



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL

1 DE NOVIEMBRE DE 2019

EL CONTENIDO DE ESTE BOLETÍN ES DE CARÁCTER INFORMATIVO, SE RECOMIENDA REVISAR DIRECTAMENTE LA PROVIDENCIA O EL VIDEO.

EL DOCUMENTO SE ENCUENTRA EN LA PÁGINA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-civil/74

SALA CIVIL

EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA LA PARTE QUE RECLAMA EL DERECHO A LA REPARACIÓN, DEBE DEMOSTRAR LA CULPA PARA PODER IMPUTAR LA RESPONSABILIDAD POR EL FALLECIMIENTO Pág. 2 – 7.

EL RESPETO AL PRINCIPIO DE BUENA FE, NO PERMITE TUTELAR LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR, QUE A SABIENDAS DEL ERROR AJENO, SACA PROVECHO DE SU POSICIÓN DE ESPECIAL PROTECCIÓN. Pág. 8 - 17.

SALA CIVIL

EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA LA PARTE QUE RECLAMA EL DERECHO A LA REPARACIÓN, DEBE DEMOSTRAR LA CULPA PARA PODER IMPUTAR LA RESPONSABILIDAD POR EL FALLECIMIENTO MP DR. JULIÁN SOSA ROMERO RADICADO: 11001310301120160062901

ANTECEDENTES

1. La señora Patricia Torres Cortés nació el 25 de marzo de 1973, actúa como hija del señor Joselín Torres Vergara persona fallecida, que de acuerdo a la historia clínica, fue paciente de los servicios de urología y neumología en la Sociedad de Cirugía de Bogotá - Hospital San José.
2. La fisioterapeuta del señor Joselín Torres Vergara de 2009 a 2011, declaró: *“paciente estable con signos vitales dentro de los rangos normales, a la auscultación se percibían campo pulmonares despejados, para el 29 de noviembre de 2011 salí de vacaciones entregando paciente estable a nivel general.”*
3. Para el 30 de noviembre de 2011, después de ser valorado por el servicio de Emergencia Médica S.A., se determinó que el antibiótico aplicado al señor Torres Vergara para combatir la infección urinaria no estaba causando el efecto esperado, por tal motivo, el paciente debía ser manejado a nivel hospitalario, por lo que se desplazó a la Sociedad de Cirugía de Bogotá - Hospital San José; sin embargo, por las emergencias hospitalarias presentadas, son remitidos por Cruz Blanca E.P.S. a Médicos Asociados S.A. – Clínica Fundadores.
4. Una vez Joselín Torres Vergara ingresó a dicha clínica, es valorado por el médico de turno de urgencias, encontrándolo *“en buen estado general, alerta, hidratado, afebril, sin signos de dificultad respiratoria”*, ordenándole un examen de Urocultivo y RX Tórax.
5. Durante la permanencia del Señor Joselín Torres en la sala de urgencias de Médicos Asociados S.A. – Clínica Fundadores, la señora Patricia Torres Cortés solicitó que su padre fuera trasladado a una habitación, puesto que dicha sala no contaba con las medidas de higiene y limpieza adecuadas, a lo que la IPS se negó.
6. El 2 de diciembre de año 2011 la Clínica Fundadores solicitó el retiro de los acompañantes de la sala de urgencias por una posible alarma de gripa A-H1N1; en el transcurso del día, la salud del señor Torres Vergara se agravó, por lo que se consideró su remisión a la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI).
7. La señora Luz Marina Torres Cortés se negó a la realización de cualquier procedimiento médico en su padre; no obstante, la clínica aumentó los niveles de oxígeno de su progenitor.
8. Por causa del tratamiento antes referido, el paciente presentó deterioro en los pulmones debido a las altas concentraciones de oxígeno, como consecuencia, estuvo hospitalizado hasta el 12 de diciembre de 2011 y fue remitido al servicio de hospitalización en casa proporcionado por Cruz Blanca E.P.S. y el 16 de diciembre de 2011 el médico domiciliario reportó: *“paciente en regular estado con neumonía (...) se recomienda que dada las altas concentraciones de oxígeno debe ser valorado nuevamente en urgencias.”*
9. En la noche del 30 de diciembre de 2011, Joselín Torres Vergara entró en crisis, motivo por el cual la señora Patricia Torres lo trasladó a la Sociedad de Cirugía de Bogotá – Hospital San José, allí le realizaron los correspondientes exámenes y demás. Finalmente, el 13 de enero de 2012 dieron orden de salida.
10. El 15 de enero siguiente, el padre de la actora broncoaspiró y fue dirigido nuevamente a la Sociedad de Cirugía de Bogotá – Hospital San José, en donde le practicaron los correspondientes exámenes y, ante una falla ventilatoria se aludió: *“al explicársele al familiar la situación actual en marco contextual del paciente, que no existe sustrato físico y funcional que garantiza un pronóstico favorable con calidad de vida para el paciente (...)”*
11. El 24 de enero de 2012 se declaró la muerte del señor Joselín Torres, debido a: *“deterioro del patrón respiratorio, con posterior ausencia de signos vitales, se trataba de una paciente con mal pronóstico neurológico.”*
12. Con la conducta negligente de Médicos Asociados S.A.- Clínica Fundadores, ocasionaron no sólo el empeoramiento de la enfermedad inicialmente sufrida por el señor Joselín Torres, sino el desarrollo de una enfermedad totalmente nueva, conllevando a su muerte y a causarle a su hija Patricia Torres Cortés temor, dolor y zozobra.

