardio Infantil de la patología que aquejó al señor Juan Edgar León Rey; (ii) la inoportuna atención del cuadro de abdomen agudo calificada como de urgencia vital, (iii) negativa de la EPS para autorizar la cirugía, (iv) la negativa de la remisión a otra institución y de (v) la prolongación de la afectación.

En ese escenario, encontró acreditado la asistencia del paciente a la Fundación Cardio Infantil y relató las atenciones médicas que surgieron en torno a su padecimiento, iteró el diagnóstico inicial en el que se encontró vesícula biliar distendida, que dio lugar al cuestionamiento sobre si se trataba de una colecistitis, como se dejó planteado en la historia clínica.

Añadió que, en razón a la falta de certeza de la patología, se consideró prudente por parte del galeno la práctica de una gammagrafía con hida, para verificar la colecistitis, pero no se realizó, y solo hasta la nueva valoración en la Clínica San Rafael, se dictaminó la existencia de la colecistitis.

A continuación, se dispuso la intervención colistectomía laparoscopia, empero fue necesario realizar una cirugía abierta debido a la ubicación de la vesícula, que estaba

emplastronada, con cálculo enclavado en bolsa de Harman y bilis purulenta.

Consideró que las declaraciones de Gabriel Sánchez Guzmán, Carolina Pérez Alvarado y Juan Manuel Pérez fueron coincidentes en evidenciar el cumplimiento de los estándares de valoración y diagnóstico de la patología, así como los procedimientos para el tratamiento. El primero de ellos, destacó que los parámetros en que se desarrolló la atención del paciente se realizaron acorde a las exigencias médicas pertinentes, sin que la condición médica del usuario fuera catalogada como de asistencia vital, y que fue él mismo en el año 2000 quien ayudó con la elaboración de esos parámetros.

Igualmente, revelaron la posibilidad de que los resultados fueran disimiles y la razón médica por la que era necesario verificar y tener certeza sobre la patología antes de proceder a una intervención, para ello inicialmente se realizan imágenes diagnósticas como ecografía y TAC, y ante la incertidumbre de ello, bien se puede acudir a una colangiografía o gammagrafía con hida. En todo caso, fueron coincidentes en que si los cálculos están inmersos en la bolsa de Harman, ello daba lugar a dudar sobre la existencia del padecimiento, siendo necesarios más análisis.

Incluso el testigo Juan Manuel Pérez, especialista en radiología y quien practicó el TAC, refirió que inicialmente no se confirmó de forma contundente la existencia del cálculo, pero si una sugerencia.

Si bien los testimonios fueron tachados de sospechosos, consideró el juzgador que sus conclusiones eran conexas con aquellas que develó la Asociación Colombiana de Cirugía en el dictamen rendido y con la literatura médica arrimada por la actora en lo relativo al tratamiento del dolor abdominal que pueda padecer una persona.

Conforme a lo anterior, entendió el *a quo* que la *lex artis* se satisfizo y, por ende, no puede serle endilgada a las entidades responsabilidad en la prestación del servicio.

Agregó, que la remisión del paciente a la Clínica Universitaria San Rafael tuvo como anotación la causa administrativa, sin que se acreditara la negligencia deprecada por cuanto el diagnóstico no se confirmó inicialmente, lo que implicó realizar otras valoraciones previa decisión de intervención quirúrgica, pues estaba el riesgo de infección dentro de las probabilidades normales del postoperatorio.

De todo ello, concluyó que no podían tener acogida las pretensiones dada la inexistencia de los presupuestos de la responsabilidad endilgada.

LA APELACIÓN.

Inconforme con la determinación de primera instancia, el extremo demandante apeló la decisión, formuló como reparos la ausencia de análisis probatorio con la realidad fáctica de los acontecimientos, pues contrario a lo aseverado por la Juzgadora, se acreditó la falta de oportunidad en la atención médica y el verdadero estado de salud del paciente

al momento de ingreso a la Clínica San Rafael, sin que en la FCI -Fundación Cardio Infantil- se le haya atendido el dolor abdominal agudo conforme a las guías y los protocolos, y, por el contrario, se consideró la remisión del paciente sin ninguna defensa.

Así mismo, consideró que se apartó del precedente jurisprudencial en relación con la responsabilidad que atañe a las EPS y las IPS, y aquella producida por la prolongación del cuadro agudo que presentó el paciente sin dar cuenta de su justificación.

Al sustentar la alzada, sostuvo que son 2 los elementos que estructuran la acción, centrándose en la negativa de la EPS en las autorizaciones y la remisión del paciente cuando estaba con cuadro agudo de dolor abdominal, lo que se traduce en la falta de oportunidad en el diagnóstico y el tratamiento, máxime cuando las dos valoraciones realizadas por las entidades de asistencia médica fueron distintas.

Advirtió que, a pesar del dolor abdominal y las imágenes diagnósticas recreadas, no se decidió acudir directamente a la cirugía de colecistectomía y se procedió con la remisión a otra institución, sin tener en cuenta la alta complejidad que maneja la Fundación Cardio infantil y la pérdida de oportunidad de un efectivo tratamiento a su patología.

Adujo que una vez (el paciente) ingresó a la Clínica San Rafael se le diagnosticó de forma célere la Colecistitis aguda-colelitiasis, lo que conllevó a la intervención quirúrgica que inicialmente correspondía a una laparoscopia, pero debido a

una complicación y la gravedad de la vesícula gangrenosa, se optó por una colecistectomía abierta.

Concluyó que no se probó la debida diligencia y cuidado por parte de la asistencia médica, ni se tuvieron en cuenta los protocolos y guías para la verificación del cuadro agudo de dolor abdominal, y las consecuencias derivadas de esa actuación, verbigracia, el daño de la pared abdominal y la extensión de la recuperación.

CONSIDERACIONES

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

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

3. Para emprender el estudio del asunto debe apuntarse, en primer lugar, que la responsabilidad originada por la desatención de los deberes médicos, se erige para el paciente perjudicado, en la responsabilidad **contractual** por el incumplimiento del respectivo convenio de servicios de salud, mientras que frente a los terceros ajenos a dicho

vínculo contractual, en la responsabilidad aquiliana o extracontractual, sobre ese tópico ha explicado la Corte:

“En lo atañadero a la responsabilidad civil en general, y a la médica, en particular, conocida es su clasificación en contractual o extracontractual (cas. civ. sentencias de marzo 5 de 1940, 26 de noviembre de 1986, 30 de enero de 2001, exp. 5507, septiembre 11 de 2002, exp. 6430). Aquélla, exige una relación jurídica preexistente entre las partes, o, lo que es más general y frecuente, la existencia y validez de un contrato, su incumplimiento, el daño y la relación de causalidad (cas. civ. sentencia de 12 de julio de 1994, exp. 3656). En cambio, en la última, el quebranto se produce al margen de cualquier vínculo jurídico previo entre aquellos que se relacionan con ocasión del daño.”(...)
*“La responsabilidad de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), es contractual o extracontractual. Con relación al afiliado o usuario, la afiliación, para estos efectos, materializa un contrato, y por tanto, en línea de principio, la responsabilidad es contractual, naturaleza expresamente prevista en los artículos 183 de la Ley 100 de 1983 que prohíbe a las EPS “en forma unilateral, terminar la relación contractual con sus afiliados”, y los artículos 16 y 17 del Decreto 1485 de 1994, relativos a los “contratos de afiliación para la prestación del Plan Obligatorio de Salud que suscriban las Entidades Promotoras de Salud con sus afiliados” y los planes complementarios. Contrario sensu, la responsabilidad en que pueden incurrir las Entidades Promotoras de Salud (EPS) respecto de terceros perjudicados por los daños al afiliado o usuario con ocasión de la prestación de los servicios médicos del plan obligatorio de salud, es **extracontractual**.”⁵ (Negrilla por la Sala).*

11

Siguiendo tales derroteros, cuando de un procedimiento médico se generan daños, para el paciente lesionado la reparación a pedirse no será por responsabilidad civil extracontractual, sino la **contractual**, en razón a que origen de la prestación del servicio de salud surgió de un contrato y quién ejerce la acción es directamente el afectado y no sus

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia sustitutiva de 17 de noviembre de 2011. M.P. William Namén Vargas. Radicación 110013103018199900533 01

causahabientes ni terceros; y en la hipótesis en que con la desatención contractual se vean perjudicados terceros el resarcimiento de los daños que pudiesen haber soportado puede reclamarse pero en el escenario de la responsabilidad **extracontractual**, itérese, por no ser parte del vínculo contractual.

4. Ahora, es imperioso memorar que la responsabilidad civil derivada de la actividad médica, al igual que otros eventos, presupone, de un lado, para el demandante la carga de acreditación de los elementos que la estructuran, relacionados con la existencia del hecho, el daño -y su cuantificación-, el nexo causal entre uno y otro, y la culpa del agente del daño, teniendo en cuenta que este tipo de responsabilidad, es de carácter subjetivo; y, por el otro, para el demandado, la de desvirtuarlos.

Desde luego que en este campo debe operar el principio de la carga de la prueba, visto con un sentido dinámico, socializante y moralizador, esto es, distribuyéndola entre las partes para demandar de cada una la prueba de los hechos que están en posibilidad de demostrar y constituyen fundamento de sus alegaciones. Además, ha de atenderse que a pesar de que la responsabilidad del médico, de las EPS y de las IPS, hacen parte de un tipo de responsabilidad profesional, que no es extraña al régimen general de la responsabilidad, en la medida que debe concurrir un comportamiento activo o pasivo, el daño patrimonial o extrapatrimonial y la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y el comportamiento, no es menos cierto que todos ellos responden a un título de imputación diferente.

Así, mientras los médicos por violación del deber de asistencia y cuidado, propios de la profesión imputable subjetivamente a título de dolo o culpa y las instituciones prestadoras de servicios médicos (IPS), directamente por los daños causados con dolo o culpa, por los médicos y demás personal que en ellas prestan el servicio⁶; las entidades promotoras de salud (EPS), responden por la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuno, lesivo de la calidad exigible, no obstante que son *“todas solidariamente responsables por los daños causados, especialmente, en caso de muerte o lesiones a la salud de las personas.”*⁷

De conformidad con el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral conformado con los regímenes de pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios definidos por la ley para la efectiva realización de los principios de solidaridad, universalidad y eficiencia enunciados en el artículo 48 de la Constitución Política, la función básica de las Entidades Promotoras de Salud es *“organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados”*, y la de *“establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud”* (artículo 177, numeral 6º, *ibídem*), que les impone el deber legal de garantizar la calidad y eficiencia de los servicios de salud,

⁶ Ver sobre el particular, sentencias del 8 de septiembre de 1998, expediente No 5143, Magistrado Ponente Dr. Pedro Lafont Pianetta, y del 26 de noviembre de 2010, expediente No 1999-08667-01, MP. Pedro Octavio Munar Cadena (providencia esta última en la que trae a colación los fallos del 12 de septiembre de 1985, y del 22 de julio de 2010)

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia sustitutiva del 17 de noviembre de 2011, MP. William Namén Vargas.

por cuya inobservancia comprometen su responsabilidad, sea que lo presten directamente o mediante contratos con las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) y profesionales respectivos (artículo 179, *ejusdem*).

Igualmente, la prestación de los servicios de salud garantizados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), no excluye la responsabilidad legal que les corresponde cuando los prestan a través de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) o de profesionales mediante contratos reguladores sólo de su relación jurídica con aquéllas y éstos. Por lo tanto, a no dudarlo, la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuno, lesivo de la calidad exigible, abusivo con la dignidad del paciente y de la *lex artis*, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud y prestándolos mediante contratación con Instituciones Prestadoras de Salud u otros profesionales, son todas solidariamente responsables por los daños causados a las personas.

Además, como lo ha decantado la jurisprudencia, la responsabilidad por culpa extracontractual puede ser imputable a las personas jurídicas, cuando es originada en actos dañosos cometidos por agentes que obran en su interés, responsabilidad que, en cuanto entre en el campo de acción propio del ente, será directa y no indirecta, siempre que un agente suyo por su conducta y culpa personal la comprometa.

Por la misma senda, es importante relieves, que la obligación de los profesionales de la medicina es de medio y no de resultado, lo que, en términos de la Corte Suprema de Justicia, “*implica para el galeno el compromiso si no*

exactamente de curar al enfermo, sí al menos de suministrarle los cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los datos adquiridos por la ciencia, según expresiones con que la jurisprudencia francesa describe su comportamiento. Por tanto, el médico tan sólo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo, de suerte que en caso de reclamación éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación”⁸, pues se itera, que la médica, es una responsabilidad “que se deduce mediando la demostración de la culpa, independientemente de que la pretensión indemnizatoria tenga una causa contractual o extracontractual”⁹. El acto médico genera obligación de resarcir económicamente cuando media culpa propia de una persona prudente (artículo 63 del Código Civil):

15

“el acto médico puede generar para el profesional que lo ejercita obligaciones de carácter indemnizatorio por perjuicios causados al paciente, como resultado de incurrir en yerros de diagnóstico y de tratamiento, ya porque actúe con negligencia o impericia en el establecimiento de las causas de la enfermedad o en la naturaleza misma de ésta, ora porque a consecuencia de aquello ordene medicamentos o procedimientos de diversa índole inadecuados que agravan su estado de enfermedad, o bien porque ese estado de agravación se presenta simplemente por exponer al paciente a un riesgo injustificado o que no corresponda a sus condiciones clínico – patológicas”¹⁰.

Igualmente, no puede pasarse inadvertido que acerca del servicio de salud la jurisprudencia ha recalcado:

“En correlación, la prestación del servicio de salud se halla atada al principio de benevolencia o no

⁸ Casación Civil, Sentencia del 12 de septiembre de 1985, reiterada en sentencia del 5 de noviembre de 2013, Rad: 20001-3103-005-2005-00025-01, M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

⁹ Casación Civil, Sentencia de 30 de enero de 2001, exp. 5507.

¹⁰ Casación civil. Sentencia de 13 de septiembre de 2002, expediente 6199

maledicencia, según el cual, en general, los distintos agentes involucrados deben contribuir al bienestar y mejoría de los pacientes o de los usuarios del sistema. Por lo mismo, los profesionales del ramo, se encuentran ligados a una obligación ética y jurídica de abstenerse de causar daño, como desarrollo del juramento hipocrático, el cual impone actuar con la diligencia debida y luchar por la mejoría y el bienestar de los pacientes y de la humanidad entera, para evitar así el dolor y el sufrimiento.”¹¹.

5. Con las anteriores nociones y para el *sub lite*, gravitaba en el demandante la carga de demostrar el daño atribuible a la demandada, pues no basta una mera causalidad natural entre la acción u omisión y el hecho dañoso, sino que inexorablemente debe existir un título que permita imputarle ese desenlace. Bajo ese panorama, imperativo resulta entonces además del daño, que el mismo sea atribuible a los accionados, por el elemento de la culpa.

16

Para el caso, ese supuesto se hizo consistir en el desconocimiento de las normas, protocolos y guías implementadas por la *lex artis* para determinar de forma certera el diagnóstico de colelitiasis y colecistitis, lo que ocasionó una respuesta tardía por parte de la Fundación Cardio Infantil Instituto de Cardiología, que alteró el estado de recuperación del paciente Juan Edgar León Rey.

5.1. De cara a ello, resulta necesario entonces vislumbrar si del plenario emerge prueba de tal situación o por el contrario existió un escenario médico propicio que avaló el actuar de los galenos; en primer lugar, útil es examinar la historia clínica arrimada¹².

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de enero de 2018, MP. Luis armando Tolosa Villabona (SC10003-2018, Rad.11001-31-03-032-2012-00445-01)

¹² Folios 187 a 208, archivo 27AnexosHistoriaClinica.pdf y en folios 281 a 295 archivo 01CuadernoPrincipal.pdf

5.1.1. No cabe duda que el motivo de la consulta de urgencia obedeció al cuadro de dolor abdominal que el paciente León Rey mantuvo por cerca de 6 horas antes de acudir al centro médico el 26 de junio de 2006 a las 00:32, distensión abdominal asociada a náuseas y emesis.

5.1.2. En desarrollo de la atención médica se realizó ecografía hepatobiliar y se anotó siendo las 02:30 de ese mismo día, el descarte de las patologías colelitiasis y colecistitis, sin embargo, se estaba a la espera de los resultados paraclínicos: cuadro hemático, parcial de orina incluido sedimento, fosfatasa alcalina, amilasa, nitrógeno ureico y creatinina sangre/orina.

No debe perderse de vista que para ese momento el resultado de la ecografía hígado y vías biliares arrojó “Resultado anormal”, precisando que la *“Hígado de tamaño normal con aumento difuso de su ecogenicidad por infiltración grasa, no se identifican lesiones focales. vesícula distendida de paredes delgadas, aumentada de tamaño, **sin imágenes de cálculos en su interior.** Murphy ecográfico negativo. La vía biliar intra y extrahepática tiene calibre normal. Colédoco de 5.5. mm de diámetro. El páncreas no demuestra alteración”* (negrilla fuera de texto).

5.1.3. Aunque si bien de forma subjetiva el paciente refirió un estado de leve mejoría, lo cierto es que se determinó que, ante la palpación abdominal, en especial la región epigástrica, el dolor se trasladó hacia la espalda, lo que alertó a los galenos a realizar una nueva valoración con reportes, por lo que se solicitó un “*rx de abdomen*”, por la profesional en salud Liliana Andrea Vega Pinzón, el resultado que arrojó

esa imagen fue normal, lo que descartó por segunda vez la posibilidad de existencia cálculos.

5.1.4. Solamente hasta la valoración que se hizo con la tomografía axial computarizada de abdomen y pelvis abdomen, que se advirtió anormalidad en el trozo biliar:

*TOMOGRAFIA AXIAL COMPUTADA DE ABDOMEN Y PELVIS ABDOMEN TOT Urgente
Interpretación: (Resultado anormal) vesicula distendida paredes engrosadas, se evidencia imagen sugestiva de calculo no conclusiva, resto dentro de limites normales
LINA MAYERLY CASTIBLANCO JIMENEZ
[Ordenado: JAVIER A CARRERA SIACHOQUE: 26 Jun 2006 08:20:38] [Realizado: LINA MAYERLY CASTIBLANCO JIMENEZ: 26 Jun 2006 13:32:34] [Interpretado: JULIANA MUÑOZ JARAMILA: 26 Jun 2006 13:32:34]
Martes, 27 de Junio de 2006 00:16 Pág. 4 F.L. 5

FUNDACIÓN INSTITUTO D REGISTRO!
05 SEP
FAMILIA DEL

5.1.5. Tal conclusión no luce desproporcionada ni ajena a las demás valoraciones médicas efectuadas, en tanto que para el momento de la interconsulta por cirugía general, se registró que:

Obs. 1. “15 horas de evolución de dolor progresivo predominio en hipocondrio derecho e izquierdo, continuo, que ha aumentado en intensidad, y se irradia al dorso. vomito en escasas oportunidades, refiere deposiciones blandas, numero 3.

antecedentes: apendicetomía hace 35 años. eap.. farmacológicos: omeprazol, sulfazalacina, no conoce indicación, metoclopramida.

*ef aeg alerta: fc 80 x min fr 16 x min cp normal, **abdomen blando depresible**, predominio en hemiabdomen superior, abdomen globoso distensiso, no signos de irritación peritoneal. extrem sin alteraciones.*

*i. ch sin leucocitosis, rx abdomen: gas en colon en todas sus porciones, pero **no se evidencian hallazgos patológicos**, ecografía: **no colecistitis ni colelitiasis pendiente amilasa***

c. nueva valoracion con reporte de amilasa, para descartar pancreatitis

j. carrera (sic)

Obs. 2: *paciente con reporte de tac que muestra distensión importante de la vesícula con engrosamiento de paredes de la vesícula e **imagen sospechosa de cálculos el paciente** persiste con importante dolor en hipocondrio derecho.*

ef: aceptable estado general fc. 80x fr.< 20x cardiopulmonar sin variación abdomen blando depresible con dolor a palpación profunda de hipocondrio derecho sin defensa

*paciente continua sintomático con **hallazgos no conclusivo entre tac y ecografía hepatobiliar con clínica y hallazgos tomográficos sugestivos de colecistitis** por lo cual se decide solicitar gammagrafía con hida” (Negrilla fuera de texto).*

Como viene de verse, la primera apreciación de los galenos develó una irregularidad en los resultados de los exámenes, sin concluir la razón de tal hecho, lo que generó la práctica de paraclínicos e imágenes diagnósticas adicionales, con diferencia horaria en su práctica, para establecer la causa del dolor abdominal del paciente y su origen al palpar la zona afectada, imágenes que no fueron conclusivas y determinantes de la patología que aquejaba al señor Juan Edgar León Rey.

Nótese que la particularidad en los resultados normales y anormales de los exámenes practicados determinó la necesidad de prescribir una gammagrafía con hida para establecer el hallazgo efectivo de colecistitis, que hasta la data en que se materializó la interconsulta de cirugía general, era netamente sugestivo “*COLECISTITIS AGUDA?*”.

5.1.6. Ante este cuadro, se tiene que si bien desde un primer momento, dada la ubicación del dolor abdominal y su intensidad, así como la “*evolución de dolor en hipocondrio derecho asociado a distensión abdominal, náuseas y emesis No. 1, orina colúrica*” se cuestionó si era sintomatología correspondiente a la colecistitis aguda, lo cierto es que ninguno de los exámenes mostraban que así fuera, por eso se dispuso en forma paralela a descartar esa patología, el estudio de otras posibilidades, como una pancreatitis.

5.1.7. Frente a aquella práctica cuestiona el demandante que no fue acorde a la guía para el manejo de dolor abdominal agudo en adultos, lo que redundó en la ineficacia del tratamiento médico.

Así las cosas, a tono con la “guía de práctica clínica de urgencias adultos, cirugía general, urología, ginecología manejo del dolor abdominal agudo en adultos CÓDIGO: M-02-01-A-028” de la Fundación Cardio infantil Instituto de Cardiología¹³, se definió el dolor abdominal agudo como “la sensación de malestar en el área abdominal (en la región anterior entre las costillas y la región inguinal) **con una evolución de menos de 6 horas. Es un síntoma inespecífico que puede deberse a multitud de procesos** intra o extra abdominales o a diferentes enfermedades sistémicas.”¹⁴ (Destacado a propósito).