ANÁLISIS DE LA SALA

1.- PRESUPUESTOS PROCESALES

Por ser esta Sala competente para desatar el recurso de apelación formulado por la actora y al hallarse cumplidos los presupuestos procesales, sin que se avizore causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, deberá proferirse decisión de fondo respecto de los puntos de inconformidad planteados por el recurrente frente al fallo de primera instancia.

2.- DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA ACTIVIDAD MÉDICA:

Para decidir el presente asunto se deben retomar las bases de la responsabilidad civil que han sido pregonadas por la jurisprudencia, la doctrina y las normas sustanciales del derecho, resultando necesario efectuar un juicio jurídico de imputabilidad para tratar de descubrir los elementos que enmarcan la responsabilidad de quienes son demandados en este proceso, es decir que se encuentre implícito el **daño antijurídico relevante, que este sea atribuible al agente demandado y finalmente que la conducta del demandado sea jurídicamente reprochable.**

De lo anterior, es posible sostener que la atribución de un daño a las Empresas Prestadoras de los Servicios de Salud se surte siempre que estemos en presencia de un elemento de imputación a función de organizar y garantizar, de manera directa o indirecta, la prestación de los servicios de salud a los ciudadanos, de suerte que, los daños que sufran quienes acceden a dichos servicios que le sean imputables a éstas deberán ser reparados, siempre que se logre probar que el perjuicio se produjo por desatender las obligaciones impuestas en la ley.

La responsabilidad civil derivada de la actividad médica, ha sido tema de estudio de manera reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Corporación que en tiempos pretéritos llegó a establecer una presunción de culpa en los galenos, postura que actualmente ha sido radicalmente modificada, al plantearse la necesidad de establecer la culpa probada como requisito necesario para la prosperidad de la pretensión indemnizatoria, en la medida en que las obligaciones que se asumen frente al paciente en relación con el contrato de servicios médicos no son, en línea de principio, de resultado sino de medio, toda vez que el profesional de la salud se compromete a proporcionar todos los conocimientos adquiridos en procura de la mejoría o curación del enfermo, sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de

la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de éste¹, de tal manera que sólo podrá ser declarado civilmente responsable y condenado a pagar perjuicios, si se demuestra que incurrió en culpa, por haber abandonado o descuidado al enfermo, o por no haber utilizado diligentemente en su atención, las reglas de protocolo médico que el caso concreto amerite.

Respecto de este tipo especial de responsabilidad, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, ha apuntado lo siguiente:

“2. En ese contexto, los especiales perfiles que presenta el ejercicio de la actividad médica y la marcada trascendencia social de esa práctica, justifican un especial tipo de responsabilidad profesional, pero sin extremismos y radicalismos que puedan tomarse “ni interpretarse en un sentido riguroso y estricto, pues de ser así, quedaría cohibido el facultativo en el ejercicio profesional por el temor a las responsabilidades excesivas que se hicieran pesar sobre él, con grave perjuicio no sólo para el mismo médico sino para el paciente...”²

“Sin embargo, no hay para la conducta de los médicos una inmunidad al régimen general de las obligaciones, pues como ha reconocido la jurisprudencia, “el médico se compromete con su paciente a tratarlo o intervenirlo quirúrgicamente, a cambio de una remuneración económica, en la mayoría de los casos, pues puede darse la gratuidad, con el fin de liberarlo, en lo posible, de sus dolencias; para este efecto aquél debe emplear sus conocimientos profesionales en forma ética, con el cuidado y diligencia que se requieran, sin que, como es lógico, pueda garantizar al enfermo su curación ya que ésta no siempre depende de la acción que desarrolla el galeno, pues, pueden sobrevenir circunstancias negativas imposibles de prever” (Sent. Cas. Civ. de 26 de noviembre de 1986).