A continuación relata el texto de orientación que la “descripción del dolor debe incluir: el origen, forma de inicio y patrón de irradiación, la forma de presentación: si es súbito o prolongado, su periodicidad, patrón del dolor, factores que agravan o alivian el mismo, es importante realizar una aproximación sobre la intensidad y el tipo de dolor (Visceral, Somático o parietal, referido)”¹⁵, señalamientos que se encuentran satisfechos en cada una de las anotaciones registradas en la historia clínica del paciente León Rey, que revela que se puso en conocimiento del médico, el inicio del dolor, la forma en que se irradiaba poco a poco hacia la parte posterior del cuerpo, la intensidad y su origen, así como la palpación efectuada para determinar lo pertinente.

Como muestra del primer cuestionamiento efectuado por el profesional que atendió inicialmente al paciente, se evidencia

¹³ Folios 293 a 311 manuscrito o 380 a 398 archivo “01CuadernoPrincipal”.

¹⁴ Folios 293 manuscrito o 380 archivo “01CuadernoPrincipal”.

¹⁵ Folio 294 manuscrito o 381 archivo “01CuadernoPrincipal”.

que se tuvo en cuenta la característica del dolor como guía de su posible etiología, se decantó que aquel consistía en la molestia abdominal de evolución progresiva y sostenida, según el propio dicho del usuario al momento de ser atendido, lo que hacía pensar en la posibilidad “*de una peritonitis de origen apendicular o diverticular, hepatitis, **colecistitis** o colangitis*”¹⁶, anotación que se dejó en forma de interrogante¹⁷. Así mismo, dentro de la guía para este tipo de patología, se adujo la necesidad de verificar los síntomas asociados a la localización del dolor, los que bien podían estar representados por anorexia, pirosis, hematemesis, flatos, constipación, diarrea, distensión abdominal, vómito y náuseas, estos 3 últimos presentes en la auscultación que hiciera el galeno, según se escribió en el pasaje clínico del señor Juan Edgar León Rey, sin perder de vista la revisión de los signos vitales y la palpación o percusión, acciones cuya finalidad se centra en “*detectar rigidez muscular, defensa voluntaria o involuntaria, masas, hernias, signos de irritación peritoneal*”.

21

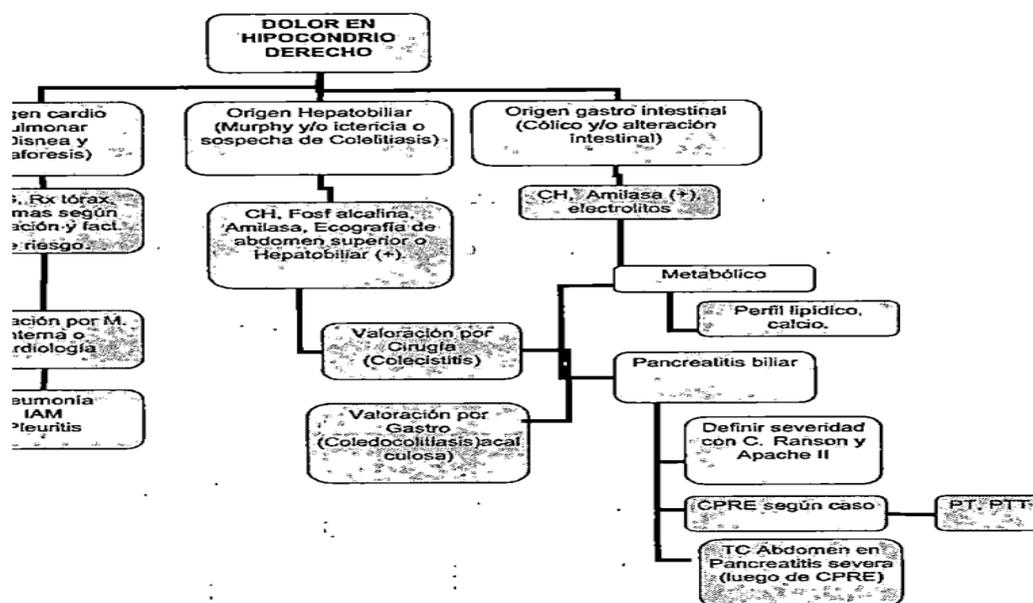
Acorde con la guía nótese que en el examen físico, y ante los antecedentes dados por el mismo enfermo, el profesional en salud adujo “*Murphy positivo*”, refiriéndose al signo de Murphy, cuya característica principal consiste en que “*se colocan las puntas de los dedos en el hipocondrio derecho, se pide al paciente realizar una inspiración profunda, este hace una pausa a la palpación por dolor*”¹⁸, actuación médica que se encuentra dentro del manejo a materializar en los casos como el estudiado.

¹⁶ Folio 294 manuscrito o 381 archivo “01CuadernoPrincipal”.

¹⁷ Folio 217 manuscrito o 281 archivo “01CuadernoPrincipal”.

¹⁸ Folio 296 manuscrito o 383 archivo “01CuadernoPrincipal”.

Finalmente, el numeral 5° de la precitada guía establece, contrario a lo aseverado por el actor, que “con los diagnósticos presuntivos de la evaluación primaria y secundaria del paciente, siempre deben ser ESCALONADOS de acuerdo al cuadro clínico y a la evolución durante el tiempo de observación”, estableciendo como algoritmo para ese manejo lo siguiente¹⁹:



De lo discurrido no cabe duda que el patrón de acciones realizadas por la Fundación Cardio Infantil conforme al cuadro de dolor abdominal del paciente, no fueron caprichosas o alejadas de la guía para el manejo de esa sintomatología.

5.1.7. Respecto del manejo de la colelitiasis, la “guía de práctica clínica de cirugía general manejo del cólico biliar – colelitiasis”²⁰, estableció que esa enfermedad “Consiste en la presencia de cálculos en la vesícula biliar, que puede cursar con cuadros de agudización de la enfermedad intermitentes que se pueden transformar a colecistitis o cuadros infecciosos como el pirocolecisto o hacer cuadros de colecistitis crónicas”²¹, y menciona la existencia de por lo

¹⁹ Folio 306 manuscrito o 393 archivo “01CuadernoPrincipal.

²⁰ Folios 312 a 316 manuscrito o 399 a 403 archivo “01CuadernoPrincipal”.

²¹ Folio 312 manuscrito o 399 archivo “01CuadernoPrincipal.

menos 3 variedades, cuya localización y etiología las diferencian, pudiéndose encontrar en la vesícula biliar, y en la vía biliar intrahepática y extrahepática.

Como paraclínico, la cartilla de orientación señaló como esencial la ecografía de hígado y vías biliares, refiere que es el método diagnóstico que por excelencia debe practicarse ante la sintomatología presentada y sospecha de esa patología, trámite que se verificó en debida forma al iniciar la atención médica del señor León²².

Imágenes Solicitadas inicialmente: *ECOGRAFIA HIGADO Y VIAS BILIARES Urgente Interpretación: (Resultado anormal) vesícula distendida de paredes delgadas, sin calculos en su interior, vía biliar de calibre normal, coledoco de 5.5 mm, pancreas sin alteracion, hígado con aumento de la ecogenicidad por infiltración grasa, FUQUEN GOMEZ ANA MILENA [Ordenado: CATHERINE ANDREA BRAVO SANABRIA: 26 Jun 2006 00:35:37] [Realizado: FUQUEN GOMEZ ANA MILENA: 26 Jun 2006 01:16:17] [Interpretado: CATHERINE ANDREA BRAVO SANABRIA: 26 Jun 2006 02:28:37]

Bajo esa relación, no cabe duda que la atención brindada al enfermo en la Fundación Cardio Infantil, obedeció de forma estricta a la guía que orienta la determinación del tratamiento para el dolor abdominal, sin que se acredite irregularidad alguna en el despliegue de la atención y las medidas adoptadas para constatar el diagnóstico y de ello derivar el tratamiento a seguir.

5.2. Y es que de la literatura médica allegada por el propio demandante, se avizora la similitud en el tratamiento y la forma en cómo debe manejarse el dolor abdominal: aparición gradual del dolor, su progresión, la localización y lo que lo puede originar²³.

“Aparición gradual: el dolor se presenta con una intensidad menor; el paciente no precisa con tanta exactitud la hora de comienzo;

²² Folio 220 manuscrito o 284 archivo “01CuadernoPrincipal.

²³ Folio 13 (vuelto) manuscrito o 22 archivo “01CuadernoPrincipal.

puede continuar parcialmente su actividad y consulta un poco más tardíamente que en el caso anterior.

Causas de dolor de aparición gradual:

Apendicitis

Colecistitis

Úlcera péptica

Obstrucción del intestino delgado”

Enseguida, y al hacer alusión al examen abdominal, sostiene que es necesaria la inspección, la auscultación y finalmente la palpación, para establecer “*inicialmente la textura de la pared abdominal buscando zonas de mayor rigidez, mientras se observa cuidadosamente la cara del paciente en búsqueda de signos de dolor. A medida que la palpación progresa, se va haciendo más profunda evaluando la contractura de la pared abdominal y la presencia de defensa o dolor en puntos determinados*”²⁴, destaca como elementos necesarios para validar la información, la radiografía simple de abdomen, la ecografía abdominal y la tomografía axial computarizada TAC, como mecanismos principales para determinar enfermedades biliares, sin que su redacción altere la guía develada en la cartilla de manejo de dolor abdominal de la FCI.

24

5.3. Por su parte, el fragmento de la guía para manejo de urgencias del jefe de Departamento de Cirugía de la Fundación Santa Fe de Bogotá, en el capítulo V dedicado a la colecistitis aguda, refiere que²⁵:

*“El cuadro clínico es bastante característico: **dolor abdominal en la región del hipocondrio derecho** y/o el epigastrio, que puede ser del tipo de cólico intenso que no cede fácilmente con terapia analgésica y que puede referirse a la región escapular derecha, náusea y vómito (en 60-70%), fiebre (38°-38,5°C) y, en algunos casos, alrededor del 10%, ictericia. Más de dos terceras partes de los pacientes refieren cólico biliar previo. **La palpación del abdomen revela dolor en la región subcostal derecha, donde se puede palpar una masa dolorosa que corresponde a la vesícula inflamada** y distendida, más o menos en la mitad de los*

²⁴ Folio 15 manuscrito o 25 archivo “01CuadernoPrincipal.

²⁵ Folio 54 (vuelto) manuscrito o 31 archivo “01CuadernoPrincipal.

*pacientes, según el grado de obesidad y la ubicación de la vesícula en profundidad en el lecho hepático. **El signo de Murphy, que es el intenso dolor que causa la palpación sobre el hipocondrio derecho, es patognomónico**, aunque no siempre se halla presente. Es común una leucocitosis de 12.000- 15.000, Se registra elevación de la bilirrubina a niveles del orden de 2-4 mg/dL en un 10% de los pacientes, elevación leve de la fosfatasa alcalina y, en algunos casos, elevación de la amilasa sérica a niveles de ≥ 1.000 U/dL. La presencia de ictericia clínica y bioquímica pronunciadas debe hacer pensar en coledocolitiasis asociada, y la hiperamilasemia, que se presenta en alrededor de 15% de los pacientes, puede también ser indicativa de pancreatitis aguda. Hay que recordar que 30% de los casos de pancreatitis aguda biliar se asocian con colecistitis aguda.*

(...)

*La ultrasonografía (**ecografía**) es el método diagnóstico por excelencia y los hallazgos son típicos: vesícula biliar distendida, con paredes de grosor aumentado por la inflamación aguda de la pared, con cálculos o barro biliar en su interior. **En la absoluta mayoría de los casos la ultrasonografía es el único examen necesario para establecer el diagnóstico con un alto grado de certeza**”.*

Confirma el anterior extracto, cuyo conocimiento devino del propio extremo actor, que la palpación, asociada con el signo de Murphy, la distensión abdominal junto con la ecografía, daban la pauta para determinar la viabilidad de la atención médica, sin que de forma precisa o particular se señale la desatención de uno de esos señalamientos médicos al prestarse el servicio al paciente, lo que desdibuja la negligencia o desconocimiento de las guías que aduce el recurrente fue la génesis del supuesto daño.

Y es que el apelante además de limitarse a aducir la ausencia de diligencia en el diagnóstico de la patología, aseguró que no se definió la cirugía de colecistectomía a pesar del dolor abdominal agudo, sin tener en cuenta que para proceder de esa manera, era preciso tener certeza de la causa del dolor y diagnosticar con total claridad la afección padecida, sin que el dolor abdominal fuera suficiente para disponer la intervención, pues como se dijo en líneas anteriores, tal antecedente podía tener fuente y provocar varias

situaciones, incluida la úlcera duodenal perforada, pancreatitis aguda, hepatitis, hepatomegalia congestiva aguda, pielonefritis aguda, angina de pecho, apéndice retrocecal, neumonía con reacción pleural, cólico nefrítico o un absceso hepático.

Así también lo concluyó la Asociación Colombiana de Cirugía, quien observó: *“Los tratamientos médicos y quirúrgicos ordenados se realizaron en el tiempo indicado por la literatura, con los recursos y el personal científico más idóneo para los mismos.- No se encuentran fallas de la atención médica, no se evidencian ni error ni culpa medica (sic) o administrativa, las complicaciones que presento (sic) el paciente se consideran esperadas, materialización de un riesgo previsto y de ello se advierte al paciente, constancia de lo cual se deja en el consentimiento informado escrito.”*²⁶; posteriormente al responder los interrogantes formulados, complementó indicando que frente al padecimiento del usuario *“4. No se trataba de una urgencia vital, pues su patología podía esperar la confirmación diagnóstica antes de definir la conducta médica y quirúrgica definitiva”,* ratificó que *“5. Todas las atenciones médicas y quirúrgicas que el paciente recibió en la fundación cardio infantil se consideran indicadas y se realizaron de manera oportuna, todas las ayudas diagnósticas estaban indicadas”* así como los medicamentos, enfatizó que *“15. Todos los tiempos de atención, los enfoques diagnósticos y terapéuticos que se realizaron al paciente en la FUNDACIÓN CARDIO INFANTIL, fueron adecuados, diligentes y oportunos”* conforme a la *lex artis*; así mismo indicó que *“24- No estaba indicada la cirugía inmediata sin la confirmación de la sospecha diagnóstica”* [archivo 22AportanREspuestaACIN.pdf].

26

A tono con lo anterior, no solo las declaraciones de Gabriel Sánchez Guzmán, Carolina Pérez Alvarado y Juan Manuel

²⁶ Concepto doctor Andrés Felipe Acevedo Betancur. Archivo 16AllegaDictamenAsociacionCirugia.Pdf

Pérez, coinciden con la diligencia y efectiva prestación de los servicios médicos que recibió el paciente en la Fundación Cardio Infantil, sino que incluso sin su participación, para esta Sala refulge el acatamiento de todas esas medidas sanitarias que debieron ser prestadas, se efectuó paso a paso cada una de las valoraciones y exámenes requeridos para determinar el tratamiento a seguir en la asistencia del señor Juan Edgar León Rey.

6. Ahora, en lo concerniente al descontento con lo resuelto respecto de Famisanar E.P.S., ha de recalcar que la obligación de las entidades de esa naturaleza, no se limita a cumplir con los trámites relacionados con la administración de servicios entre usuarios y los prestadores de servicios, sino que deben garantizar la calidad de la atención que se brinda. Así lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia²⁷:

"En contra del anterior razonamiento, cabe aclarar que no es cierto que la responsabilidad de las EPS se circunscribe a sus funciones estrictamente administrativas en relación con el acceso de los usuarios a la red de salud, pues según el artículo 177 de la ley 100 de 1993, las empresas promotoras de salud tienen como función básica <<organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados (...)>>. Luego, las EPS son responsables directas por la prestación del servicio de salud que reciben los usuarios.

En el mismo sentido, los artículos 178, 179 y 180 de la ley 100 de 1993, señalan que las entidades promotoras de salud tienen el control sobre la calidad de la prestación del servicio, como bien se explicó líneas arriba. Vale la pena reiterar, que el artículo 14 de la ley 1122 de 2007 impuso a las EPS la responsabilidad de cumplir las funciones indelegables del aseguramiento en salud, que

²⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC 9193-2017. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

incluye la garantía de calidad en la prestación de los servicios de salud, en los siguientes términos:

«Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud. Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento». [Se resalta]

Por consiguiente, fue la misma ley la que asignó a las Entidades Promotoras de Salud de ambos regímenes la obligación de representar a los afiliados ante las instituciones prestadoras, garantizar la calidad de los servicios de salud y asumir el riesgo transferido por el usuario mediante el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el POS.

28

Finalmente, el artículo 3° de la ley 1438 de 2011 estableció: «Los servicios de salud deberán atender las condiciones del paciente de acuerdo con la evidencia científica, provistos de forma integral, segura y oportuna, mediante una atención humanizada». Esta obligación de brindar una atención en salud oportuna, integral y de calidad implica un enfoque sistémico que involucra la responsabilidad de todos los miembros de la organización encargada de la prestación del servicio de salud.

El paradigma de sistemas es imprescindible para comprender el funcionamiento del Sistema de Seguridad Social en Salud y del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención en Salud, contenidos en el marco normativo que se ha reseñado con precedencia; así como para la atribución de responsabilidad civil a sus agentes.

Según la Teoría General de Sistemas, utilizada por esta Corte como marco conceptual para explicar el fundamento de la responsabilidad civil de las personas jurídicas estructuradas en forma de sistemas no psíquicos u

organizativos (SC 13925 del 24 de agosto de 2016), los elementos o miembros de la organización deben ser capaces de interactuar entre si de manera coordinada (sinergia) mediante el empleo de herramientas o estándares de acción claros y precisos encaminados al logro de resultados exitosos o de alta calidad, cuyo incumplimiento entraña un juicio de reproche culpabilístico cuando se traduce en daños previsibles ocasionados a las personas".

6.1. En el presente caso, el reproche que se hace a la entidad promotora de salud se circunscribe a la remisión que ordenó al Hospital Clínica San Rafael del paciente, y supuestamente negarle autorización de la cirugía, bajo la causal de decisión administrativa.

Frente a tal acusación, no puede ni debe perderse de vista que, ante el examen no conclusivo del diagnóstico, la interconsulta por cirugía general, tras observar el padecimiento del enfermo, ordenó la gammagrafía con hida, luego de examinar los hallazgos de la ecografía hepatobiliar y el TAC, no obstante, según las aseveraciones de la Fundación Cardio Infantil y la declaración de su representante legal, ese servicio no era prestado para ese momento por la institución.

Sobre el tema, se alegó en la contestación de la demanda de la FCI que *"Para el presente caso, la Fundación Cardio Infantil - Instituto de Cardiología no podía ofrecer el examen de gammagrafía con HIDA que requería el paciente para despejar las dudas sobre el origen de su dolencia, por lo que era mandatorio garantizar su remisión oportuna hacía una institución de la red de su seguro que pudiese prestar el servicio. Para el caso en cuestión, el asegurador del paciente León Rey era Famisanar EPS y fueron ellos quienes dieron la orden de remitir al paciente al Hospital Clínica San Rafael, institución de alto nivel de complejidad, trayectoria y prestigio en la ciudad, que podía ofrecer y*

prestar el servicio requerido”, por lo que no acreditada otra situación diferente a ello, la remisión administrativa obedeció a ese estricto punto, lo que se traduce ya no en la negativa de un examen diagnóstico, sino por el contrario, en procura de que fuera atendido en otra institución hospitalaria que contara con el servicio ordenado.

Así mismo, nótese que la cirugía realizada en la Clínica San Rafael no obedeció del todo a una nueva valoración realizada por esa entidad, por el contrario, se adujo como motivo de consulta *“REMITIDO DESDE FUNDACIÓN CARDIO-INFANTIL CON IDC: COLECISTITIS”*²⁸, y dadas las nuevas condiciones de verificación, no fue posible la intervención quirúrgica como inicialmente fue planteada, esto es la laparoscopia, sino que hubo necesidad de efectuar laparotomía, en razón a que se *“intenta pinzar por el fondo y bolsa de Hartman sin ser posible”*²⁹, lo que desdibuja la aseveración del actor que obedeció a otra causal, verbigracia, la no atención pronta de su padecimiento.

En este punto, resulta propio y acertado traer a colación que la expresión *bolsa de Harman*, según la anotación efectuada por los galenos llamados a atestiguar, hace referencia a un recubrimiento que impedía la revisión de los cálculos establecidos en la vesícula, situación que conllevó a que no fueran visibles en los primeros exámenes realizados y que después, según la anotación en el historial clínico, impuso que la intervención quirúrgica fuera modificada de una laparoscopia a otra de naturaleza abierta.

²⁸ Folio 48 manuscrito o 70 archivo *“01CuadernoPrincipal”*.

²⁹ Folio 59 manuscrito o 84 archivo *“01CuadernoPrincipal”*.

En todo caso, no se aprecia elemento de convicción del que se pueda inferir el erro de conducta, la omisión o negligencia en la prestación del servicio médico-hospitalario, como tampoco que el traslado de una institución a otra, hubiese desencadenado efectos adversos a la salud del paciente; por el contrario, la decisión administrativa de remisión se hizo con el fin de garantizar los servicios que requería.

Ante este escenario, tampoco se avizora la responsabilidad endilgada a la entidad promotora de salud.

8. Corolario de lo ampliamente analizado en precedencia, la censura carece de la contundencia para enervar la decisión de primer grado; en tal virtud ante la falta de probanza de los elementos estructurantes de la responsabilidad civil contractual, no podían tener acogida las pretensiones, razones que aquí explicadas imponen confirmar la sentencia materia de apelación y, por consiguiente, condenar en costas a la parte actora.

31

DECISIÓN

Con cimiento en la argumentación que precede, 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:

1. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 45 Civil del Circuito de Bogotá el 26 de septiembre de 2022.

2. CONDENAR en costas a la parte demandante.

Notifíquese,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Magistrada
110013103033201200252 02

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Magistrada
110013103033201200252 02

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

Magistrado
110013103033201200252 02
-En permiso-

-2-

32

Firmado Por:

Ruth Elena Galvis Vergara

Magistrada

Sala Civil

Tribunal Superior De 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: **cdb73913f284a480740e5a6f1bde76410e4d6de91dcfadb1ab7705826730c984**

Documento generado en 13/04/2023 04:16:07 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Bogotá, D.C., trece de abril de dos mil veintitrés

Proceso: Verbal -responsabilidad contractual médica-.
Demandante: Juan Edgar León Rey y otros.
Demandado: Famisanar E.P.S. y la Fundación Cardio Infantil
Instituto de Cardiología.
Radicación: 11001310303320120025202
Procedencia: Juzgado 45 Civil del Circuito de Bogotá.
Asunto: Apelación sentencia

Se fija la suma de \$3'000.000,00 como agencias en derecho correspondientes a esta instancia.

Notifíquese,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

-2-

Firmado Por:

Ruth Elena Galvis Vergara

Magistrada

Sala Civil

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

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

Código de verificación: **8169e5fea9874441893e20e8cc65300aad34669c438592d616546f0ffb4b6af7**

Documento generado en 13/04/2023 04:18:37 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Bogotá, D.C., trece de abril de dos mil veintitrés (2023).

Ponencia presentada y aprobada en Sala Civil de Decisión de 12 de abril de 2023.

Proceso: Verbal
Demandante: Blanca Cecilia Guerrero Gutiérrez
Demandado: Alonso Guerrero Gutiérrez
Radicación: 110013103035201900397 01
Procedencia: Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá
Asunto: Apelación sentencia
SC-015/23

1

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación provocado por la parte demandada contra la decisión emitida el 2 de febrero de 2023 en el asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

1. Blanca Cecilia Guerrero Gutiérrez presentó demanda en contra de Alonso Guerrero Gutiérrez, en la que formuló las siguientes pretensiones¹:

1.1. Declarar la resolución del contrato de promesa de compraventa y el otro si, celebrado entre el señor Alonso Guerrero como promitente vendedor y la señora Blanca Guerrero como promitente compradora, el 5 de junio de 2012, respecto del *“inmueble casa de habitación junto con el lote de terreno sobre la cual está construida marcado con el No. 15 de manzana D2, con nomenclatura urbana Carrera 82 No. 67-21 sur de Bogotá, D.C.*

¹ Folios 67 a 69, PDF 001Folios1a178, C01Principal

identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 50S620942 y cuyos linderos generales son los siguientes: POR EL NORTE: en seis metros (6 mts) con lote 22; POR EL SUR en seis metros (6 mts) con la vía; POR EL ORIENTE: en quince metros (15 mts) con lote 16; POR EL OCCIDENTE: en quince metros (15 mts) con lote 14 y encierra”.

1.2. Ordenar al demandado devolver a la demandante \$40'600.000,00.

1.3. Ordenar al demandado que cancele a la demandante \$80'920.705,83, por intereses causados desde el 9 de enero de 2013 al 25 de junio de 2019.

1.4. Ordenar al demandado cancelar \$5'000.000,00 por cláusula penal.

1.5. Ordenar que vuelvan las cosas a su estado inicial y las compensaciones a que haya lugar.

1.6. Condenar en costas al demandado.

2. Como sustento fáctico de su pedimento dijo [folios 45 a 47, *ibidem*]:

2.1. El 5 de junio de 2012 Blanca Cecilia Guerrero Gutiérrez y Alonso Guerrero Gutiérrez celebraron contrato de promesa de compraventa, comprometiéndose a transferir los derechos de dominio, goce y posesión sobre el 80% de una casa de habitación junto con su lote de terreno.

2.2. Se acordó que el precio del bien sería de \$40.600.000, el que fue pagado por la señora Blanca Guerrero así: \$18.000.000 el día de la suscripción de la promesa; el restante, según *otrosí* de 9 de enero de 2013, se pagaría así: (i) cuota inicial de \$11.500.000, (ii) \$3.000.000 para la escrituración, (iii) \$2.100.000 para el pago de mano de obra y (iv) \$6.000.000 para el pago de materiales.

2.3. A la demandante no se le hizo entrega real y material del bien, pese a que se había acordado que se haría a la firma del contrato; y se llevaría a cabo una vez se cancelara la totalidad de la hipoteca y se levantara el gravamen.

3. Mediante auto de 13 de septiembre de 2019 se admitió la demanda [folio 73, *ejúsdem*].

4. Una vez notificado, el demandado se opuso a las pretensiones de la demanda y planteó como excepciones de mérito²: (i) “falta de requisitos en la compraventa”, (ii) “existencia de la causal de nulidad y consecuente validez del contrato de promesa de compraventa por el estado mental y/o psicológico del demandado, por la causal falta de requisitos contemplados en el numeral 2 del artículo 1611 del C.C.”, (iii) “excepción de contrato no cumplido”, (iv) “prescripción de la acción”, (v) “desconocimiento de la situación fáctica por parte de la demandante”, (vi) “tacha de falsedad material en el texto de la promesa de compraventa y el otro sí adicional”, (vii) “tacha de falsedad ideológica en la promesa de compraventa y el otro sí adicional” y (viii) la genérica.

5. Surtidas las etapas procesales propias del asunto, en audiencia de instrucción y juzgamiento, adelantada el 2 de febrero de 2023, se emitió sentencia en la que se declaró la nulidad absoluta del contrato de promesa de compraventa y su otro sí, ordenó al demandado restituir a la demandante dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia la suma de \$40'600.000, indexada desde el 9 de enero de 2013; advirtió que superado dicho plazo se causarían intereses civiles y condenó en costas al demandado al tiempo que lo sancionó dado el fracaso de la tacha de falsedad que propuso.

3

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La juez de primera instancia, se refirió a las generalidades del contrato de promesa de compraventa y, especialmente, a los requisitos y formalidades que el mismo debe cumplir para que produzca efectos entre las partes.

Hizo especial énfasis en el relativo al plazo o condición que fije la época en la que se celebrará el contrato prometido y de no establecerse impide que surta efectos.

Dijo que no se probó la tacha de falsedad aducida porque la prueba grafológica fue desistida y la falsedad ideológica no se demostró; pero, en efecto el documento no fue firmado por Jorge Elías Guerrero Gutiérrez (testigo del contrato), de quien solo se estampó su nombre.

Agregó que, en lo medular, no se cuestionó que el convenio no hubiera sido suscrito por el demandado quien, si bien, padece un trastorno afectivo bipolar inespecífico, por aquella

² folios 403 a 423, PDF 002 Folios79a1302

condición no se ha promovido una asignación de apoyos ni tampoco antes había sido declarado interdicto, sumado a ello, su historia clínica no refiere ninguna limitación que pueda viciar su consentimiento.

En cuanto al momento en el que se suscribiría el contrato prometido, recalcó que en el instrumento negocial quedó pactada una condición meramente potestativa en cabeza del demandado, que se reputa nula.

Concluyó que se encontraba configurada la nulidad absoluta del contrato de promesa de compraventa la que de conformidad con los artículos 1741 y 1742 del Código Civil, que debía declararse de oficio; a su vez, consideró que con los documentos aportados estaba probado el pago que la querellante le hizo a Alonso Guerrero Gutiérrez quien, entonces, estaba obligado a restituir el dinero recibido debidamente indexado.

LA APELACIÓN

4

Inconforme con la decisión, la parte demandada interpuso recurso de apelación, que sustentó así:

1. No se debió declarar de oficio la nulidad porque, como excepción, se propuso la de *“falta de requisitos en la compraventa”* la que se fundó en que no se estableció la fecha y lugar para perfeccionar el contrato, lo que haría imposible la constitución en mora del contratante incumplido. Así las cosas, estima que la decisión debió ser congruente y declarar probada la defensa planteada.
2. La tacha de falsedad se cimentó en la ausencia de firma del testigo Jorge Elías Guerrero Gutiérrez, lo que fue aceptado por la demandante en su interrogatorio, situación que llevó a la defensa del convocado a desistir de la prueba pericial.
3. No se valoraron las pruebas relativas al estado de salud mental del demandado, situación que pudo ser aprovechada por la convocante, en su favor, para la suscripción del documento; quien, además, no probó lo dicho o pagado según sus documentos.

4. No se resolvió sobre la excepción de prescripción que, en su sentir, estaba configurada ya que la demanda se presentó cuando habían transcurrido más de seis años desde la fecha en la que se debió hacer la entrega del bien.

5. Finalmente, cuestiona la no realización de la prueba pericial por psiquiatría que había solicitado.

CONSIDERACIONES

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

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

3. Para definir la alzada, recuérdese que la censura se enfila contra la decisión que, de oficio, declaró la nulidad absoluta del contrato de promesa de compraventa y su *otrosí* suscritos por Alonso Guerrero Gutiérrez como promitente vendedor y Blanca Cecilia Guerrero Gutiérrez como promitente compradora y, también, por declarar no probada la tacha de falsedad e imponerle una sanción.

3.1. En punto de la nulidad absoluta, no discute el recurrente su declaración, sino que ello se haya hecho de oficio y no como consecuencia de la excepción que propuso. Así las cosas, no hay lugar a detenerse en si estaba o no configurada la nulidad del contrato porque, se itera, allí no se centra la inconformidad de la parte apelante.

Revisado el escrito de contestación, en efecto, la primera de las excepciones esbozadas se tituló “*falta de requisitos en la compraventa*”, misma que se fundó en el numeral 3° del artículo 1611 del Código Civil; esto es, en no contener un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el

contrato [folio 405 a 407, PDF 002 Folios79a1302], específicamente argumentó:

*«Ahora bien, en cuanto al plazo se señaló que, se firmará una vez se cancele la totalidad de la hipoteca y se efectúe el levantamiento del gravamen hipotecario, correspondiendo lo anteriormente descrito corresponde a un **plazo o condición indeterminado**, cuya naturaleza lo hace inadecuado para cumplir con el requisito exigido por estar supeditado a un suceso impredecible, teniendo en cuenta que ese momento sólo ocurría si el deudor pagaba, acto sujeto a su voluntad, no a la de las partes.*

No obstante, ni la promesa de compraventa ni el otro si salió a la vida jurídica, en cuanto falta uno de los requisitos fundamentales (por el estado mental)».

Raciocinios que fueron proclamados por la juez de primer grado para sustentar su decisión, utilizando la hermenéutica lógica para definir sobre la acción resolutoria propuesta, cuyo estudio debe partir de verificar la existencia de un contrato válido.

Y fue precisamente porque no halló la concurrencia de las exigencias legalmente previstas para el contrato de promesa, que concluyó la nulidad absoluta del mismo, que puede declararse de oficio o a petición de parte al emerger palmario del mismo contrato, como lo pregona el artículo 1742 del estatuto civil, *“La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato (...)”*.

Recordando que a tono con el artículo 1740 *ídem*: *“Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa.”*

De allí que, observado el documento contentivo del contrato de promesa se advierte la carencia de un plazo o condición para celebrar el contrato prometido; en efecto, en la cláusula 6ª se dijo: *“la correspondiente escritura que ha de perfeccionar el presente contrato se firmara una vez se cancele la totalidad de la hipoteca y se efectuó el levantamiento del gravamen hipotecario en mayo del 2022, ...”*, constituyéndose en una condición potestativa (1534 *ibídem*) que pende de la mera voluntad del prometiende vendedor, es nula (artículo 1535 *ídem*).

Siendo imperioso fijar un plazo o condición, como una de las exigencias consagradas para el contrato de promesa en el artículo 1611 *eiusdem*; ante la ausencia de uno de los requisitos necesarios para la validez del contrato, la consecuencia jurídica no era otra sino la de declarar su nulidad absoluta.

En otras palabras, la juez cognoscente en primer grado procedió como lo indica la ley, y no puede reprochársele falta alguna solo por no haber acogido la excepción que indebidamente tituló el demandado.

4. Ahora bien, en efecto, la nulidad absoluta del negocio implica que deba procurarse que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban los contratantes previo al convenio inválido. Sobre ello, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado:

«En lo que atañe a las restituciones recíprocas generadas por la anulación de los negocios jurídicos, de manera insistente se ha predicado en la jurisprudencia que esta procede, aún de oficio, en los términos del Título XX del Libro Cuarto del Código Civil, conforme a lo estatuido por la regla 1746, a cuyo tenor: “La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita. En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo”.

De acuerdo con la citada norma, la declaratoria de la nulidad de un contrato aparece la aniquilación de sus efectos vinculantes y obligatorios para las partes, de donde deviene el carácter retroactivo de tal veredicto, a fin de colocar a los extremos de la relación negocial en la situación en que se encontrarían de no haber celebrado la convención.

En consecuencia, si han ejecutado de manera parcial o total los compromisos a su cargo, se habilitan las devoluciones bilaterales, salvo, claro está, en el evento de las nulidades absolutas originadas en objeto o causa ilícitos. Para tal efecto, es menester acudir a las disposiciones que gobiernan las prestaciones mutuas en materia de reivindicación, consignadas en los artículos 961 a 971 del compendio citado.

2.1. Así lo ha explicado esta Corporación, destacando que «(...) siempre que sea declarada la nulidad de un acto o contrato, las cosas han de retrotraerse al estado en que las partes se hallaban antes de su celebración, lo que subsecuentemente abarca toda entrega o cumplimiento -en la medida de lo posible- que los contratantes en virtud del convenio, hayan llegado a efectuar, por supuesto, con cargo de restituir asimismo las especies de que da cuenta el precepto anotado, y dentro de ellas, los frutos, tomándose en cuenta la buena o mala fe de las partes, entre otras circunstancias (...)» (CSJ SC5060-2016, 22 abr., rad. 2001-00177-02).

2.2. En ese orden, las restituciones mutuas que hayan de hacerse los estipulantes en relación con las mejoras, pérdidas y deterioros de la cosa; las expensas utilizadas en su conservación; y, los frutos civiles y naturales, así como los gastos ordinarios invertidos en su producción, que surgen cuando las partes del convenio preparatorio han anticipado o satisfecho obligaciones propias del negocio jurídico proyectado, por ejemplo, el pago de parte o de la totalidad del precio o la entrega del bien; o si cumplieron prestaciones adicionales como la entrega de arras penitenciales, descansan teleológicamente en razones de evidente equidad, en razón del aprovechamiento efectivo o potencial de los frutos por parte del demandado, pero también en la posibilidad de que haya mejorado la cosa o la deteriorara, tópicos cuya inatención conllevaría prohibir un enriquecimiento indebido tanto del reo del reintegro como del acreedor de este, que recibiría un bien con mejoras no sufragadas por él o se le inferiría un perjuicio al retornarle su propiedad deteriorada a causa de actos de su contradictor»³.

8

5. Sin embargo, en el caso concreto, revisado el caudal probatorio, de allí no se extrae que la señora Blanca Guerrero hubiera cancelado a Alonso Gutiérrez Guerrero la cifra que por el precio de la venta prometida pidió le fuera reintegrada y que el juez en primera instancia le reconoció. Obsérvese que en el pacto se dijo:

PRIMERA; el (los) PROMITENTE(S) VENDEDOR (ES) promete(n) vender y el (los) PROMITENTE(S) COMPRADORES(S) promete(n) adquirir el derecho de dominio y posesión material que tiene y ejerce sobre el inmueble un ochenta (80%) casa de habitación junto con el lote de terreno sobre el cual está construida, marcado con el No. 15 de manzana D2, con nomenclatura urbana Cra 82N° 67 21 sur, Bogotá, Cundinamarca (...)

TERCERA. VALOR Y FORMA DE PAGO: el precio del inmueble prometido en venta se fija en la suma de: DIEZ Y OCHO MILLONES DE PESOS Mcte (\$18.000.000), que se cancelaron para la compra

³ Sentencia SC5513-2021, de 15 de diciembre de 2021, radicación 446503189001200800227 01, magistrada ponente Hilda González Neira.

del predio en el cual figura con hipoteca de primer grado a favor de la Cooperativa Confiar que asumen el pago en partes iguales entre aquí comprador y vendedor hasta efectuar cancelación total y levantamiento de la hipoteca de primer grado» [folio 5, PDF 001Folios1a178, PrimeraInstancia].

Esto es, anticipadamente se determinó como precio de la compraventa la suma de \$18'000.000,00.

Posteriormente, con el otrosí de 9 de enero de 2013 se introdujo una aclaración:

«(...) la promesa de compraventa, suscrita entre nosotros, la forma o manera como se obtuvo la Compraventa del inmueble por parte de ALONSO GUERRERO GUTIERREZ a la señora FLOR MARINA DAZA DUEÑAS, (...) por valor total de SETENTA Y UN MILLONES DE PESOS MCTE (\$71.000.000) MCTE. Con una hipoteca de CINCUENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$56.800.000) MCTE, al acreedor hipotecario CONFIAR COOPERATIVA FINANCIERA (...)

ACLARACIÓN ESPECÍFICA: Dicha aclaración consiste PRIMERO: en que los dineros que se dieron para dicha COMPRAVENTA y arreglo posterior del inmueble, provinieron exclusivamente de manos de la señora BLANCA CECILIA GUERRERO GUTIERREZ, en un porcentaje equivalente al ochenta por ciento (80%) quedando el saldo garantizado con hipoteca, como ha quedado escrito. SEGUNDO: Que su hermano ALONSO GUERRERO GUTIÉRREZ, prestó su nombre para poder lograr la adjudicación de dicho crédito y que por ello BLANCA CECILIA GUERRERO GUTIERREZ, reconocerá a su hermano un porcentaje adecuado a su participación personal.

El dinero aportado por BLANCA CECILIA GUERRERO GUTIERREZ, asciende a la suma de VEINTIDÓS MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$22.600.000) MCTE (...) [folios 9 a 11, ibídem].

Vistos aquellos documentos, los que se aportaron como prueba del negocio y del dinero entregado por la señora Blanca Guerrero, no es posible establecer que las sumas que allí se relacionan sean parte del precio del bien que su hermano Alonso Guerrero le prometió en venta.

En la aclaración, tan sólo se anotó que la señora Blanca Cecilia le había entregado a su hermano \$22'000.000,00 para el negocio antecedente, esto para la compra del predio que Alonso hizo a Flor Marina Daza.

Véase que en la cláusula 3ª se fijó en \$18'000.000 el precio del predio prometido en venta, anotando que “se cancelaron para la compra del predio en el cual figura con hipoteca de primer grado a favor de la Cooperativa Confiar que asumen el pago en partes iguales entre aquí comprador y vendedor hasta efectuar cancelación total y levantamiento de la hipoteca de primer grado.

De otro lado, en su interrogatorio la actora reconoció, sobre el tema, al absolver las preguntas planteadas por la apoderada de la parte demandada:

«Preguntado: ¿puede decirle usted al Despacho cual fue el valor que usted pactó con el señor Alonso para la compra del inmueble sobre el 80% que mencionó en el contrato?»

Respondido: si señora, inicialmente fueron \$18.000.000, (...) pero después se firmó el otrosí y se dio más plata.

Preguntado: dígame al Despacho en qué momento pagó esos \$18.000.000 y cómo los pagó.

Respondido: los \$18.000.000 se los conté a mi hermano uno sobre otro para poder pagarle a la señora Flor Marina Daza (...)» [récord 17:20 a 18:37, archivo 005Folio315VideoAudienciaArt372Parte2, PrimeraInstancia].

10

Si el precio convenido fue de \$18'000.000,00, no se entiende porque se hace alusión a cifras mayores, y al plantear las pretensiones se deprecia la devolución de \$40'600.000,00 involucrando una serie de conceptos que no emanan del contrato invalidado.

Las restituciones que se pueden disponer son aquellas que emanen del convenio; no pueden aspirar los contendientes a que so pretexto de la nulidad o resolución contractual, se resuelva sobre todas las diferencias, controversias o negocios que entre los hermanos han surgido.

Quiere ello decir que, en el presente caso, Alonso Guerrero Gutiérrez por efecto de la nulidad del contrato de promesa sólo debe restituir la suma de \$18'000.000,00, a la señora Blanca Cecilia Guerrero Gutiérrez, monto convenido y que aparece entregado por esta a aquel, incluso antes del fallido convenio.

5.1. En ese sentido habrá de modificarse la sentencia de primer grado, para reconocer a favor de la señora Blanca Guerrero el monto que a título de precio entregó, advirtiéndose que como lo ha señalado la Corte:

“... una vez el acuerdo preliminar se invalida, la transferencia pierde su causa, y emerge una verdad incontrovertible: que el promitente vendedor tuvo a su disposición los dineros de la otra parte del convenio, durante cierto tiempo.

Y, claro, siendo ello así, resulta equitativo compensar a ese promitente comprador por no haber podido invertir sus recursos en otra actividad que le reportara lucro. De no hacerlo, se prohijaría la inequidad, al prohijar que los dineros sean utilizados por quien promete vender, sin contraprestación de ningún tipo.”⁴

En otras palabras las restituciones mutuas a causa de la nulidad de un contrato de promesa incluyen no solo la indexación del precio entregado en forma anticipada, sino también el reconocimiento de intereses civiles a una tasa de 6% anual.

Así pues, actualizado el monto entregado desde la fecha de celebración del contrato anulado, hasta la actualidad⁵; verificadas las operaciones aritméticas el resultado es de \$30'518.013,38; más los intereses legales por el mismo período (130 meses): \$11'700.000,00, arroja un total de \$42'218.013,38.

11

6. Ahora, en cuanto a la tacha de falsedad, memórese que *“La parte a quien se atribuya un documento, afirmándose que está suscrito o manuscrito por ella, podrá tacharlo de falso (...)”⁶.*

En el *sub judice*, se tachó el contrato aduciendo una falsedad material, consistente en que el testigo Jorge Elías Guerrero Gutiérrez no plasmó su firma en ninguno de los documentos que se adosaron como base de las pretensiones, situación admitida por la demandante al absolver el interrogatorio hecho por la gestora judicial de su contraparte:

«Preguntado: ¿puede informarle al Despacho si la firma que reposa en ambos documentos del señor Jorge Elías Guerrero es de él?»

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC002-2021 de 18 de enero de 2021. MP. Luis Alonso Rico Puerta.

⁵ Con la fórmula $VA = VH \times IPC \text{ Final} / IPC \text{ Inicial}$. De donde VA es el valor actualizado; VH es el valor histórico; IPC final es el índice de precios al consumidor actual 13 de abril de 2023: 131,77 e IPC Inicial es el índice de precios al consumidor para la época del contrato: 5 de junio de 2012: 77,72.

⁶ Artículo 269 de la Ley 1564 de 2012.

Respondido: no señora, no está la firma, está el nombre, porque mi hermano estaba en el primer piso de la notaría, él está en silla de ruedas, no lo dejaron subir, entonces está el nombre y la cédula»

[récord 27:49 a 28:24, ibidem].

En realidad, improcedente era la tacha de falsedad pues, en primer lugar quien la propuso no repudió su propia rúbrica la que sobre su nombre aparece y es que además se verificó por el señor Alonso Guerrero diligencia notarial de reconocimiento de firma, huella y contenido del documento.

De otra parte, no se puede pregonar que se falsificó una firma inexistente; sumado a ello, la falsedad endilgada respecto de un “testigo” recibe el tratamiento dispuesto en el inciso final del artículo 274 del Estatuto Procesal Civil “*Tratándose de documentos emanados de terceros, la sanción solo procede cuando esté acreditada la mala fe de quien desconoce el documento y, en su caso, de su apoderado*”; lo que aquí no se probó.

Innecesaria era además una prueba pericial para acreditar la ausencia de la firma en cuestión, pues refulge evidente de la apreciación del documento y en ello coinciden las partes.

Entonces, aunque la tacha de falsedad no resultara exitosa, no había lugar a imponer la sanción que contempla el precitado artículo; cuando su fracaso se signó desde la misma improcedente proposición, y la ausente firma del anunciado como testigo carece de incidencia en lo acordado por las partes y plasmado en el documento.

En ese aspecto se impone revocar la sanción que por la fallida tacha se impuso.

7. El reproche atinente a la falta de apreciación y valoración del estado de salud del señor Alonso Guerrero, si bien obra senda documentación que da cuenta de su padecimiento, nada de eso permite establecer, sin asomo de duda, su incapacidad para firmar el pacto con la señora Blanca o que producto de su enfermedad se produjo algún defecto al, con su firma, demostrar su aquiescencia con lo allí convenido.

Pero adicionalmente tal argumento carece de sindéresis, si delantamente se advirtió la nulidad absoluta del contrato, lo que fulmina el negocio jurídico, inocuo resulta abordar el

examen de una causal de nulidad relativa, pues aniquilado el contrato ninguna repercusión puede derivarse de la supuesta falta de conciencia de quien lo firmó como prometiende vendedor.

8. La crítica concerniente a las pruebas que no se practicaron, no resulta ser un argumento oportuno, pues de un lado era carga de las partes colaborar en el recaudo de los elementos de prueba, de otro lado clausurado el debate probatorio tal determinación no fue impugnada, y, por último tampoco se hizo petición en tal sentido en los términos del artículo 327 de la Ley 1564 de 2012.

9. Finalmente, como quiera que la nulidad absoluta del contrato detectada enerva la totalidad de las pretensiones, innecesario era ahondar en el estudio de las excepciones, inciso 3° del artículo 282 *ejusdem*, por lo que no había mérito para analizar la de prescripción que dice el recurrente, razón demás para que la Sala tampoco se ocupe de ello aquí.

10. En consecuencia, por lo dicho en precedencia, se modificará la sentencia impugnada, sin que haya lugar a condena en costas en esta instancia dada la prosperidad del recurso.

13

DECISIÓN

Con cimiento en lo consignado en precedencia, 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:

MODIFICAR la sentencia emitida el 2 de febrero de 2023, por el Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá en el asunto de la referencia, cuya resolutive para mayor claridad quedará como sigue:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad absoluta del contrato de promesa de compraventa celebrado entre Alonso Guerrero Gutiérrez y Blanca Cecilia Guerrero Gutiérrez el 5 de junio de 2012.

SEGUNDO: CONDENAR a Alonso Guerrero Gutiérrez a reintegrar a la señora Blanca Cecilia Guerrero Gutiérrez la suma de CUARENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS DIECIOCHO MIL TRECE PESOS CON 38/100 (\$42'218.013,38), dentro de los diez (10) días siguientes contados a partir de la notificación esta providencia. Vencido dicho plazo se liquidarán intereses civiles del 6% anuales conforme al artículo 1617 del Código Civil.

TERCERO: Declarar improcedente la tacha de falsedad propuesta por el demandado, por ello y según lo considerado no se impondrá sanción alguna al proponente.

CUARTO: Sin condena en costas de primera instancia por virtud de la declaración oficiosa de la nulidad del contrato.

QUINTO: Sin condena en costas en esta instancia ante la prosperidad del recurso.

Notifíquese y cúmplase,

14

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Magistrada

110013103035201900397 01

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Magistrada

110013103035201900397 01

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

Magistrado

110013103035201900397 01

--En permiso--

Firmado Por:

Ruth Elena Galvis Vergara
Magistrada
Sala Civil
Tribunal Superior De 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: **6744831773b9b9d7511caa11ef9e315b1b6f68355ad1207f916011454f646e1f**

Documento generado en 13/04/2023 04:20:05 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Bogotá, D.C., trece de abril de dos mil veintitrés

Proceso: Verbal
Demandante: Andreas Stihl AG & CO. KG
Demandada: Hugo Beltrán Rojas y otro
Radicación: 110013199001201799878 01
Procedencia: Superintendencia de Industria y Comercio
Asunto: Apelación de sentencia

Se ilustra al memorialista que su escrito no puede ser tenido en cuenta, no sólo porque está prohibido expresamente sustituir las intervenciones orales por escritos (numeral 6º artículo 107 de la ley 1564 de 2012), sino porque la oportunidad para sustentar el recurso se le brindó en audiencia de ella hizo uso por el término legal, sin que pueda ampliar sus argumentos con un documento radicado con posterioridad al acto público (artículo 117 *ídem*). Por tanto, no hay lugar a considerar la “memoria escrita” que adjuntó el abogado Marín Ruales.

Notifíquese,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

-2-

Firmado Por:

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

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

Código de verificación: **826ac39a65f929fbecceb28b3d9fbe935956068dad3f255752f217d4f67f850b**

Documento generado en 13/04/2023 04:15:21 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Bogotá, D.C., trece de abril de dos mil veintitrés

Ponencia presentada y aprobada en Sala Civil de Decisión según acta de 12 de abril de 2023.

Proceso: Verbal
Demandante: Andreas Stihl AG & CO. KG
Demandada: Hugo Beltrán Rojas y otro
Radicación: 110013199001201799878 01
Procedencia: Superintendencia de Industria y Comercio
Asunto: Apelación de sentencia
SC-013/23

1

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación provocado por la parte demandante contra la sentencia emitida el 26 de julio de 2019, por la Superintendencia de Industria y Comercio -Grupo de Trabajo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial-, en el asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

1. Andreas Stihl SG & Co KG, a través de apoderada judicial, instauró demanda en contra de Hugo Beltrán Rojas y Edgar Germán Mora Murillo, en la que planteó como pretensiones:

“1. Que se declare que el uso que los señores Hugo Beltrán Rojas y Edgar Germán Mora, hacen en Colombia de las marcas STIHL (mixta) con certificado de registro No. 98445 y STIHL (nominativa)

con certificado de registro No. 142766, para identificar en el comercio, guadañas y motosierras, infringe el derecho al uso exclusivo que la demandante ostenta sobre dichas marcas, conforme a lo dispuesto en el artículo 154 de la decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina.

2. Que se declare que el uso que los señores Hugo Beltrán Rojas y Edgar Germán Mora, hacen en Colombia de las marcas STIHL (mixta) con certificado de registro No. 98445 y STIHL (nominativa) con certificado de registro No. 142766, para identificar en el comercio guadañas y motosierras, se encuentra inmerso dentro de los actos contemplados por la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina como infracción marcaría, particularmente, los contenidos en los literales a) y d) del artículo 155.

3. Que se declare que la comercialización que los señores Hugo Beltrán Rojas y Edgar Germán Mora hacen en el mercado colombiano, del producto identificado como motosierra STHIL MS381, que reproduce, de manera no autorizada, un diseño confundiblemente similar, que sólo presenta diferencias secundarias respecto al diseño industrial con certificado de registro No. 8570, infringe el derecho de explotación exclusiva que ostenta la sociedad ANDREAS STIHL AG. & CO. KG, sobre dicho diseño, conforme a lo dispuesto en el artículo 129 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina.

4. Que, como consecuencia de cualquiera de las anteriores declaraciones, se ordene a los señores Hugo Beltrán Rojas y Edgar Germán Mora, cesar los actos de infracción de los derechos de propiedad industrial que vienen desarrollando en contra de los intereses de la sociedad ANDREAS STIHL AG. & CO. KG, como titular en Colombia de las marcas STIHL (mixta) con certificado de registro No. 98445 y STIHL (nominativa) con certificado de registro No. 142766, y del diseño industrial con certificado de registro No. 8570.

5. Que se prohíba a los señores Hugo Beltrán Rojas y Edgar Germán Mora, la venta y comercialización del producto identificado como motosierra STHIL MS381, por hacer uso de una marca confundiblemente similar a las marcas STIHL (mixta) con certificado de registro No. 98445 y STIHL (nominativa) con certificado de registro No. 142766 y, reproducir de manera no autorizada un diseño confundiblemente similar, que sólo presenta diferencias secundarias respecto al diseño industrial con certificado de registro No. 8570 de propiedad de la sociedad ANDREAS STIHL AG. & CO. KG.

6. Que se ordene a los señores Hugo Beltrán Rojas y Edgar Germán Mora, retirar de los círculos comerciales, todos los productos identificados como motosierra STHIL MS381, por hacer uso de una marca confundiblemente similar a las marcas STIHL (mixta) con certificado de registro No. 98445 y STIHL (nominativa) con certificado de registro No.142766 y reproducir de manera no autorizada un diseño confundiblemente similar, que sólo presenta

diferencias secundarias respecto al diseño industrial con certificado de registro No. 8570 de propiedad de la sociedad ANDREAS STIHL AG. & CO. KG.

7. Que se ordene a los señores Hugo Beltrán Rojas y Edgar Germán Mora, retirar de los círculos comerciales, cualquier otro producto idéntico o confundiblemente similar al diseño industrial con certificado de registro No. 8570 de propiedad de la sociedad ANDREAS STIHL AG. & CO. KG.

8. Que se ordene a los señores Hugo Beltrán Rojas y Edgar Germán Mora, retirar de los círculos comerciales, cualquier otro producto que haga uso de una marca idéntica o confundiblemente similar a las marcas STIHL (mixta) con certificado de registro No. 98445 y STIHL (nominativa) con certificado de registro No. 142766 de propiedad de la sociedad ANDREAS STIHL AG. & CO. KG., incluyendo los envases, embalajes, etiquetas, material impreso o de publicidad u otros materiales utilizados para la comercialización del producto identificado como motosierra STIHL MS381 o cualquier otro producto idéntico o confundiblemente similar al diseño industrial con certificado de registro No. 8570 de propiedad de la sociedad ANDREAS STIHL AG. & CO. KG.

9. Que se prohíba a los señores Hugo Beltrán Rojas y Edgar Germán Mora usar marcas STIHL (mixta) con certificado de registro No. 98445 y STIHL (nominativa) con certificado de registro No. 142766 y el diseño industrial con certificado de registro No. 8570 o cualquier otro signo confundiblemente similar para identificar en el mercado colombiano productos de las clases 4 y 7 de la Clasificación Internacional de Niza.

10. Que se ordene a los señores Hugo Beltrán Rojas y Edgar Germán Mora, en un término razonable, fijado en la sentencia, la destrucción de los productos identificados como motosierra STIHL MS381, por hacer uso de una marca confundiblemente similar a las marcas STIHL (mixta) con certificado de registro No. 98445 y STIHL (nominativa) con certificado de registro No. 142766 y reproducir de manera no autorizada un diseño confundiblemente similar, que sólo presenta diferencias secundarias respecto al diseño industrial con certificado de registro No. 8570 de propiedad de la sociedad ANDREAS STIHL AG. & CO. KG.

Que se ordene a los señores Hugo Beltrán Rojas y Edgar Germán Mora, informar la sociedad ANDREAS STIHL AG. & CO. KG, como titular de los derechos infringidos, sobre la identidad de los terceros que hayan participado en la producción y distribución de los bienes infractores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 242 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina.

Que se adopten en contra de los señores Hugo Beltrán Rojas y Edgar Germán Mora, las medidas necesarias para evitar la continuación o la repetición de la infracción a los derechos de propiedad industrial de la sociedad ANDREAS STIHL AG. & CO. KG.

Que se condene a los señores Hugo Beltrán Rojas y Edgar Germán Mora a pagar a favor de mi representada el monto de los perjuicios a ella causados con ocasión de la infracción a sus derechos de propiedad industrial sobre las marcas STIHL (mixta) con certificado de registro No. 98445 y STIHL (nominativa) con certificado de registro No. 142766 y, el diseño industrial con certificado de registro No. 8570.

Que se ordene a los señores Hugo Beltrán Rojas y Edgar Germán Mora, realizar la publicación de la sentencia que ponga fin al presente proceso en un diario de amplia circulación dentro de los ocho días siguientes a su notificación.”

Que se condene en costas a la parte demandada.”

2. La *causa petendi*, la edificó en los hechos que pueden compendiarse de la siguiente manera:

2.1. Andreas Stihl Ag & Co KG es titular en Colombia de la marca **STIHL (mixta)** con certificado de registro No. 98445 concedido bajo el expediente 921703617 para identificar productos de la clase 7 Internacional; asimismo, es titular de la marca **STIHL (nominativa)** con certificado de registro No. 280124, concedido bajo el expediente 03066886, para identificar productos de la clase 4 Internacional.

2.2. La demandante también es titular en Colombia del certificado No. 8570, del diseño industrial concedido en el expediente No. 15-059184, que le otorga el derecho de excluir a terceros la explotación del mismo y, a actuar contra terceros que sin su consentimiento comercialice un producto cuyo diseño solo presente diferencias secundarias con respecto al protegido o cuya apariencia sea igual a ésta.

2.3. La actora, usa en el mercado nacional el diseño industrial con certificado de registro No. 8570, para identificar la motosierra con referencia MS381.

2.4. A través del perfil de mercado libre denominado

Agromotores de Colombia, se comercializan productos cuyo diseño es confundiblemente similar por presentar diferencias secundarias respecto al diseño industrial con certificado de registro No. 8570, e incorporan, de manera no autorizada, las marcas STIHL (mixta) con certificado de registro No. 98445 y STIHL (nominativa) con certificado de registro No.142766.

3. En auto de 6 de diciembre de 2017, la Superintendencia de Industria y Comercio admitió la demanda.

3.1. Notificados los demandados por aviso, mediante comunicación electrónica email certificado, no contestaron la demanda.

3.2. Surtido el trámite de la primera instancia, se profirió sentencia que resolvió:

“Primero: Declarar que Hugo Beltrán Rojas y Edgar Germán Mora han infringido los derechos de propiedad industrial a Andreas Stihl respecto de las marcas con certificado No. 98445 y No. 280124, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva en la presente providencia.

Segundo: Ordenar a Hugo Beltrán Rojas y Edgar Germán Mora cesar los actos de infracción de los derechos de propiedad industrial de Andreas Stihl respecto de las marcas con certificado No. 98445 y No. 280124, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva en la presente providencia.

Tercero: Ordenar a Hugo Beltrán Rojas y Edgar Germán Mora abstenerse de comercializar productos registrados para la clase 4 y 7 de la Clasificación Internacional de Niza, identificados con las marcas Stihl, conforme a los certificados No. 98445 y No. 280124.

Cuarto: Ordenar a Hugo Beltrán Rojas y Edgar Germán Mora retirar de manera inmediata de los círculos comerciales todos los productos registrados para las clases 4 y 7 de la Clasificación Internacional de Niza, identificados con las marcas Stihl, conforme a los certificados No. 98445 y No. 280124.

Quinto: Ordenar a Hugo Beltrán Rojas y Edgar Germán Mora retirar de manera inmediata de los círculos comerciales todos los productos, envases, embalajes, etiquetas, material impreso, o de

publicidad u otros materiales utilizados para comercialización de una marca idéntica o confundiblemente similar a las marcas Stihl, registradas para las clases 4 y 7 de la Clasificación Internacional, conforme a los certificados No. 98445 y No. 280124.

Sexto: Ordenar a Hugo Beltrán Rojas y Edgar Germán Mora abstenerse de usar las marcas Stihl, registradas para las clases 4 y 7 de la Clasificación Internacional de Niza, conforme a los certificados No. 98445 y No. 280124.

Séptimo: Ordenar a Hugo Beltrán Rojas y Edgar Germán Mora retirar de manera inmediata de los círculos comerciales todos los productos registrados para las clases 4 y 7 de la Clasificación Internacional de Niza, identificados con las marcas Stihl, conforme a los certificados No. 98445 y No. 280124.

Octavo: Ordenar a Hugo Beltrán Rojas y Edgar Germán Mora que dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia informe a la sociedad Andreas Stihl la identidad de terceros que hayan participado en la producción y distribución de los productos infractores.

Noveno: Ordenar a Hugo Beltrán Rojas y Edgar Germán Mora que dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia publique la misma en un diario de amplia circulación nacional, como lo es el periódico El Tiempo.

Décimo: Negar las demás pretensiones de la demanda. (...)"

6

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Luego de historiar el desarrollo procesal y hallar cumplidos los presupuestos procesales, abordó el estudio de la controversia.

Manifestó el *a quo* que, como se discutían dos aspectos, uno en cuanto a marcas y, otro respecto a derecho industrial, dividiría de esa forma el análisis.

En lo que tiene que ver con las pretensiones relacionadas con las marcas, dijo que, conforme a las pruebas allegadas y, como no se contestó la demanda se tendrían como ciertos los hechos de ésta y, se observaba que los demandados utilizaron la marca y el signo *Stihl* en el perfil Agromotores

de Colombia de Mercado Libre para la venta de las motosierras relacionadas por el actor.

Indicó que al cotejar la marca mixta *Stihl* que usaron los demandados contra la marca registrada del demandante, se concluía que reprodujo de manera idéntica, fotográfica, fonética e ideológica la marca *Stihl* para la clase 4; y según las pruebas los demandados hacen uso de la marca para identificar cuchilla, otras partes de las motosierras que comercializan y las cajas.

Para el segundo caso, realizó el cotejo de los signos *Stihl*, el usado por la parte demandante y, los signos usados por la parte demandada. En este caso, resaltó que también era preponderante el vocablo *Stihl*, lo que genera confusión y riesgo de asociación. Afirmó que se está ante una expresión similar para desarrollar una actividad económica relacionada con los productos amparados con la marca del demandante lo que genera confusión al consumidor, porque cree que está comprando la marca registrada del convocante, en todo caso, hay riesgo de identidad y semejanza de los signos en disputa y, entre los servicios y productos ofrecidos.

De tal manera, destacó que se vulneraban los derechos de propiedad industrial de la demandante en los términos del literal D, de la Decisión 486 de 2000.

Prosiguió con lo atinente al diseño industrial. En primera medida analizó la ocurrencia de la infracción, argumentó que está plenamente probado que los demandados comercializan las motosierras en cuestión.

En cuanto a la igualdad del producto con base en el trabajo

pericial y la declaración del perito Francisco Javier Egan Martínez concluyó que no se trata de productos idénticos y que tenían diferencias sustanciales. Para llegar a esa conclusión citó una decisión del Tribunal Andino que determinó al consumidor medio que corresponde al especializado para el uso de las motosierras e hizo referencia a las declaraciones del perito que, en suma, conceptuó que, eran similares. Además, hizo énfasis en las distinciones que hay entre los dos productos y en gran parte son distintos.

En tal virtud, negó las pretensiones relativas al diseño industrial.

Respecto a los perjuicios manifestó que, si bien se estableció una infracción a derechos de propiedad industrial, no aparecían causados, habida cuenta que no se demostró con certeza que los demandados efectivamente comercializaron productos con la marca de los demandantes, que efectivamente las 137 personas hubieran comprado las motosierras de la marca Stihl toda vez que no se trata de productos idénticos; así, la forma como está alegado el perjuicio no corresponde a un lucro cesante. La comercialización se hizo en 2016, lo que significa que no dejó de percibir ningún concepto porque la misma demandante fue la que anunció que la referencia MS381 se dejó de vender en el año 2016, lo que implica que no dejó de percibir ningún dinero por ese concepto.

8

LA APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante propició recurso de apelación, en los aspectos que le fue adversa la sentencia y

en audiencia ante esta Sede sustentó su disenso así:

Criticó de indebida la valoración probatoria, pues en su criterio el juzgador se apartó de los hechos debidamente acreditados. Resaltó que la infracción de los derechos de propiedad industrial sobre el diseño determinado en el registro No. 8570 tiene fundamento en la existencia de “diferencias secundarias” y no en la identidad de los productos. No obstante, la sentencia se enfoca en resaltar las diferencias existentes entre cada una de las piezas que conforman el diseño, dejando de lado que el análisis se debe realizar a partir de la impresión en conjunto del diseño, hizo un recuento del interrogatorio absuelto por el perito, sin considerar el concepto referente a las similitudes.

En el dictamen se señaló que las fotografías son fieles copias de los productos objeto de análisis y, se ignoró que allí se indicó que había al menos un 90% de similitud sobre el 100%, lo cual no significa que no se haya evaluado el 10% como lo dijo el fallador, lo que configura una incongruencia entre lo probado y lo resuelto.

Reprochó la aserción de que el consumidor es especializado, porque una motosierra se adquiere en muchos almacenes como Homecenter, Mecanoelectro, Home Sentry.

Respecto a la negativa de ordenar la destrucción de los productos identificados como motosierra Stihl MS381 comercializado por los demandados, señaló que la sola declaración de infracción de los derechos marcarios era suficiente para proceder a ello (literal f, artículo 241 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina).

Así mismo cuestionó que no se hubiese valorado la conducta procesal de los demandados, quienes no contestaron la demanda.

Censuró que el *a quo* se abstuviera de acceder la pretensión decimotercera al no condenar a los demandados a pagar a favor de la actora el monto de los perjuicios causados por la infracción a los derechos de propiedad industrial, pues se ignoró lo previsto en el artículo 206 del Código General del Proceso y, ante la ausencia de objeción era prueba del daño estimado; adicionalmente, como lo prevé esa norma, si el Juez advertía que notoriamente era injusta esa tasación debió decretar pruebas de oficio. Por tanto, el *ad quem* deberá tener por ciertos los perjuicios y, en todo caso, se probó la infracción a las marcas y por consiguiente el daño.

10

Sumado a ello, el uso indebido, no autorizado e ilegal de una firma registrada significaba un daño a la demandante y, un enriquecimiento injusto de los demandados.

Además, solicitó la aplicación de la indemnización preestablecida a que aluden la Ley 1648 de 2013 y el Decreto 2264 de 2014; así como al artículo 283 de la Ley 1564 de 2012 en búsqueda de una reparación integral.

DE LA SEGUNDA INSTANCIA

Admitido el recurso, se convocó audiencia y en ella se dispuso solicitar interpretación prejudicial al Tribunal Andino de Justicia, en tanto éste fue emitido la actuación quedó suspendida. Remitido el concepto de la autoridad supranacional fue puesto en conocimiento de las partes, enseguida se citó para audiencia en la que el apoderado de

la apelante expuso los argumentos en que sustenta su inconformidad, sin que hubiera lugar a réplica pues la contraparte no se hizo presente.

CONSIDERACIONES

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

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

3. El disenso de la recurrente se funda en que, en su criterio, si se demostró la infracción de sus derechos respecto del diseño industrial del que es titular, por lo que ese será el primer tema por analizar; seguidamente, se estudiará el tema de los perjuicios perseguidos y, si hay cabida a la indemnización preestablecida, como lo alegó en la alzada.

3.1. El artículo 113 de la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones, define el diseño industrial en los siguientes términos:

“Artículo 113.- Se considerará como diseño industrial a la apariencia particular de un producto que resulte de cualquier reunión de líneas o combinación de colores, o de cualquier

forma externa bidimensional o tridimensional, línea, contorno, configuración, textura o material, sin que cambie el destino o finalidad de dicho producto”.

Consagrando su protección en el artículo 129:

“Artículo 129.- El registro de un diseño industrial conferirá a su titular el derecho a excluir a terceros de la explotación del correspondiente diseño. En tal virtud, el titular del registro tendrá derecho a actuar contra cualquier tercero que sin su consentimiento fabrique, importe, ofrezca, introduzca en el comercio o utilice comercialmente productos que incorporen o reproduzcan el diseño industrial. El registro también confiere el derecho de actuar contra quien produzca o comercialice un producto cuyo diseño sólo presente diferencias secundarias con respecto al diseño protegido o cuya apariencia sea igual a ésta.”

Sobre el tema, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, recordó en la Interpretación Prejudicial 62-IP-2020 de 16 de diciembre de 2022 que para este asunto hiciera:

“La finalidad del diseño industrial radica en el hecho de que ante productos de distinta naturaleza y que reporten la misma utilidad, el consumidor se incline por aquellos que sean de su preferencia estética; así, el fabricante buscará aquellas formas para sus productos, que sean estéticamente atractivas, dado que el factor determinante en el consumidor para la elección de los productos en el mercado, puede radicar en la mera apariencia de los mismos. En este sentido, el diseño industrial consiste en la innovación de la forma, incorporada a la apariencia externa de los productos”¹.

Hizo énfasis en que:

“1.6. Las características elementales de los diseños industriales se pueden resumir en que el diseño industrial solo concierne al aspecto del producto (su fisonomía), y que el mismo debe ser arbitrario; es decir, no cumplir una función utilitaria, sino tan sólo estética. A ello se debe agregar que deberá conferir un aspecto particular y distinto al producto al que se aplique, otorgándole una fisonomía nueva; ser percibido por la vista en su uso; es decir, encontrarse a la vista del consumidor y no en el diseño interior del producto; y,

¹ Interpretación Prejudicial No. 71-IP-2005 de fecha 6 de julio de 2005, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 1235 del 23 de agosto de 2005. Citada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la interpretación para este caso.

finalmente aplicarse a un artículo industrial; es decir, a un producto con utilidad industrial.

1.7. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, la esencia del derecho sobre el diseño industrial consiste en la potestad que le otorga el registro a su titular, para usarlo en forma exclusiva y evitar que otros lo usen, con las limitaciones y excepciones que el régimen comunitario establece en orden a salvaguardar la función económica y comercial de esa figura de propiedad industrial”.

Por su parte, la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) define el diseño industrial como “*el derecho garantizado (...) para proteger los originales, decorativos y no funcionales caracteres distintivos de un artículo o producto industrial que resulte de la actividad del diseño*”².

Entonces, la esencia del derecho sobre el diseño industrial consiste en la potestad que se le otorga a su titular para usarlo de forma exclusiva y evitar que otros lo usen, con las limitaciones y excepciones que el régimen legal establece en orden a salvaguardar la función económica y comercial de esa figura de la propiedad industrial. La consecuencia, no es otra que tener un derecho exclusivo sobre el diseño industrial y la potestad de explotarlo.

3.1.1. Para determinar la infracción del derecho derivado del diseño industrial registrado, contrastado con el utilizado por la demandada, debe establecerse si las diferencias son sustanciales o secundarias; para ello el Tribunal de Justicia Andina, explicó:

“2.2. Como bien lo hemos señalado, el registro de un diseño industrial confiere a su titular el derecho de excluir a terceros de la explotación de su diseño. También puede actuar contra quien produzca o comercialice un producto cuyo diseño solo presente diferencias secundarias o que su apariencia sea igual al diseño industrial registrado. En efecto, la existencia

² Diseño Industrial Propiedad Intelectual, Material de Lectura, en Doc. WIPO, Publicación No. 476 (E) ISBN 92-805-0629-03, WIPO 1995, página 229.

de diferencias mínimas, secundarias, no desvirtúa la existencia de una infracción.

2.3. El diseño deberá conferir un valor agregado al producto, expresado en su apariencia estética para que sus diferencias sean sustanciales. En este sentido, es el consumidor quien determinará si las diferencias existentes entre los diseños industriales comparados son sustanciales o no, en su elección de los productos en el mercado. No habrá infracción si las diferencias son sustanciales.

2.4. Dado que la finalidad del diseño industrial es brindar una apariencia atractiva al producto, el criterio para determinar si existen diferencias sustanciales entre dos diseños es determinado por la elección del consumidor medio. Si para un consumidor medio, es indistinto adquirir cualquiera de los dos productos en comparación, las diferencias serán irrelevantes (caso en el cual habrá infracción); sin embargo, si prefiere uno de los dos productos por ser más atractivo estéticamente, las diferencias son consideradas relevantes, y por lo tanto se entenderá que las diferencias entre ambos son sustanciales (caso en el cual no habrá infracción).

2.5. Una vez que la autoridad competente se ubica en la posición del consumidor medio y, de esta manera, establezca las diferencias secundarias entre los diseños en conflicto, deberá hacer la comparación utilizando las siguientes reglas:

a) Se debe excluir del cotejo los elementos secundarios de los diseños comparados, de conformidad con lo anotado anteriormente.

b) La comparación entre diseños industriales deberá hacerse partiendo de los elementos que aportan la apariencia especial en cada caso, como las formas del diseño, relieves y forma característica del producto, para establecer si el diseño que se pretende registrar tiene una contundencia suficiente frente al registrado y, de esta manera, evitar así el error en el público consumidor.

c) Si los diseños comparados contienen elementos de uso común, estos no deben ser tomados en cuenta al momento de realizar el análisis respectivo.”

3.2. En el sub lite, indiscutible es que el actor es el titular del diseño industrial de una motosierra, tal como se observa en el certificado No. 8570 del 1° de agosto de 2017 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio y, concedida en

la resolución No. 31562 del 23 de junio de 2015³.

Con el objeto de acreditar la transgresión a los derechos de propiedad industrial violados por los demandados, la convocante le compró a aquellos una motosierra la cual tenía la marca Stihl y con similitudes al bien mueble registrado, lo sometió a cotejo mediante peritaje elaborado por Francisco Javier Herrán Martínez y, en suma, el experto dijo que había un alto grado de semejanza en los dos productos, estableció que era en un 90%. Véase que, por cada cara de análisis de la motosierra, por ejemplo, ultimó *“por la proporción y los valores que representan sólo los tres elementos asociados en la red superior, puede decirse que ellos tres (manilla posterior, gatillo, bloqueo de seguridad y empuñadura), puede decirse que ellos tres (sic), generan una similitud de al menos el 90%”*⁴. En otras palabras, afirmó que existía un alto grado de semejanza.

15

En todo caso, se resalta que en dicha experticia no se mencionan las diferencias derivadas de las no similitudes que apreció el perito en un 90% en todos los aspectos de la motosierra mencionada, sí tenían connotación de sustanciales o secundarias, se limitó a decir que existían diferencias sin enmarcarlas en unas u otras. Tampoco se aprecia sí, como consecuencia de las discrepancias entre los productos, respecto a la posibilidad de comprar la motosierra de la convocante, existiera en el consumidor medio tales elementos para tomar una decisión para adquirirla. Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dijo:

“Las diferencias secundarias solo podrán ser determinadas cuando la impresión general que produzca el diseño industrial

³ Folio 35 digital del archivo 110013199001201799987801_C03.PDF, del cuaderno C01.

⁴ Folio 126 digital ibidem.

*en los círculos interesados del público consumidor difiera de la producida por cualquier otro diseño que haya sido puesto a su disposición con anterioridad. Asimismo, el diseño deberá conferir un valor agregado al producto, expresado en su apariencia estética, para que sus diferencias sean sustanciales. En este sentido, es el consumidor quien determinará si las diferencias existentes entre los diseños industriales comparados son sustanciales o no, en su elección de los productos en el mercado*⁵ (Resaltado fuera del texto).

La convocante sostiene que con la experticia elaborada por Francisco Javier Herrán Martínez se dé por probada la transgresión al derecho de propiedad industrial que ostenta; no obstante, ese trabajo no tiene la fuerza probatoria suficiente que le endilga, pues no se consultó al consumidor medio de esa clase de productos con miras a determinar si existían o no semejanzas iguales o superiores al 90%, si eran evidentes y si eran de carácter sustancial o secundario.

3.3. Ahora, por más que se allegó un dictamen referente al “*Estudio de confusión o asociación de marca*”⁶, tal concepto carece de los presupuestos previstos en el precepto 226 de la Ley 1564 de 2012; en efecto, en cuanto a la identidad de quien lo realizó se dice que fue la compañía “CICO”; no obstante, no se especifica el NIT y, por el contrario lo suscribe una persona natural de la cual se desconoce si ostenta la representación legal, pues no se aportó certificado de existencia y representación de esa sociedad.

Tampoco se acreditó la experiencia de aquella en este tipo de pruebas; no hay datos de localización del experto; ni mucho menos si el tipo de población entrevistado eran consumidores especializados o de tipo medio, diferenciación que se hará más adelante.

⁵ Interpretación Prejudicial No. 71-IP-2005 de fecha 6 de julio de 2005, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 1235 del 23 de agosto de 2005.

⁶ Folio 150 ibidem.

Por último y no menos importante, por más que quien suscribe el informe estadístico manifestara que se hizo conforme a los parámetros de la norma ISO 9001-:2000 que garantiza la “*confiabilidad de la información aquí reportada*”; no obstante, no se arrió certificación en ese sentido.

Por lo demás, no se evidencia que sea claro, preciso ni exhaustivo, solo compila preguntas y gráficas respecto de las supuestas respuestas dadas por consumidores, sin que se tenga certeza de la población entrevistada, si conocía del ramo de las motosierras, por lo que no es factible asignarle el valor probatorio que aspira la actora para acreditar las similitudes entre el producto del actor y el comercializado por los demandados.

Como si fuera poco, en los hallazgos y conclusiones se anotó que de la población entrevistada (108 personas) un 96% refirieron un alto grado de confusión; empero, al observar las gráficas, por ejemplo, ante la pregunta si consideraba que los productos eran similares un 41% lo negó; que si eran análogos en la estructura tan solo un 43% coincidió con tal observación y, si creían que uno era copia del otro un 47% respondió negativamente.

En tal virtud, la conclusión no se acompasa con la información recaudada, a simple vista, resulta inverosímil que el 96% del censo haya tenido tal percepción de los productos y, lo más importante, no se le cuestionó a la población encuestada si evidenciaba diferencias sustanciales o meramente secundarias. Se resalta que el Juez debe analizar el dictamen de los peritos, si lo convence, si tiene los argumentos suficientes, puede tenerlo en cuenta

para edificar la decisión con base en él o en parte; así mismo, debe examinar los fundamentos y las conclusiones y si les halla mérito lo tiene como base para fallar; caso contrario debe desecharlo. El fundamento tiene la suficiente formación para analizar un dictamen de peritos.

Con relación a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia dijo *“Uno de los requisitos sine qua non que debe ofrecer todo dictamen pericial para que pueda ser admitido como prueba de los hechos que versa, consiste en que sea debidamente fundamentado; y que compete al juzgador apreciar con libertad esa condición, dentro de la autonomía propia”*⁷.

Así las cosas, se concluye que de las pruebas no se infiere la infracción del diseño industrial.

Adicionalmente, no puede pasarse por alto que el artículo 130 de la Decisión 486 de 2000 establece *“La protección conferida a un diseño industrial no se extenderá a los elementos o características del diseño dictados enteramente por consideraciones de orden técnico o por la realización de una función técnica, que no incorporen ningún aporte arbitrario del diseñador”*. Con base en los argumentos de la apelante, aquella tiene la expectativa de que con el tecnicismo de un perito y una encuesta sin soporte, se concluya una infracción. Si bien pueden existir semejanzas en los productos en un 90%, no hubo cabida al estudio de las diferencias, de qué naturaleza eran, si eran evidentes y determinantes para seleccionar una u otra motosierra.

3.4. En lo que tiene que ver con la inconformidad de que el consumidor medio podría ser cualquier persona, atendiendo

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 9 de octubre de 1953, GJ T. LVIII, pág. 532; G.J., T. LXXXVI, pág. 578; 5 de abril de 1967.

a que las motosierras se consiguen en cualquier almacén de cadena, ello no es cierto, en la medida que el Consejo de Estado ha definido ese tipo de comprador como *“aquel que no efectúa un examen muy riguroso y detallado, pero tampoco muy negligente, es decir, efectúa un estudio normal del producto debido a que conoce las características generales del mismo, en atención a que tiene un conocimiento y una capacidad de percepción corriente, por cuanto se trata de un producto de consumo masivo”*⁸.

En este caso, no se trata de un bien de consumo masivo, común, habida cuenta que no se encuentra en la mayoría de los hogares como sucedería, por ejemplo, con elementos de aseo, adquirir una motosierra requiere de un mayor cuidado y atención al momento de comprarla, debido a que se trata de un producto dirigido a un determinado grupo de personas que por su especialidad, conocimiento, calidad de vida, capacidad adquisitiva, ocupación, costo del producto o sus características especiales se trata de un servicio específico. El hecho de que la motosierra sea adquirida en grandes superficies o en tiendas específicas de ese tipo de maquinaria, no quiere decir que se trate de un objeto genérico que se tenga en todos los hogares, ya que su utilidad es determinada y delimitada.

3.5. Finalmente, sobre el mérito probatorio de la confesión ficta, tácita o presunta como consecuencia de la ausencia de contestación, se dirá lo siguiente.

El artículo 97 de la Ley 1564 de 2012 prevé *“La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso*

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente Hernando Sánchez Sánchez, 31 de julio de 2018, radicado 11001-31-24-1000-2010-00153-00

sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto. (...)”, de allí que la ausencia de contestación de demanda por sí misma no releva al demandante de probar, como quiera que solamente se presumirán como ciertos “los hechos susceptibles de confesión” consignados en el libelo introductorio.

Lo que impone evaluar los supuestos fácticos redactados en la demanda, de cara a los presupuestos legales indispensables para considerar una confesión, artículo 191 *ibídem*; sin soslayar que el artículo 197 de ese estatuto advierte que en todo caso “*admite prueba en contrario*”. En rigor, se trata de una presunción de tipo legal o *juris tantum*, lo que equivale a afirmar:

“(...) que invierte el peso de la prueba haciendo recaer sobre el no compareciente la obligación de rendir la prueba contraria pues de no hacerlo, las consecuencias de la presunción comentada, que es presunción acabada en buena medida definitiva respecto de la verdad de los hechos confesables afirmados por quien pidió interrogar – bien en cuestionario escrito, si lo hubo, o bien en el escrito rector correspondiente (demanda o contestación)-, naturalmente redundarán en contra de aquél”⁹.

Importa precisar que la confesión ficta tendrá el mismo valor y fuerza que a las confesiones propiamente dichas la ley les atribuye¹⁰, siempre y cuando, se insiste, no exista dentro del proceso prueba en contrario y para su incorporación se

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 16 de febrero de 1994; reiterando otro pronunciamiento de 24 de junio de 1992.

¹⁰ Sobre el valor probatorio de la confesión ficta, véase: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 16 de febrero de 1994, expediente No. 4109, Magistrado Ponente Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

hayan cumplido las condiciones previstas en el artículo 191 del estatuto procesal vigente.

Indiscutible es que los convocados no contestaron la demanda, permanecieron silentes en la oportunidad legal para debatir las afirmaciones vertidas en la demanda por parte del actor; pero no todos esos hechos pueden presumirse ciertos: en verdad, los descritos como “1. *HECOS ATINENTES A LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL DE LA SOCIEDAD ANDREAS STIHL AG. & CO. KG*”, no se prueban por confesión (artículo 191 numeral 3), como tampoco lo son, por la misma razón, los “2. *HECHOS ATINENTES A LA INFRACCION DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL DE ANDREAS STIHL AG & CO. KG*”, pues además de involucrar varios hechos en un mismo numeral, contienen conceptos y apreciaciones del demandante al calificar la ocurrencia de la infracción, lo cual corresponde establecer al juzgador conforme a las reglas, para el caso indicadas por la Decisión 486 y las directrices enseñadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de ese grupo sólo puede admitirse que a través de mercado libre se comercializaron unos productos (motosierras, guadañas), empero acerca de la confundibilidad, uso de marca y titularidad de la misma, no se acreditan por confesión (hechos 2.1., 2.5., 2.9., 2.10., 2.11., 2.13); los hechos 2.2., 2.3., 2.4., 2.6., 2.7., 2.8., 2.12., 2.14. y 2.16. no refieren a conocimiento personal del confesante (artículo 191 numeral 5).

De los “3. *HECHOS ATINENTES A LA IDENTIFICACIÓN DE LOS INFRACTORES*”, los referidos en los numerales 3.1., 3.2., 3.4., 3.5., 3.8., 3.9., y 3.11. no son hechos del confesante; el

consignado en el numeral 3.10., requiere prueba especial que es precisamente el certificado al que allí se alude.

Se presumen como ciertos: el 3.3. según el cual luego de “realizar el pago el sistema arrojó como datos del vendedor asociado a la compra los siguientes HUGO BELTRAN ROJAS, celular 320 8254983”, el 3.6., en su parte final cuando dice que en respuesta a solicitud recibió correo electrónico del señor Edgar German Mora y sus datos de contacto, en cuanto al NIT de Agromotores de Colombia no se prueba por confesión.

Ante ese escenario no puede pretender el apelante soportar el éxito de su aspiración procesal en la conducta remisa del extremo demandado, por demás resulta carente de *sindéresis* bajo esa premisa, darle mérito a lo manifestado en la demanda, sin analizar de forma global todas las pruebas articuladamente como ya se hizo acatando el postulado del artículo 176 de la obra procesal civil, análisis del que no emerge la demostración fehaciente de la infracción al diseño industrial alegada.

En suma, no se probó efectivamente la transgresión del diseño industrial registrado a favor del actor, por lo que no prospera tal inconformidad.

4. De otro lado, alegó la convocante que debió ordenarse la destrucción de los productos identificados con la marca Stihl, por haber infringido la marca registrada y, por reproducir de manera no autorizada un diseño confundible con aquel registrado con certificado No. 8570.

4.1. No habiéndose establecido la infracción respecto del diseño industrial, inviable es disponer la destrucción.

4.2. Ahora bien, en lo atinente a la destrucción de todos los productos por infracción del derecho de propiedad industrial de los que es titular el demandante respecto de las marcas con certificado No. 98445 y 280124, el artículo 241 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina prevé:

“El demandante o denunciante podrá solicitar a la autoridad nacional competente que se ordenen, entre otras, una o más de las siguientes medidas:

(...)

c) el retiro de los circuitos comerciales de los productos resultantes de la infracción, incluyendo los envases, embalajes, etiquetas, material impreso o de publicidad u otros materiales, así como los materiales y medios que sirvieran predominantemente para cometer la infracción;

(...)

f) la adopción de las medidas necesarias para evitar la continuación o la repetición de la infracción, incluyendo la destrucción de los productos, materiales o medios referidos en el literal c) o el cierre temporal o definitivo del establecimiento del demandado o denunciado; (...)”

4.3. Como se puede apreciar, el citado precepto relaciona una serie de medidas que pueden ser adoptadas para proteger el derecho infringido, destinadas al cumplimiento de distintos fines, entre ellos: hacer cesar la infracción, impedir que se continúe con los actos que la constituyen, evitar las consecuencias nocivas de la misma, impedir que se concreten o materialicen las amenazas de una inminente infracción, incluso, destrucción de todos los productos que generen la infracción. En sí, las peticiones relacionadas como medidas de protección que se podrán reclamar en un procedimiento de infracción se encuentran reguladas de forma meramente enunciativa y no taxativa en el citado artículo, pues la misma disposición así lo establece al

señalar que se "(...) podrá solicitar a la autoridad nacional competente que se ordenen, entre otras (...)” las medidas destinadas a la protección de los derechos.”

Además, tal regulación prevé que el convocante podrá solicitar una o más medidas para la protección del derecho industrial transgredido, más no dispone que todas aquellas medidas preventivas deban ser decretadas ante la declaratoria de infracción.

Aquí, el apelante afirma que al haberse declarado probada la infracción de los derechos de propiedad industrial de Andreas Stihl respecto de las marcas con certificado No. 98445 y No. 280124, debió, *per se*, ordenarse la destrucción de todo el material que tuviera dicha marca; en tanto, el *a quo* sólo dispuso la del literal c, del artículo 241 de la Decisión 486 de 2000, es decir, la abstención de la comercialización y el retiro de todos los productos registrados para las clases 4 y 7 de la Clasificación Internacional de Niza identificados con esa marca, siendo esa “la adopción de las medidas necesarias para evitar la continuación o la repetición de la infracción” como lo dispone la norma en cita.

Sin olvidar que también se ordenó la publicidad de la sentencia en un diario de amplia circulación nacional, con el fin de informar al público en general de la infracción y la protección otorgada.

Lo anterior permite inferir que, de una parte, la declaratoria de una infracción de derechos de propiedad industrial no implica la destrucción de los artículos y, en todo caso, el objetivo es proteger el derecho de propiedad industrial el cual

se declaró con la orden de cesar los actos de infracción, abstención de comercialización y retiro de productos.

Por tanto, el citado reproche no tiene la contundencia suficiente para modificar la decisión de primera instancia.

5. En cuanto al reconocimiento de perjuicios que fuera negado, y que el recurrente arguye se demostró con el juramento estimatorio no objetado, debe decirse que el artículo 206 de la Ley 1564 de 2012 determina:

*“Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento **hará prueba de su monto** mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.” (Se destaca)*

Así, el juramento estimatorio se define como prueba del valor de la pretensión de carácter patrimonial, de naturaleza indemnizatoria, siempre y cuando reúna los siguientes requisitos: i) que el demandante discrimine de manera detallada cada concepto de indemnización o compensación que integre el valor pretendido; ii) que el demandado no formule oposición u objeción del valor en el traslado de la demanda; iii) que no prospere la objeción al valor estimado; iv) que el juez no lo haya rechazado al tener fundadas dudas sobre la ilegalidad o temeridad.

Cabe igualmente subrayar lo precisado por la Corte Suprema de Justicia sobre la conducencia del juramento estimatorio para demostrar el *quantum* del perjuicio, mas no de su existencia. En ese sentido, señaló que el interesado debería acreditar la existencia del daño y también de los perjuicios,

pues lo que se fija con el juramento era su *quantum*, así “(...) aunque en la demanda se hizo el juramento estimatorio, tal acto no relevaba a los actos de acreditar la existencia del perjuicio.”¹¹ Esa Corporación también se apoyó en el parágrafo del mencionado precepto, que establece sanción al litigante que no logre demostrar el perjuicio, con el condicionamiento realizado en la sentencia C-157 de 2013, advirtiendo que “la prueba del incumplimiento y del menoscabo derivado del mismo era necesaria para la estimación de las pretensiones”.

En este caso, la parte actora aseguró que por el hecho de haber efectuado juramento estimatorio debió accederse a la pretensión indemnizatoria; empero, olvidó que, debió probar el perjuicio causado. En tal sentido, el a *quo* claramente expuso en la decisión que no había certeza ni probanza que permitiera colegir que efectivamente se hubieran vendido ciento treinta y siete (137) motosierras sobre las cuales se hizo el cálculo para estimar el juramento. Y es que no es prueba suficiente promediar tal cantidad señalada como vendida con base en los comentarios efectuados en la página de Mercado Libre.

Adicionalmente, la Sala resalta que el daño no se presentó, si se tiene en cuenta que en la demanda se anunció que “hasta el 31 de diciembre de 2016” fue distribuida por la demandante la referencia MS381 objeto de registro marcario y, la comercialización por parte de los demandados se hizo durante el año 2017 conforme a las distintas capturas de pantallas de la página web Mercado Libre, en la que ofertaban los productos.

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2015, Magistrada Ponente Margarita Cabello Blanco, radicado 2015-00532-01.

En tal virtud, el fracaso de la pretensión se determinó por la orfandad probatoria respecto del perjuicio efectivamente causado. Recuérdese que daño y perjuicio son conceptos diferentes, como lo ha enseñado la Corte Suprema de Justicia:

“El daño es “la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute una lesión a bienes como el patrimonio o a la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio”. Es el menoscabo o detrimento de un derecho subjetivo.

El perjuicio, en cambio, es la consecuencia derivada del daño. Se traduce en el resarcimiento o pago del “(...) perjuicio que el daño ocasionó (...)”¹².

En ese orden de ideas, no puede salir avante el citado reparo.

27

6. Por último, se ocupa la Sala de las indemnizaciones preestablecidas cuya aplicación reclama el censor:

6.1. El artículo 32 de la ley 1915 de 2018 establece dos alternativas para los titulares de derechos patrimoniales de autor y derechos conexos consistentes en: 1) Sujetarse al sistema de indemnizaciones preestablecidas o 2) Acogerse a las reglas generales sobre prueba de la indemnización de perjuicios, donde el juez es el que valora libremente los montos. Sobre las indemnizaciones preestablecidas la Corte Constitucional en la sentencia C-345/2019, en la cual se hace un análisis de constitucionalidad del artículo 32 de la Ley 1915 de 2018 *“Por la cual se modifica la Ley 23 de 1982 y se establecen otras disposiciones en materia de derecho de autor*

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC4703 de 2021, radicación 11001-31-03-037-2001-01048-01, 22 de octubre de 2021, Magistrado Ponente Luis Armando Tolosa Villabona.

y derechos conexos” argumentó:

“[E]n principio solo después de que se ocasiona un daño es posible medir su magnitud y cuantificar monetariamente el valor de las afectaciones que este produjo. Contrario a tal dinámica, las indemnizaciones preestablecidas, como su nombre lo indica, son cuantificaciones de un daño previas a su ocurrencia y generales, en la medida en que están previstas para cualquier daño que en abstracto pueda suceder y que encaje en categorías abiertas y predeterminadas. En otras palabras, en las tasaciones previas de los daños siempre se juega con el riesgo de que el perjuicio pueda resultar siendo mayor o menor al daño efectivamente sucedido, pero tiene la característica de que exime de la carga de probar el importe del daño. (...)

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

28

6.2. En materia de indemnizaciones preestablecidas en el escenario de las infracciones marcarias, la ley 1648 de 2013¹³ en su artículo 3° previó: “La indemnización que se cause como consecuencia de la infracción marcaria podrá sujetarse al sistema de indemnizaciones preestablecidas o a las reglas generales sobre prueba de la indemnización de perjuicios, a elección del titular del derecho infringido”, normativa reglamentada por el decreto 2264 de 2014 que en el artículo

¹³ Por medio de la cual se establecen medidas de observancia a los Derechos de Propiedad Industrial

1° inciso 2° consagra:

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

A su turno, el artículo 2.2.2.21.1. del Decreto 1074 del 2015, dispone:

*“En virtud de lo establecido por el artículo 3 de la Ley 1648 de 2013 la indemnización que se cause como consecuencia de la declaración judicial de infracción marcaría podrá sujetarse **al sistema de indemnizaciones preestablecidas o a las reglas generales sobre prueba de la indemnización de perjuicios**, a elección del demandante.*

*Para los efectos del presente capítulo, se entenderá que, si el demandante al momento de la presentación de la demanda opta por el sistema de indemnización preestablecida, no tendrá que probar la cuantía de los daños y perjuicios causados por la infracción, tal como lo establece el artículo 243 de la Decisión Andina 486 y, por lo tanto, sujeta **la tasación** de sus perjuicios a la determinación por parte del Juez de un monto que se fija de conformidad con la presente reglamentación.” (Decreto 2264 de 2014, art. 1).*

29

En similar sentido, el artículo 2.2.2.21.2, *ibídem* consagró:

“ARTÍCULO 2.2.2.21.2. Cuantía de la indemnización preestablecida. En caso de que el demandante opte por el sistema de indemnizaciones preestablecidas, dicha indemnización será equivalente a un mínimo de setenta y ocho coma nueve unidades de valor tributario (78,9 UVT) y hasta un máximo de dos mil seiscientos treinta y un coma tres unidades de valor tributario (2.631,3 UVT), por cada marca infringida. Esta suma podrá incrementarse hasta en cinco mil doscientos sesenta y dos mil coma seis unidades de valor tributario (5.262,6 UVT) cuando la marca infringida haya sido declarada cómo notoria por el juez, se demuestre la mala fe del infractor, se ponga en peligro la vida o la salud de las personas y/o se identifique la reincidencia de la infracción respecto de la marca.” (Inciso MODIFICADO por el Art. 41 del decreto 2642 de 2022).

De las citadas reglas se colige que la indemnización de daños y perjuicios por infracción marcaria, por disposición normativa se encuentra sometida a dos regímenes o sistemas: *i)* reglas generales sobre prueba de indemnización de perjuicios; y *ii)* indemnizaciones preestablecidas.

Las primeras -reglas generales sobre “*prueba*” de indemnización de perjuicios-, se erigen en la carga del interesado de probar: *i)* la existencia del perjuicio, y *ii)* su monto o cuantía. De ninguna otra manera se podría entender que el artículo 243 de la pluricitada Decisión, imponga para ese efecto tener en cuenta, el daño emergente, lucro cesante, monto de los beneficios, y el precio de una licencia, sin que consagre una presunción de todos o alguno de ellos por el solo hecho de la infracción, ni mucho menos releva a la víctima de su prueba.

Como si lo anterior fuera poco, no puede pasarse inadvertido que en el ordenamiento jurídico colombiano los artículos 164 y 167 de la ley procesal civil, imponen: ***i) al juzgador:*** fundar sus decisiones en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso; y ***ii) a las partes:*** probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Es por esas razones que sin ambages se puede concluir, quien invoque una indemnización de perjuicios por infracción marcaria cimentado en las citadas reglas generales sobre “*prueba*” de indemnización de perjuicios, debe sin reproches demostrar tanto la existencia del perjuicio (*verbi gratia* – daño emergente y lucro cesante), como su cuantía para que abra paso de manera exitosa a la pretensión indemnizatoria.

En el segundo escenario – del régimen o sistema de indemnizaciones preestablecidas – corresponde al interesado demostrar: solo la existencia del perjuicio, por cuanto la prueba de la cuantía del mismo la suple una disposición legal. Para ese efecto, debe apreciarse con toda atención que la reglamentación en comentario, no consagra una presunción del daño, ni mucho menos del perjuicio sobreviniente a este, es decir no releva al interesado de probar la respectiva infracción consistente en la vulneración del derecho de exclusividad, ni tampoco de la lesión que éste causa en el patrimonio del titular del derecho. Nótese, que los memorados artículos supra reseñados, expresan: “*si el demandante al momento de la presentación de la demanda opta por el sistema de indemnización preestablecida, **no tendrá que probar la cuantía de los daños y perjuicios causados por la infracción**, (...) y, por lo tanto, sujeta **la tasación** de sus perjuicios a determinación por parte del Juez de un monto que se fija de conformidad con la presente reglamentación*” (negrilla y subrayas fuera de texto).

Como puede apreciarse, dicha regla solo releva al demandante de probar “*la cuantía*”, y sujeta la “*tasación*” a la determinación del Juzgador, sin que emerja la presunción del daño o del perjuicio que se pretende hacer ver, ni mucho menos libera al interesado de la carga de la prueba de los mismos, impuesta por artículo 167 de la codificación procesal civil, regla de carácter procesal que a la luz del artículo 13 de la misma Codificación, es “*de obligatorio cumplimiento, y **en ningún caso** podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley*”.

6.3. En el *sub lite*, la demandante no reclamó en su libelo introductorio se aplicará las indemnizaciones preestablecidas, ergo, inviable era en sede de apelación deprecar se tuviera en cuenta dicho régimen.

En todo caso, ya se concluyó, tampoco demostró el concepto del perjuicio y su efectiva causación; luego en uno u otro de los sistemas aludidos la pretensión para el reconocimiento y resarcimiento de perjuicios estaba condenada al fracaso; e inadmisibile es que se invoque la gestión oficiosa del juez para relevar de la carga probatoria que gravitaba en el interesado y que oportunamente no atendió.

7. En este orden de ideas, se confirmará la sentencia cuestionada; no obstante el fracaso de la apelación la parte demandante no será condenada en costas, como quiera que no aparecen causadas, numeral 8° del artículo 365 de la Ley 1564 de 2012.

32

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia emitida el 26 de julio de 2019, por la Superintendencia de Industria y Comercio, Grupo de Trabajo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial.

SEGUNDO: SIN condena en costas al no aparecer causadas.

NOTIFÍQUESE,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Magistrada

110013199001201799878 01

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Magistrada

110013199001201799878 01

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

Magistrado

110013199001201799878 01

-En permiso-

33

Firmado Por:

Ruth Elena Galvis Vergara

Magistrada

Sala Civil

Tribunal Superior De 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: **8c44326fd5b53e300a33e3a6105b7af2abcc0fd7dc88226329e6e8a1b4a5a7b5**

Documento generado en 13/04/2023 04:02:42 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEXTA DE DECISIÓN CIVIL

Bogotá, D. C., trece de abril de dos mil veintitrés

11 001 3199003 2022 0038501

Ref. proceso verbal de protección al consumidor financiero de Roberto Pérez Azuero frente a SBS Seguros S.A.

Se admite el recurso de apelación que formuló el demandante contra la sentencia que el 22 de febrero de 2023 profirió la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, en el proceso de la referencia.

En su momento, **la secretaría controlará el surtimiento de los traslados de que trata el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022.**

Las partes tendrán en cuenta que los memoriales con destino a este proceso serán remitidos al correo electrónico secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.

Cumplido lo anterior, el expediente reingresará al despacho del suscrito Magistrado, para lo que haya lugar.

Notifíquese

Firmado Por:

Oscar Fernando Yaya Peña

Magistrado

Sala 011 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: **fd456db1e86217491dc610fe261b17cbb02ef16ce78c11a06a75982c0cfffcd1f**

Documento generado en 13/04/2023 02:31:57 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 SEXTA DE DECISIÓN CIVIL

Bogotá, D. C., trece de abril de dos mil veintitrés

110 01 3103030 20190007101

Ref. proceso verbal reivindicatorio de Ana Beatriz Umba López frente a Julio Alberto
Moreno Umba

Se admite el recurso de apelación que formuló el demandado contra la sentencia que el 1° de febrero de 2023 profirió el Juzgado 30 Civil del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia.

En su momento, **la secretaría controlará el surtimiento de los traslados de que trata el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022.**

Las partes tendrán en cuenta que los memoriales con destino a este proceso serán remitidos al correo electrónico secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.

Cumplido lo anterior, el expediente reingresará al despacho del suscrito Magistrado, para lo que haya lugar.

Notifíquese

Firmado Por:

Oscar Fernando Yaya Peña

Magistrado

Sala 011 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: **fc0e4ded193c6ec1e7102a74338ecff15d63bfa314222a67bbc38dc9a1707d2e**

Documento generado en 13/04/2023 03:17:29 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., trece (13) de abril de dos mil veintitrés (2023)

MAGISTRADO PONENTE : **JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO**
RADICACIÓN : **11001-31-03-032-2021-00160-01**
PROCESO : **VERBAL**
DEMANDANTE : **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S. A.**
DEMANDADO : **LA PREVISORA S. A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**
ASUNTO : **IMPUGNACIÓN SENTENCIA**

De conformidad con el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, frente a la sentencia proferida el 5 de diciembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Dos Civil Circuito de Bogotá, en el asunto del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1. En el libelo incoativo reformado, el extremo demandante solicitó, de manera principal, que se declare que: "(...) entre Allianz y La Previsora existe un coaseguro en relación con la póliza de enfermedades de alto costo N° 8302120034, cuyo tomador, asegurado y beneficiario es Unimec. (...) [Q]ue en virtud del Coaseguro (...) [las referidas entidades] pactaron distribuir el riesgo derivado de la póliza (...) en un 60% en cabeza de Allianz y un 40% en cabeza de La Previsora. (...) [Q]ue el 11 de septiembre de 2019, Allianz pagó a favor de Unimec la suma de (...) \$5.333'826.449,00, correspondiente a la liquidación de la condena impuesta por la Corte Suprema de Justicia en sentencia sustitutiva del 9 de julio de 2019. (...). Que (...) del pago efectuado por Allianz a favor de Unimec el 11 de septiembre de 2019 (...) \$3.035'071.878,00, corresponden al valor de la porción que, por concepto de capital e intereses pagados a Unimec, debe asumir La Previsora bajo el Coaseguro celebrado con [la actora]. (...). Que [la pasiva] incumplió sus obligaciones bajo el Coaseguro (...). Que La Previsora incumplió el Coaseguro al negarse a reembolsar a Allianz la porción que le corresponde de los valores

pagados por Allianz a favor de Unimec el 11 de septiembre de 2019. (...) Que La Previsora incumplió los deberes de buena fe, cooperación y lealtad, al negarse a reembolsar a [la accionante] la porción que le corresponde, según el riesgo que asumió en virtud de la póliza, de los valores pagados por Allianz a favor de Unimec. (...) Que los incumplimientos de La Previsora le causaron múltiples perjuicios a Allianz, los cuales deben ser indemnizados."

También pidió el reconocimiento de \$3.035'071.878,00, a título de daño emergente y lucro cesante, respectivamente; los intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida sobre dicho valor, o en su defecto, la actualización del mencionado monto. En subsidio de los perjuicios patrimoniales deprecados, solicitó el decreto de la suma que resultare probada en el expediente.

Como pretensiones subsidiarias, pidió declarar que, "(...) como consecuencia de la suscripción del Contrato de Coaseguro, Allianz y La Previsora se obligaron solidariamente a cubrir el riesgo asegurado bajo la póliza de seguro de enfermedades de alto costo N° 8302120034, cuyo tomador, asegurado y beneficiario es Unimec. (...). Que (...) con ocasión del pago realizado por Allianz (...) [ésta] se subrogó en los derechos de Unimec para cobrar a La Previsora el valor de \$3.035'071.878,00, o el valor que resulte probado. (...). Que [la encartada] está obligada a pagar la [nombrada cantidad dineraria] (...) correspondiente al valor de los derechos de Unimec en los que Allianz se subrogó [o el monto que resulte probado. Y, en subsidio de lo anterior, se le conmine a pagar la actualización monetaria sobre \$3.035'071.878,00, o el monto que resulte demostrado]. Que la [encartada] (...) está obligada a pagar (...) los intereses moratorios sobre las condenas que se establezcan, o, en su defecto, la actualización de los mentados decretos."

Para sustentar fácticamente las aspiraciones elevadas, puso de presente, en esencia, que, en el marco de la relación comercial existente entre Allianz y La Previsora, la primera expidió, a favor de Unimec, póliza de seguro de enfermedades de alto costo N° 8302120034, habiéndose acordado entre las aseguradoras distribuir el riesgo de los siniestros cubiertos, a través de un coaseguro, en un porcentaje del 60% y 40%, respectivamente, fungiendo la actora como ente "líder", quien tenía a su cargo la administración del negocio asegurativo constituido.

Historió que, en el 2001, ante el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, se adelantó demanda presentada por Unimec en contra de Colseguros hoy Allianz Seguros de Vida S.A., en la que aquella requirió el pago de la totalidad de las indemnizaciones por siniestros ocurridos durante la vigencia de la Póliza, cuyo monto ascendía a \$1.176'518.242,00, más los intereses moratorios causados.

Contó que, por sentencia del 22 de julio de 2014, la Corte Suprema de Justicia casó el fallo del Tribunal, luego de evidenciar una indebida valoración probatoria, y, mediante sentencia sustitutiva fechada del 9 de julio de 2019, condenó a Allianz al pago de la suma de \$5.333'826.449, de los cuales, le corresponde asumir a la demandada \$449'899.741,00, por concepto de capital y \$2.585'172.137, por intereses liquidados al 30 de junio de 2019, para un total de \$3.035'071.878,00.

Comentó que, el 27 de febrero de 2015, en el marco de la distribución del riesgo pactada en el Coaseguro, el deber de buena fe e información que gobiernan en este tipo de convenio mercantil, le indicó a La Previsora acerca de la sentencia de casación y su deber de asumir el cubrimiento de \$3.035'071.878,00, de conformidad con la obligación ajustada entre las coaseguradoras en la Póliza expedida en Coaseguro.

Señaló que, el 28 de agosto de 2019, funcionarios de las aquí enfrentadas se reunieron y acordaron que Allianz pagaría a Unimec el 100% de la condena impuesta en la sentencia sustitutiva y, posteriormente, La Previsora honraría el Coaseguro reembolsando, a la primera de las nombradas, los valores que le correspondían; por lo que, el 11 de septiembre de la citada anualidad, atendiendo lo concertado, de buena fe y en cumplimiento de su deber de mitigar los perjuicios respecto de los réditos moratorios que se continuaban causando, la actora pagó \$5.333'826.449,00, de los cuales \$3.035'071.878,00 tenían que ser asumidos por la demandada. Sin embargo, a pesar de las comunicaciones intercambiadas entre las aseguradoras, sorpresivamente, la intimada se negó a reembolsar la porción de los valores pagados por Allianz, incumpliendo con los compromisos adquiridos en el coaseguro;

configurándose una afrenta directa a los deberes secundarios de conducta que rigen todo vínculo contractual y que imponen a los contratantes la obligación de obrar de buena fe, con lealtad y cooperación.

Aseveró que la negativa de La Previsora a reintegrar su porción, respecto de la condena impuesta en la sentencia sustitutiva, le ha ocasionado múltiples perjuicios económicos, los cuales deben ser indemnizados.

Para cerrar, anotó que al realizar el pago del 100% de la orden impuesta en dicho fallo, en el cual la Corte, "de facto", consideró las obligaciones entre las Aseguradoras como "solidarias", Allianz se subrogó en la posición de Unimec en contra de La Previsora, habilitándose la posibilidad de perseguir el recaudo del porcentaje que se encuentra a cargo de la aquí encausada, por las reclamaciones presentadas con soporte en la Póliza de enfermedades de alto costo N° 8302120034.

2. Noticiada formalmente, La Previsora S.A. se opuso a las pretensiones de su contraparte, proponiendo las excepciones de: "COSA JUZGADA"; "VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y RESPETO A LAS DECISIONES PREVIAS"; "PRESCRIPCIÓN"; "CULPA DE ALLIANZ VIDA"; "INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD EN LA CONDENA DEFINIDA POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN CONTRA DE ALLIANZ VIDA"; "IMPROCEDENCIA DE LA SUBROGACIÓN"; "INEXISTENCIA DE ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA"; "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE LA PREVISORA DE RECONOCER A ALLIANZ VIDA ALGUNA SUMA POR CONCEPTO DE LA CONDENA IMPUESTA EN SENTENCIA SUSTITUTIVA PROFERIDA POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA"; y la "GENÉRICA".

II. LA SENTENCIA APELADA

Agotada la ritualidad correspondiente, el juzgador de primera instancia desestimó el *petitum* de la demandante, con fundamento en las siguientes consideraciones:

En torno a las pretensiones principales, destacó que, a pesar de encontrarse acreditado el contrato de coaseguro, los porcentajes que las aseguradoras acordaron para la distribución del riesgo, así como el pago de la condena impuesta por la Corte Suprema de Justicia, la prosperidad de la excepción de prescripción se abría paso, por cuanto, a

su criterio, el régimen extintivo de que trata el artículo 1081 del Estatuto de los Mercaderes era el aplicable al caso de marras, toda vez que la norma no distingue sobre a quienes gobierna, y, partiendo del hecho de que la acción contractual instaurada deriva de un convenio de seguro, concluyó su conducencia en el *sub lite*.

En ese sentido, puso de presente que, cuando a la convocante le notifican el admisorio de la demanda interpuesta por Unimec -que cursaba en el Juzgado 8° Civil del Circuito de Bogotá- el camino que a aquélla le quedaba era llamar en garantía a la aquí demandada para que respondiera por el porcentaje estipulado en el coaseguro. De ahí que, desde la desvinculación de La Previsora, de dicha contienda judicial, esto es, 2008, habría transcurrido el tiempo suficiente para que operara la prescripción extintiva.

Respecto de las pretensiones subsidiarias, encontró que Allianz carecía de legitimación en la causa por activa, comoquiera que las obligaciones emanadas del contrato de coaseguro no son solidarias, sino conjuntas; por lo que, al tenor de lo previsto en los artículos 1668 y 1579 del Código Civil, la subrogación deprecada no tenía lugar, debido a la ausencia de compromiso solidario; amén de que las aquí intervinientes no ostentaban la condición de deudoras solidarias.

III. LA APELACIÓN

1. En desacuerdo con el fallo de primera instancia, el extremo demandante interpuso recurso de alzada, por escrito, aduciendo que "**[I]a sentencia apelada erradamente declaró probada la prescripción respecto de las pretensiones principales de Allianz haciendo uso de un término de prescripción inaplicable y contabilización [del] término de prescripción desde un punto de partida que carece de relación con los hechos que fundamentan las pretensiones**"; temática sobre la cual apuntaló que "el término de prescripción del artículo 1081 del Código de Comercio no es aplicable al caso en concreto ni extensible a la relación de Coaseguro entre Allianz y la Previsora"; "la contabilización del término de prescripción contenida en la sentencia apelada es errada, pues ningún término pudo comenzar a correr con la desvinculación de La Previsora del proceso

iniciado por Unimec en 2008"; y que "en ningún evento había operado la prescripción declarada por el juzgado".

Asimismo, reparó en que el fallador se equivocó gravemente, i) "(...) **al no declarar responsable a La Previsora pese a haberse demostrado y reconocido el cumplimiento de todos los elementos de la responsabilidad civil**"; ii) "(...) **al no declarar procedente la subrogación de Allianz contra la Previsora**"; iii) "[al concluir] **erradamente que no habría legitimación en la causa por activa de parte de Allianz**"; iv) "(...) [al desconocer] **la técnica con la que debió proferirse [la sentencia], interpretó indebidamente la demanda y se motivó irregularmente**"; y v) "[al] **sacrific[ar] la justicia material**".

2. En la fase de que trata el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, agotada ante esta Colegiatura, la gestora del juicio sustentó, en debida forma, las inconformidades manifestadas ante el funcionario de primer grado de la siguiente manera:

2.1. En torno a la inaplicabilidad del régimen prescriptivo consagrado en el canon 1081 del Código de Comercio al presente asunto, ahondó en que la acción de Allianz no se deriva de un contrato de seguro, sino de un vínculo distinto, como es el coaseguramiento celebrado entre ésta y La Previsora; haciéndose improcedente emplear los plazos extintivos en la normativa arriba anotada. Destacó que la fuente de la responsabilidad deprecada es el incumplimiento del coaseguro y no la relación aseguraticia en si misma considerada, siendo diferentes estos dos negocios jurídicos, debido a que en el primero participa un conjunto de entes entre los que no existen relaciones recíprocas de aseguramiento, como sí ocurre en el seguro.

Aseveró que los comentados acuerdos no son equivalentes, pues, el coaseguro no garantiza ningún riesgo del tomador o asegurado. De ahí que no le sean aplicables las normas propias seguro, entre esas, el canon 1081 del Código de Comercio.

Del mismo modo, arguyó que el período prescriptivo usado por el Juzgado es improcedente, porque la acción ejercida por la actora, frente a la coaseguradora conminada, no procede del pacto de

afianzamiento ni de las disposiciones que lo disciplinan, sino del "incumplimiento contractual de los compromisos adquiridos en el negocio de coaseguro", cuyo objeto es "obtener el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por las aseguradoras entre sí, particularmente relacionadas con la distribución del riesgo", y que la desatención reprochada constituye un hecho ilícito; aspecto del que "la Corte Suprema de Justicia ha expresado que la acción cuya titularidad no emana directamente del seguro ni de las disposiciones que lo rigen, sino de una conducta antijurídica, no está sujeta al régimen establecido en el artículo 1081 del Código de Comercio."

Apuntaló que "(...) el mismo legislador ha reconocido la relación jurídica entre coaseguradoras como una independiente y autónoma del contrato de seguro, regulándola en el artículo 1095 del Código de Comercio", lo cual "confirma que una acción contractual o derivada de un incumplimiento de un coaseguro está sujeta a la prescripción [de] (...) la acción indemnizatoria contractual o extracontractual correspondiente, por no haber en la ley un término de prescripción especial o diferente que le sea aplicable, y por lo tanto, contrario a lo determinado en la Sentencia Apelada no resulta aplicable la prescripción prevista para las relaciones de aseguramiento".

Afirmó que los términos del artículo 1081 del C. de Co. devienen igualmente inoperantes al coaseguro, dado que éstos "(...) solo corren contra quienes tienen un interés directo o derivan su derecho del contrato de seguro, esto es: el asegurado, el beneficiario o el asegurador. Aquellas personas distintas de las mencionadas, como las coaseguradoras entre quienes no existen relaciones recíprocas de aseguramiento, carecen del derecho de acción derivado del contrato de seguro"; amén de que tampoco sería viable "justificar la aplicación del término de prescripción del contrato de seguro, al contrato de coaseguro, con fundamento en (...) el (...) 1095 del C. de Co.", toda vez que el "(...) 1081 (...) [ibidem] justamente no hace parte del capítulo de seguros de daños, sino del capítulo relativo a los seguros terrestres, lo que evidencia que no hay remisión normativa que permita extender la prescripción del contrato de seguros al acuerdo de coaseguro".

2.2. En cuanto a que la contabilización de la prescripción no puede comenzar a correr a partir de que Allianz vinculó a La Previsora al Proceso de Unimec, ni tampoco desde la desvinculación de La Previsora, como lo refirió el *a quo*, señaló que, al tenor de lo dispuesto en el artículo

2535 del C.C., ésta debió darse desde la exigibilidad de la obligación. De modo que el cómputo en los hitos reseñados por el juzgador de primer grado no procedía, porque, para tales épocas, no existía el deber de pago a cargo de la demandante, el que sólo vino a surgir con la sentencia sustitutiva emitida por la Corte Suprema de Justicia en el año 2019, cuando se dispuso el cubrimiento de las reclamaciones dinerarias elevadas por Unimec. Además, descolló que, con el requerimiento escrito presentado ante La previsora el 25 de marzo de 2020, el fenómeno decadente se interrumpió, conforme a lo establecido en el precepto 94 del C. G. P., y que “[e]n todo caso, si por alguna razón se considerara que el requerimiento de Allianz no había interrumpido el término de prescripción, dicho término se habría suspendido el 7 de septiembre de 2020, cuando Allianz presentó solicitud de conciliación extrajudicial en derecho contra La Previsora.”

Agregó que “[s]i se estima que el derecho que da lugar a la demanda de Allianz se hizo exigible desde que La Previsora informó a [aquélla] que no respondería por el pago de las indemnizaciones y materializó el incumplimiento del (...) coaseguro el 14 de abril de 2020, no habría operado [la](...) prescripción (...) de 2 años, pues se habría interrumpido apenas un año después, con la presentación de la demanda el 4 de mayo de 2021. De entenderse que el lapso de prescripción habría comenzado a correr a partir del pago de Allianz de la totalidad de los valores de la condena de la sentencia sustitutiva, es decir, el 11 de septiembre de 2019, tampoco habría operado el término de (...) 2 años, pues se habría interrumpido meses después con el requerimiento escrito presentado el 25 de marzo de 2020, y, en todo caso, con la presentación de la demanda el 4 de mayo de 2021. Aún si se considera que el derecho que da lugar a la demanda de Allianz se hizo exigible desde que la Corte profirió sentencia sustitutiva ordenando el pago de las indemnizaciones a Unimec el 9 de julio de 2019, tampoco habría operado el plazo [extintivo] (...) más corto (...), pues se habría interrumpido con el requerimiento escrito presentado el 25 de marzo de 2020 y, en todo caso, con la presentación de la demanda (...). Inclusive en el evento de considerarse que la acción de Allianz tiene fundamento en el contrato de seguro y/o que las obligaciones de este son solidarias, la prescripción se habría interrumpido para todos los codeudores con la presentación de la demanda de Unimec en contra de Allianz el 30 de agosto de 2000 y habría comenzado a correr nuevamente el pasado 18 de marzo de 2022, fecha en que se emitió auto que aclaró y complementó la sentencia

sustitutiva de la Corte. En este caso, la demanda de Allianz se presentó incluso antes de que el término de prescripción se reiniciara.

En caso de considerarse procedente la subrogación, que según el artículo 1579 del [C.C.] opera a partir del pago total de la obligación por uno de los codeudores, debe considerarse que solo a partir del pago efectuado el 11 de septiembre de 2019 Allianz pudo ejercer la acción de subrogación en contra de La Previsora y desde allí se contaría el término de prescripción aplicable, que se habría interrumpido con el requerimiento escrito presentado el 25 de marzo de 2020 y, en todo caso, con la presentación de la demanda el 4 de mayo de 2021. Por lo tanto, en ningún evento razonable se habría configurado la prescripción declarada por el Juzgado, aún de aplicar los plazos de prescripción más cortos.”

2.3. Del mismo modo, arguyó que el funcionario de cognición se equivocó al no declarar responsable a la demandada, a pesar de encontrarse probados todos los elementos de la responsabilidad civil de tipo contractual alegada en el pliego genitor, ante la existencia de un lazo obligacional válido, el reconocimiento del incumplimiento por la pasiva y la acreditación de la conducta culposa, al negarse a pagar las indemnizaciones a su cargo.

2.4. Por esa misma vía, insistió en que el sentenciador erró al desestimar la subrogación peticionada, comoquiera que ésta era procedente bajo los apremios del artículo 1668 del C.C., y, además, por cuanto aquélla, en el fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia, *“(...) recibió tratamiento de deudor solidario porque, habiendo dos aseguradoras a cargo de una deuda con porcentajes claramente determinados que se respetaron y mantuvieron durante toda la relación con el asegurado Unimec, se condenó a Allianz a pagar el 100% de la [condena impuesta]”*. Sobre el particular, añadió que *“(...) las coaseguradoras conforman una pluralidad de deudores en una relación mercantil, [haciéndose] aplicable la presunción legal de solidaridad establecida en el artículo 825 del C. Co.”*; máxime cuando *“(...) no existe pacto en contrario que desvirtúe la presunción de solidaridad, pues la Póliza no tiene ninguna disposición contractual que indique que la responsabilidad entre las coaseguradoras es de naturaleza conjunta”*.

2.5. Frente al desconocimiento de la técnica con que debió dictarse la decisión, su defectuosa motivación y la interpretación indebida de la demanda, *grosso modo*, indicó que el director del proceso fue desordenado e inconsistente al dirimir los puntos debatidos en la presente controversia.

2.6. Respecto del sacrificio de los derechos sustanciales de Allianz y la justicia material, argumentó que *"(...) en este caso brilla por su ausencia toda preocupación del Juzgado por expedir una decisión en justicia y hacer efectivos los derechos sustanciales que ya había encontrado probados a lo largo de la sentencia. Ningún reparo tuvo el Juzgado en encontrar que mi representada se halló en la obligación de pagar una deuda superior a 3.000 millones que no le correspondía, y que quien debía pagarla conforme a un contrato reconocido no fuera condenada a hacerlo. Al Juzgado no le mereció la menor preocupación una situación evidentemente desequilibrada y contraria a los compromisos de las partes."*

2.7. Luego de referirse a las razones fácticas, jurídicas y probatorias por las que los restantes medios de defensa fueron desestimados, solicitó la revocatoria integral de la sentencia apelada para, en su lugar, acceder a las pretensiones principales formuladas por la convocante o, en su defecto, las reclamaciones impetradas en subsidio.

3. Por su parte, el extremo demandado, al descorrer el traslado de la impugnación, señaló que: **a)** *"el contrato de coaseguro no es un contrato independiente, pues debe tenerse en cuenta que el coaseguro no existe sin que haya de por medio un contrato de seguro. Prueba de lo anterior lo constituye el hecho de que el coaseguro esté regulado en el artículo 1095 que hace parte del Título V del Libro Cuarto del Código de Comercio, el cual está destinado exclusivamente al contrato de seguro";* **b)** *"[l]a sentencia que trajo a colación ALLIANZ VIDA en nada se relaciona con la responsabilidad entre coaseguradoras, por lo que lo dicho en esa sentencia en nada impacta el presente caso";* **c)** *"Si se acogiera la tesis de ALLIANZ VIDA, de no tener a las coaseguradoras como sujetos con interés directo en el contrato de seguro (y por ende en el coaseguro) necesariamente habría que concluir que ALLIANZ VIDA no tenía ninguna clase de acción en contra de LA PREVISORA";* **d)** *"Como el coaseguro no puede subsistir sin la existencia principal de un contrato de seguro, pues de lo contrario no habría obligación a distribuir entre las*

coaseguradoras, debe entenderse que como lo accesorio sigue la suerte de lo principal, al coaseguro le es aplicable la regla de prescripción contenida en el artículo 1081 del Código de Comercio. Además, el artículo 1095 del Código de Comercio expresamente indica que todas las normas anteriores son aplicables a la figura del coaseguro, lo que desde luego incluye a la prescripción”; e) “la contabilización del término de prescripción realizada por el a quo fue correcta”, “ya que desde la desvinculación de LA PREVISORA del proceso de UNIMEC contra ALLIANZ VIDA, la hoy apelante tuvo conocimiento de que, ante una eventual condena, ésta debería ser asumida por ella en su totalidad. Ahora, ALLIANZ VIDA se duele de que para la fecha de desvinculación de LA PREVISORA no había una condena en contra de ALLIANZ VIDA. No obstante, ALLIANZ VIDA conocía plenamente que a lo largo del proceso existía el riesgo de que se profiriera dicha condena, como en efecto ocurrió. Si en gracia de discusión se contabilizara el término de prescripción desde el momento en que existió una condena en contra de ALLIANZ VIDA, este momento debe ser el 28 de julio de 2014, fecha en la cual se fijó el edicto que notificó la sentencia mediante la cual la Corte Suprema de Justicia casó la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y para ALLIANZ fue completamente claro y cierto que se vería obligada a pagar una indemnización en favor de UNIMEC. Así las cosas, la prescripción se habría configurado a más tardar el 28 de julio de 2016. El requerimiento escrito realizado por ALLIANZ VIDA a LA PREVISORA, mediante comunicación del 25 de marzo de 2020 no tuvo el efecto de interrumpir el término de prescripción por el simple hecho de que éste ya se había configurado; f) “la sentencia no se equivocó al no declarar procedente la subrogación”; g) “la condena contra Allianz no fue solidaria”; h) “la condena contra Allianz no fue solidaria”. En virtud de lo anterior, pidió la ratificación de la decisión atacada y subsidiariamente, “(...) en caso [de] que el Tribunal considere que debe revocar o modificar la sentencia de primera instancia y que en el presente caso no ocurrió el fenómeno de la prescripción de las acciones, solicito que se estudien las demás excepciones propuestas por LA PREVISORA frente a la demanda y su reforma.”

IV. CONSIDERACIONES

1. Con el propósito de dar solución a la alzada interpuesta, se hace necesario anotar que esta Sala se circunscribirá a examinar, exclusivamente, los motivos de desacuerdo demarcados por la parte opugnante, acatando los lineamientos de los artículos 320 y 328 del

Código General del Proceso, a tono con los cuales “[e]l recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”; escenario refutatorio que impone al “(...) juez de segunda instancia (...) 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”,¹ embates que, en esencia, refieren a que: **i)** el régimen prescriptivo del artículo 1081 de C. de Co. no gobierna el *sub lite*; **ii)** la acción de Allianz no se deriva de la relación aseguraticia, sino del incumplimiento del contrato de coaseguro celebrado entre las partes intervinientes, vínculo que es independiente y autónomo; **iii)** el lapso prescriptivo no puede iniciar su contabilización desde la vinculación de La Previsora al proceso impetrado por Unimec, ni tampoco desde la desvinculación de aquella, debido a que tal cómputo debió darse desde la exigibilidad de la obligación, esto es, a partir del año 2019, con la sentencia sustitutiva emitida por la Corte Suprema de Justicia, cuando se le condenó al pago de las reclamaciones dinerarias elevadas por Unimec; **iv)** el fenómeno decadente se interrumpió, conforme a lo establecido en el precepto 94 del C. G. del P., con el escrito presentado ante La previsora el 25 de marzo de 2020, y que, en todo caso, el nombrado plazo se habría suspendido con la solicitud de conciliación adiada el 7 de septiembre del citado año; **v)** de entenderse que el plazo liberatorio empezaba a correr a partir del el 11 de septiembre de 2019, fecha en que realizó el pago total de la condena impuesta en la sentencia sustitutiva, tampoco se habría configurado el bienio prescriptivo, ante su interrupción con el requerimiento elevado el 25 de marzo de 2020, o, en su defecto, con la presentación de la demanda el 4 de mayo de 2021; **vi)** aun considerando que el derecho de Allianz se hizo exigible desde que la Corte profirió fallo sustitutivo -9 de julio de 2019- el período extintivo más corto tampoco se consolidó, ante su interrupción a través del pliego elevado el 25 de marzo de 2020 o, en últimas, con la radicación del pliego introductor; **vii)** el fallador erró al no declarar civil y contractualmente responsable a la accionada, a pesar de hallarse demostrada la existencia de un lazo obligacional válido, el reconocimiento

¹ CSJ STC12164-2018.

del incumplimiento por la pasiva y la acreditación de la conducta culposa, al negarse a pagar las indemnizaciones que están a su cargo; **viii)** la subrogación petitionada es procedente bajo los apremios del artículo 1668 del C. C., amén de que la actora recibió tratamiento de deudor solidario en el fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia, y, además, porque la presunción legal de solidaridad establecida en el artículo 825 del C. de Co. tiene cabida en el presente asunto; **ix)** el director del proceso fue desordenado e inconsistente al dirimir los puntos de la controversia; y **x)** el juzgador no se preocupó por expedir una decisión justa, en aras de hacer efectivos los derechos sustanciales que encontró probados en la sentencia y contraria a los compromisos de las partes.

2. Delimitada en esos términos la problemática que involucra la resolución de la impugnación, destáquese, primeramente, que, por disposición expresa del canon 1095 del Código de Comercio, al coaseguro le son aplicables *"las normas que anteceden"* a dicho precepto, entre las que se encuentra el artículo 1081, *ibidem*; figura jurídica que, a voces de la Corte Suprema de Justicia, *"(...) constituye una modalidad de coexistencia de seguros, donde **un número plural de aseguradores conviene distribuirse entre sí**, frente a un asegurado, en una cuota o valores predeterminados, el mismo interés y riesgo asegurados. Este acuerdo debe formalizarse con la anuencia del asegurado, pues por virtud de él se genera una relación asegurativa autónoma con cada uno de los aseguradores, por la cual se obligan a responderle al asegurado por la cuota o valor respectivo del daño indemnizable, constituyendo ella el límite de lo reclamable frente a cada uno de los aseguradores. En la práctica, **'...Suele pactarse a través de una sola póliza expedida a favor del asegurado, suscrita por cada uno de los aseguradores**, con indicación de sus respectivas cuotas cuyo valor agregado equivale a la unidad del seguro. Uno entre ellos, designado con el concurso de todos, debe asumir - provisto de poderes más o menos amplios - la administración del contrato. Es la compañía leader a cuyo cargo corre la coordinación de las relaciones de los coaseguradores (integrados en un consorcio o pool) con el asegurado. Como tal expide el documento justificativo del seguro, lo entrega al asegurado o a sus intermediarios, recauda la prima, provee a las modificaciones sucesivas del contrato, recibe los avisos de siniestro, da curso a las reclamaciones, encomienda la liquidación o ajuste de los daños indemnizables y, en fin, dependiendo de la amplitud de sus poderes, con o sin*

la anuencia previa de los demás coaseguradores, paga las indemnizaciones a que haya lugar conforme a las estipulaciones contractuales. Todo ello no obstante la pluralidad de relaciones jurídicas que el coaseguro genera entre el asegurado y cada uno de los aseguradores. **Y la ausencia de solidaridad entre éstos'** (J. Efrén Ossa G., pág. 171)."² (Negrillas fuera de texto).

Por su parte, el Consejo de Estado precisó que "(...) que **no se está en presencia de dos contratos de seguro distintos sobre un mismo riesgo sino de uno solo**, en el que las dos compañías aseguradoras mencionadas distribuyeron entre ellas la asunción de dicho riesgo en determinadas proporciones según lo autoriza el artículo 1095 del Código de Comercio, con fundamento en el cual la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado su alcance así: 'El contrato de coaseguro **es un contrato plurilateral** en el que, en un mismo instrumento, dos o más sujetos aseguradores asumen de manera conjunta la responsabilidad de un riesgo asegurable hasta por la totalidad de éste y que puede surgir por iniciativa del asegurado o por el ánimo de uno los aseguradores, esto último siempre con la aquiescencia del interesado, como bien lo señala el artículo 1095 del Código de Comercio, según el cual: '(...) **en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro'**. Es, por tanto, un contrato y una modalidad de coexistencia de seguros, en el que existe identidad de interés asegurado, de riesgos, y en el que concurre una pluralidad de aseguradores, entre quienes se distribuyen el riesgo hasta completar la totalidad del mismo, lo cual dista de la concurrencia de seguros, en la que se presentan varias relaciones contractuales distantes entre sí, aun cuando todas ellas tienen como objeto amparar la totalidad de idéntico interés, sin que entre ellos se presente distribución del riesgo.' (negrillas adicionales)."³ (Negrillas subrayadas fuera de texto).

3. De igual forma, es forzoso acotar que la obligación aquí discutida se hace derivar directamente del coaseguro que concertaron los extremos de este proceso, quienes se comprometieron a cubrir, en la proporción pactada, el monto indemnizatorio resultante de la materialización del riesgo asumido, cuyo pago fue ordenado solamente a

² CSJ. SC 9 de octubre de 1998. Exp. 4895. M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

³ Sentencia de 6 de noviembre de 2020, exp. 49.612, Sección Tercera, Subsección A, CP José Roberto Sáchica Méndez, citada en sentencia de 26 de enero de 2022, exp. 50.698, Sección Tercera, Subsección B, CP Fredy Ibarra Martínez.

Allianz mediante sentencia SC2482-2019; asunto sobre el que fallador de primera instancia, en el presente proceso, tuvo por demostrado dicho coaseguramiento, por lo que, a su juicio, *“en principio habría que indicarle a la demandada que debe participar en el pago en el marco del coaseguro del 40% que acreditó la Corte, que la Corte infirió, que pudo establecer y que así lo evidencian las pruebas, pagar el 40% de ese valor [pero] la excepción de prescripción debe ser reconocida, porque debe aplicarse el artículo en materia de prescripción, el artículo 1081 del C. de Co.”*

4. En ese contexto, de cara a la determinación del régimen prescriptivo que gobierna el contrato de coaseguro, se impone reiterar que, por disposición expresa del artículo 1095 del Código de Comercio, al coaseguro le son aplicables *“las normas que anteceden”* a dicho precepto, premisa legal que analizada bajo el principio general de interpretación jurídica, según el cual *“donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete”*, es dable entender que, por remisión de la propia ley mercantil, las preceptivas reguladoras del seguro le son aplicables al coaseguro, entre ellas, el artículo 1081, *ibidem*.

Aunado a lo anterior, nótese que si se partiera de la noción que el legislador entregó del contrato de coaseguro,⁴ esto es, concierto de voluntades *“en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro”*, es posible concluir que las acciones contractuales que se desprenden de aquél, ineludiblemente, le precederá una relación aseguraticia. De ahí que pueda sostenerse que sin un contrato de aseguramiento no podría predicarse la existencia de un lazo coasegurativo, toda vez que su objeto principal es, precisamente, la repartición del afianzamiento. Lo anterior, sin perjuicio, claro está, de la autonomía que se pregonan de estos dos vínculos contractuales.

Si esto es así, como las disposiciones que disciplinan el coaseguro prevén que su reglamentación legal concierne a la del contrato

⁴ Según la doctrina nacional especializada el *“(…) coseguro (...) puede ser entendido, de manera muy general y, sobre todo descriptiva, como un mecanismo de índole negocial, en virtud del cual tomador y aseguradores aceptan, según la metodología por ellos adoptada, que el riesgo asegurable se fragmente (suma divisio), previo establecimiento de la responsabilidad individual (pro cuota) de cada una de las entidades aseguradoras partícipes en la precitada negociación u operación jurídicas (responsabilidad ex contractu), en diáfana confirmación de su carácter cooperativo (negocio de cooperación, o de colaboración, lato sensu)”*. (Negrillas propias). Jaramillo J. Carlos Ignacio. Derecho de Seguros. Tomo V. Pag. 252.

de seguro y la propia naturaleza de aquél permite deducirlo de ese modo, el marco normativo contemplado en el canon 1081, *ejusdem*, es el llamado a reglar la relación contractual báculo del presente juicio.

Y ese es el entendimiento dado por la doctrina española, que al examinar "el ámbito material y objetivo del artículo 23 LCS",⁵ ha señalado que "[s]in duda una de las cuestiones centrales de la prescripción asegurativa no son tanto los umbrales temporales de la misma ni su dies a quo, -si bien ambos de suma importancia-, cuanto la concreción exacta de 'las acciones que derivan del contrato de seguro' y que, como tales, están sujetas a esos plazos de prescripción (...). Mas ¿qué son y cuáles son estas acciones y cuáles derivan del contrato como fuente real y legal que las edifica? 'Las acciones que se deriven' es una expresión hartamente ambigua, abierta, imprecisa y vaga. (...). Piénsese igualmente en un supuesto susceptible de plantear dos aristas, a saber, en seguros múltiples o cumulativos y **coaseguros**. La acción que un asegurador puede tener frente a otro asegurador nace del contrato, pero también puede tener un origen o causación al margen del contrato de seguro que le une con el asegurado. **En un coaseguro estamos ante un único contrato** con la peculiaridad que, desde una de las partes subjetivas del contrato existe una pluralidad de sujetos, las entidades aseguradoras (cuestión distinta serán sus relaciones y pactos internos), en cambio en un seguro múltiple las aseguradoras no forman parte de un mismo y único contrato, sino que, a priori, existen tantos contratos como entidades aseguradoras, por lo que, la acción que una aseguradora tenga frente a otra no se rige por los plazos prescriptivos del artículo 23 LCS, piénsese en una repetición o en un regreso, cuestión distinta es que la aseguradora o varias accionen contra el asegurado donde el nexo es el vínculo contractual y, por consiguiente los plazos de prescripción del seguro."⁶ (Negritas fuera de texto).

5. Dilucidado lo anterior, rememórese que la Sala de Casación Civil, en Sentencia S-049 de 1989, señaló que "[e]l texto del precepto transcrito se observa que con claridad se refiere, sin distinguos de ninguna clase, a 'La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro'; lo que significa que abarca o comprende todos los medios legales existentes para que los sujetos que se encuentran formando parte de tal tipo

⁵ Artículo 23 de la Ley Contrato de Seguro, que establece: "Las acciones que se deriven del contrato de seguro prescribirán en el término de dos años si se trata de seguro de daños y de cinco si el seguro es de personas."

⁶ Veiga Copo, Abel. B. Profesor agregado de Derecho Mercantil. ICADE. La Prescripción en el Contrato de Seguro (I). Revista de Responsabilidad Civil y Seguro. Año 54 / No. 10 / noviembre 2018. Pág. 15.

de relación contractual, o con interés en ella y sus efectos, puedan acudir a la jurisdicción, a fin de que se les administre justicia respecto del litigio que se suscite en relación con la misma. En otras palabras: **Todas las acciones que tengan como soporte el contrato de seguro, sea que busquen la satisfacción del derecho, como acontece con la de ejecución, sea que persigan su esclarecimiento o reconocimiento, como sucede con las de naturaleza cognoscitiva, están sometidas inexorablemente a los plazos extintivos que prevé el art. 1.081 del ordenamiento comercial.**"⁷ (Negrillas fuera de texto).

5.1. Sin embargo, dicho Corporativo, en Sentencia SC 19 de febrero de 2002, aclaró, "[a]poyada en su sentencia de 7 de julio de 1977', que, '[p]ara determinar cabalmente el cómputo de estos términos, es **preciso tener en cuenta la diversidad de acciones que surgen 'del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen', pues obviamente el artículo 1081 del C. de Co. no está diseñado ni se agota exclusivamente frente a la indemnizatoria -o la encaminada a exigir la prestación asegurada-** en manos del beneficiario del seguro, **cuestión que obliga**, en el marco de una cabal hermenéutica de ese precepto, **a establecer en cada caso concreto la naturaleza de la prestación reclamada, pues ésta ha de determinar a su turno cuál 'ES EL HECHO QUE DA BASE A LA ACCION' (tratándose de la prescripción ordinaria) y en qué momento 'NACE EL RESPECTIVO DERECHO' (cuando se invoque la prescripción extraordinaria); desde luego que esas acciones no siempre tienen su origen en un solo hecho o acontecimiento, pues éste varía conforme al interés de su respectivo titular (tomador, asegurado, beneficiario, o asegurador), y tampoco tienen siempre su fuente en el contrato mismo de seguro, sino algunas veces en la ley, como acontece con las acciones y las excepciones de nulidad relativa, la devolución de la prima, etc. Lo anterior, es claro, sin perjuicio del régimen prescriptivo establecido en el artículo 1131 del C. de Co. para el seguro de responsabilidad civil, en el que la prescripción corre frente al asegurado a partir del momento de la petición indemnizatoria, (judicial o extrajudicial), que efectúe la víctima, y, respecto de ésta, desde 'el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado', según lo esclareció el legislador del año 1.990 (art. 86, Ley 45)...**Así, el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción (prescripción ordinaria),****

⁷ CSJ. Cas. Civil. Sentencia S-049 de 1989 de 4 de marzo de 1989. ID: 353716. M.P. Alberto Ospina Botero.

será distinto en cada caso concreto, según sea el tipo de acción a intentar, y quién su titular, y otro tanto es pertinente predicar del 'momento en que NACE EL RESPECTIVO DERECHO', cuando se trate de la prescripción extraordinaria, pues en ésta ese momento tampoco es uno mismo para todos los casos, sino que está dado por el interés que mueve a su respectivo titular'.

(...)

Síguese de lo anterior que, por tanto, no es elemento que sirva para distinguir esas dos especies de prescripción, que una y otra se apliquen sólo a ciertas acciones derivadas del contrato de seguro o de las normas que lo regulan, esto es, que la prescripción ordinaria cobre vigencia únicamente en relación con determinadas acciones y que la extraordinaria, a su paso, tenga cabida frente a otras. Como con claridad suficiente lo consagra el inciso 1º del precepto que se analiza, "La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen...", **de todas ellas por igual**, reitera la Corte "podrá ser ordinaria y extraordinaria". Cabe afirmar, entonces, que **todas las acciones de que se trata son susceptibles de extinguirse ya sea por prescripción ordinaria, ora por prescripción extraordinaria**, y que, por tanto, la aplicación de una y otra de esas formas de prescripción extintiva **depende de la persona que ejerza la respectiva acción o intente la efectividad de algún derecho y de la posición que ella tenga en relación, precisamente, con el hecho que motive la acción o con el derecho que persigue.**"⁸ (Negrillas fuera de texto).

5.2. Partiendo de esa óptica jurisprudencial, en el *sub lite*, no encuentra fundamento el desacierto que el extremo opugnador le enrostra al juez de primer orden, puesto que el hito temporal para empezar a contar el bienio o el lustro de que trata el artículo 1081 del Código de Comercio y configurar el fenómeno liberatorio -bien en la modalidad ordinaria o en la extraordinaria- es la época en que se le consolidó el derecho a Allianz de convocar a La Previsora S. A., para que, en su calidad de coaseguradora, atendiera los deberes contractuales respecto de Unimec, circunstancia que surge, precisamente, de la reclamación judicial sobre la indemnización derivada del seguro objeto de coaseguramiento, esto es, **24 de octubre de 2001**, con la admisión de

⁸ CSJ. SC-017 19 de febrero de 2002, exp. 6011. ID: 224095. M.P. Nicolás Bechara Simancas.

la demanda elevada en contra de la primera de las nombradas;⁹ empero, como la accionante dejó transcurrir el tiempo sin impulsar actividad idónea en ese sentido, refulge patente la estructuración de la prescripción invocada por la querellada.

5.3. Y es que aun teniendo por interrumpido el plazo extintivo con la convocatoria que Allianz le hizo a la aquí conminada en el memorado litigio, el término habría iniciado su contabilización nuevamente en el mes de agosto de **2008** con el proferimiento de la sentencia emitida por el Juzgado 8 Civil del Circuito de Bogotá, decisión a través de la cual La Previsora S.A. fue desvinculada de la citada controversia; por lo que al computar el período decadente desde dicha calenda, el plazo más largo se habría consolidado en el mes de agosto de **2013**, ante la conducta omisiva de la actora en exigir a la demandada responder conforme al coaseguro orquestado.

5.4. Tampoco tendría aplicación el artículo 2535 del C.C., ya que, a pesar del esfuerzo argumentativo efectuado por la sociedad apelante en torno al tema, lo cierto es que la posibilidad de que Allianz Seguros de Vida S. A. le exigiera a La Previsora asumir la responsabilidad del riesgo en la proporción acordada no emergía con la condena impuesta por la Corte Suprema de Justicia con el fallo sustitutivo del año 2019, sino desde el mismo momento en que Unimec acudió a la jurisdicción para alcanzar la indemnización con basamento en el afianzamiento del cual se deriva el coaseguro en ciernes, pues al margen de que hasta el 2019 se hubiere determinado la cuantía del monto de la condena, la exigibilidad del cumplimiento del coaseguramiento, por parte de la aquí pretensora, se vino a patentizar desde que, formalmente, fue demandada; sin que estuviere forzado a esperar el reconocimiento de la obligación pecuniaria para obrar de esa manera, pues si lo estaban requiriendo judicialmente ante el acaecimiento del riesgo pactado en el seguro del que se desprendió el coaseguro, era ahí y no en otro tiempo cuando se consolidaba el derecho de hacer valer el indicado pacto entre las aseguradoras.

⁹ Demanda judicial promovida por UNIMEC en Liquidación contra Aseguradora de Vida Colseguros S. A., radicada bajo el número 11001 31 03 008 2001 00877 00, la cual conoció el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá.

5.5. Por lo tanto, aun computando el tiempo decenal de que trata el artículo 2536 del Código Civil para la estructuración del fenómeno deletéreo a partir de la presentación de la demanda **-2001-** o desde que La Previsora fue desvinculada del proceso **-2008-** el término prescriptivo logró consumarse, con holgura, tras haberse incoado el libelo el **4 de mayo de 2021;**¹⁰ panorama evidencial que, sin más, respalda la prosperidad de la excepción que el funcionario *a quo*, acertadamente tuvo por demostrada.

6. De cara al abordaje de la subrogación deprecada subsidiariamente, comporta recordar que el juez *a quo* la denegó, cardinalmente, ante la ausencia de legitimación en la causa por activa, comoquiera que las obligaciones emanadas del contrato de coaseguro no son solidarias sino conjuntas, y, bajo esa orientación, conforme a las previsiones de los artículos 1668 y 1579 del Código Civil, la acción peticionada no tenía lugar, ya que las aquí intervinientes no ostentaban la condición de deudoras solidarias. Decisión que la actora resistió, aduciendo que, en atención a los numerales 3º y 5º del artículo 1668, *ídem*, la subrogación tenía vocación de éxito, toda vez que "(...) *no solo cuando la obligación es solidaria, sino también (...) cuando alguien 'paga una deuda ajena, consintiendo expresa o tácitamente el deudor', (...) supuesto [que] se presenta en esta caso, dado que (...) Allianz obtuvo el consentimiento de La previsora para pagar a su favor y luego recobrar la deuda. (...) [D]icha entidad nunca fue ajena ni se opuso al pago que se debía realizar a Unimec.*" A lo cual añadió que, en el fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia, "(...) *recibió tratamiento de deudor solidario porque, habiendo dos aseguradoras a cargo de una deuda con porcentajes claramente determinados que se respetaron y mantuvieron durante toda la relación con el asegurado Unimec, se condenó a Allianz a pagar el 100% de la [condena impuesta];* y que "(...) *las coaseguradoras conforman una pluralidad de deudores en una relación mercantil, [haciéndose] aplicable la presunción legal de solidaridad establecida en el artículo 825 del C. Co.*"; máxime cuando "(...) *no existe pacto en contrario que desvirtúe la presunción de solidaridad, pues la Póliza no tiene*

¹⁰ PDF 10ActaReparto, expediente escaneado.

ninguna disposición contractual que indique que la responsabilidad entre las coaseguradoras es de naturaleza conjunta”.

Sobre ese proscenio confutatorio, prontamente se anticipa la esterilidad de la alzada formulada, por cuanto la censura exteriorizada sobre la materia no logra derruir los argumentos que el fallador de primer grado tuvo de presente para denegar la subrogación suplicada.

6.1. En efecto, nótese, en primer lugar, que el único supuesto factual en el que se fincó la procedencia de la subrogación por el extremo convocante, en el libelo reformado, tiene que ver con existencia de la solidaridad entre Allianz y La Previsora para cubrir el riesgo asegurado bajo la póliza de seguro de enfermedades del alto costo N° 8302120034, cuyo tomador, asegurado y beneficiario es Unimec; escenario en el que, dígase de una vez, el órgano de cierre de la jurisdicción civil, de antaño, ha decantado que entre los coaseguradores no existe solidaridad,¹¹ criterio que ha sido acompañado por la gran mayoría de los doctrinantes nacionales, quienes han apuntado que “(...) *en desarrollo del coseguro, más específicamente de su estructura jurídica y cometido, se ha establecido, por regla casi inmutable, que los coaseguradores tienen una responsabilidad limitada, sujeta a la cuota por ellos asumida en el riesgo asegurado (ex ante). De ahí que se afirme que su responsabilidad es pro cuota o a prorrata, amén que in partis. Y que en tal virtud, de obligarse su responsabilidad, solo se haría con arreglo a su participación individual, y no colectiva o plural. Y en caso alguno, salvo que así se conviniera previamente, lo que sería en principio válido, responderían en forma individual por la totalidad de la suma asegurada, justamente por cuanto la teleología del coseguro no es la que un asegurador responda por todos los demás, sino por lo que exclusivamente le corresponda (in partis). Por ello es por lo que la doctrina, la jurisprudencia, y la legislación, casi sin excepción, han rechazado de plano -y con sobrada razón- la existencia de solidaridad entre los coaseguradores. Y han abogado, en cambio, por el establecimiento de una responsabilidad ceñida estrictamente a la proporción o porcentaje aceptado expresa y anticipadamente por cada coasegurador en el riesgo común. De lo anterior se sigue que, en caso de siniestro, el beneficiario está legitimado para reclamar a cada asegurador, in casu, la suma que en forma individual le corresponde en la indemnización. Y no*

¹¹ CSJ SC del 9 de octubre de 1998. Exp. 4895. M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

para exigirle a uno cualquiera la totalidad de la suma concurrente y conjuntamente asegurada. (...) El coseguro, se recuerda, es un mecanismo de distribución primaria del riesgo (distribución horizontal) enderezado a posibilitar la homogenización de la cartera del asegurador y, de paso, aliviar o morigerar los diversos resultados dimanantes de la acumulación indebida de los riesgos (cúmulos), así como de sus desviaciones. **Por lo anterior no sería lógico pretextar que entre los coaseguradores, ad initio, hay solidaridad**, pues lo que se busca con el coseguro, precisamente es lo opuesto: limitar la responsabilidad de cada asegurador que, de otro modo, ello es toral, no hubiera contratado. Y en caso alguno extenderla o ensancharla más allá de los convenido por las partes contratantes -y posiblemente más allá de su capacidad técnico-financiera-.¹² (negrillas extratexto).

Desde esa perspectiva, ningún reproche merece lo considerado por el sentenciador de primera instancia al descartar el éxito de las pretensiones subrogatorias, ante la falta de solidaridad en los compromisos contractuales adquiridos por las aseguradoras en el contrato de coaseguro; realidad jurídica que desvanece la aplicabilidad de la regla 3ª del artículo 1668 del C. C.

6.2. Sobre este punto de la discusión, la parte inconforme también insinuó que en la sentencia SC2482-2019 la Sala Civil, al condenar únicamente a Allianz Seguros de Vida S. A., dio tratamiento de obligación solidaria al compromiso allí reclamado; entendimiento que no se comparte, pues, de la lectura de dicho pronunciamiento, no es posible llegar a tal intelección; ultimación que tiene soporte en que la condena se impuso únicamente a la aquí convocante, tras esgrimirse explícitamente que confirmaba "el acogimiento que el a quo hizo de la excepción de 'Indebida vinculación a La Previsora S.A. Compañía de Seguros'" al litigio que cursó en el Juzgado 8º Civil del Circuito de Bogotá.

6.3. Adicionalmente, la apelante sugirió que, a la luz de lo preceptuado en el canon 825 del Código de Comercio, la solidaridad debe presumirse en el coaseguro, conclusión que tampoco tiene eco en el asunto en ciernes, en virtud de que la aceptación de tal postura

¹² Jaramillo J. Carlos Ignacio. Derecho de Seguros. Tomo V. Pag. 281 y 282.

desnaturalizaría el reseñado contrato; reflexión que encuentra apoyatura en lo sostenido por la doctrina especializada, comoquiera que "(...) **el régimen de las obligaciones solidarias deviene inaplicable respecto del coseguro**, puesto que la responsabilidad del coaseguro, salvo pacto en contrario cuando resulte lícito, es limitada, conjunta o cumulativa y no solidaria -o aun in solidum-, pues se insiste en que la solidaridad, de por sí, resulta en este caso inaplicable. **De ahí que la presunción de solidaridad inmersa en algunas legislaciones mercantiles, entre ellas, la belga y la colombiana, por vía de ejemplo se torne inaplicable, ora cuando las partes expresamente delimitan o demarcan su participación, lo que no puede ser soslayado, a pretexto de la mencionada presunción, entre nosotros consignada en el artículo 825 del Código de Comercio, la que obviamente puede ser excepcionada**",¹³ (Negrillas propias), entendimiento que ostensiblemente da al traste con la prosperidad de la inyectiva elevada por el extremo recurrente.

6.4. De otro lado, se impone llamar la atención en que el extremo confutante, de manera novedosa, cimentó la viabilidad de la subrogación en lo establecido en el numeral 5º del artículo 1668 del C. C., el cual destaca que dicha institución jurídica puede darse cuando, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor, un tercero paga una deuda ajena. observándose, así, una variación argumentativa de la parte demandante que no guarda coherencia con el sendero inicialmente trazado en el pliego introductor, que, al evidenciar "*un repentino cambio de postura o actitud frente al litigio*",¹⁴ no resulta atendible por el Tribunal, porque, a estas alturas del proceso, no es dable modificar el sustrato factual raigambre de las pretensiones, pues, sobre esos lineamientos la convocada ejerció su derecho de contradicción, que "*se entronca directamente con el derecho de defensa y pertenece al continente mayor del debido proceso*".¹⁵

7. En lo concerniente a la falta de técnica del juzgador en el abordaje de la problemática sometida a consideración y la indebida interpretación del libelo, huelga descollar que aunque el director del

¹³ *Ídem*, pag. 283.

¹⁴ CSJ. Sentencia de 30 de enero de 2007, exp. 1100131030262000-24326-01.

¹⁵ CSJ. Cas. Civil. Sentencia de 6 de junio de 2001. Exp. 5645. MP. José Fernando Ramírez Gómez.

proceso inicialmente analizó lo atañadero a las pretensiones elevadas en subsidio, al final de su pronunciamiento hizo la precisión correspondiente, señalando que, por equivocación, había estudiado las reclamaciones principales luego de abordar las subsidiarias, dejando en claro que cada uno de los argumentos esgrimidos correspondían a cada uno de los tópicos que conllevaba cada pretensión; panorama evidencial que confina al fracaso el embate propuesto.

8. Finalmente, en lo atañadero al supuesto desconocimiento de los derechos sustanciales y la justicia material, por parte del fallador, al avalarse con la decisión adoptada un pago cuantioso y contrario a los compromisos adquiridos por los aquí enfrentados, basta con decir que tales aserciones se alejan de la realidad objetiva avizorada en las diligencias, ya que la negativa de las pretensiones no es la consecuencia de una decisión infundada, sino de las facticidades comprobadas que respaldan, sólidamente, el éxito de la excepción de prescripción alegada por la pasiva, así como la improcedencia de la subrogación impetrada en subsidio.

9. El orden argumentativo que se trae es suficiente para ratificar la sentencia apelada, con la consecuente condena en costas a la parte impugnante, en armonía con lo preceptuado en la regla 1ª del artículo 365 del C. G. del P.

V. DECISIÓN

En 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 de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de diciembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Dos Civil Circuito de Bogotá, en el asunto del epígrafe.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas de esta instancia a la parte recurrente. El Magistrado sustanciador fija como agencias en derecho correspondientes a esta segunda instancia la suma

\$2'500.000.oo. Líquidense según lo establecido en el artículo 366 del C. G. del P.

TERCERO.- En oportunidad, por Secretaría, ofíciase al Despacho de origen informándole sobre la presente decisión, y remítasele copia magnética de esta providencia, para que haga parte del expediente respectivo.

NOTIFÍQUESE,

JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO

Magistrado
(32 2021 00160 01)

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

Magistrado
(32 2021 00160 01)

ÓSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

Magistrado
(32 2021 00160 01)

Firmado Por:

Juan Pablo Suarez Orozco

Magistrado

Sala Civil

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

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.,

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: **474f33680f023f834687d21bfc11e92bdf7b507ec9021c24e428a92c6664ad8f**

Documento generado en 13/04/2023 10:12:59 AM

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