“Entonces, la declaración de responsabilidad en la actividad médica supone la prueba de “los elementos que la estructuran, como son la culpa contractual, el daño y la relación de causalidad” (Sent. Cas. Civ. de 12 de julio de 1994, Exp. No. 3656). Destacase ahora que acerca del último de los requisitos aludidos, la Corte

¹ Sent. C.S.J. Cas. Civ. de marzo 5 de 1940. M.P. Liborio Escallón

² Sent. C.S.J. Cas. Civ. de 5 de marzo de 1940.

tiene decantado que “ese nexo de causalidad debe ser evidente, de modo que el error del Tribunal haya sido del mismo calibre, pues en esta materia tiene esa Corporación discrecionalidad para ponderar el poder persuasivo que ofrecen las diversas probanzas, orientadas a esclarecer cuál de las variadas y concomitantes causas tiene jurídicamente la idoneidad o aptitud para producir el resultado dañoso.”³

Lo anterior se traduce en que si bien la culpa, en algunos casos no requiere ser probada, en tanto que ella se entiende por el solo incumplimiento (inejecución o ejecución defectuosa)⁴, tratándose de la responsabilidad civil derivada de la actividad médica no aplica con carácter absoluto, comoquiera que en ésta no es viable predicar la existencia de una culpa objetiva, sino que se impone a cargo del reclamante su demostración, esto es, debe acreditarse que el daño producido se generó debido a una conducta del agente, como la impericia o la imprudencia, o la violación de la *lex artis*.

Finalmente, en lo que refiere a la responsabilidad de las Entidades Promotoras de Salud, dada la forma como está organizado el Sistema General de Salud en nuestro país, la Ley 100 de 1993 les impone a éstas el deber de garantizar la calidad y eficiencia de los servicios que prestan a sus usuarios, para la prevención, diagnóstico, tratamiento y recuperación de su estado de salud, sin que se exoneren de dicha responsabilidad por el hecho de delegar la prestación del servicio a instituciones prestadoras o contratistas.

3.- LA PRUEBA EN LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD MÉDICA:

En relación con la prueba en materia de responsabilidad médica, se sigue la regla general de la carga de la prueba, que se traduce en que quien alegue la culpa tiene la carga de su demostración, sin perjuicio, claro está, de que eventualmente, atendiendo las particularidades de cada caso, se pueda facilitar a la víctima la demostración de los supuestos de hecho de su pretensión resarcitoria, en aplicación a la denominada carga dinámica, que procura obtener las pruebas necesarias para hallar la verdad de quien le sea más fácil su aportación.

En consecuencia, respecto a este tema, sin perjuicio del acatamiento de la carga de la prueba, amén de la flexibilidad que antes se refirió, deviene indispensable, para efecto de la imputación de la responsabilidad reclamada, la demostración de que el profesional actuó con

culpa en cualquiera de sus modalidades o formas típicas: impericia, negligencia, imprudencia o infringiendo las reglas que regulan el funcionamiento de la misma, de la llamada *lex artis* o *lex artis ad-hoc*.

Con fundamento en los reparos efectuados por la parte demandante, le corresponde a la Corporación verificar si se encuentra demostrado el nexo causal entre la prestación del servicio médico que recibió el señor Joselín Torres Vergara, como consecuencia de la inadecuada y deficiente atención médica que se les atribuye y, en caso afirmativo, determinar si hay lugar al reconocimiento de los perjuicios inmateriales reclamados por la parte actora.

La imputación jurídica quedará sin piso si logran demostrar que el perjuicio no se produjo por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo, como como por ejemplo: “*una deficiencia organizativa, administrativa o presupuestal de EPS; a la conducta de uno o varios agentes particulares por fuera del marco funcional de la IPS o en fin, a la intervención jurídicamente relevante de un tercero, de la propia víctima o a un caso fortuito*”, o si logra demostrar su *debida diligencia y cuidado en la atención prestada al usuario* (Sentencia SC13925-2016 Corte Suprema de Justicia).

4.- CASO CONCRETO

4.1 Debe dejarse atestación que no existe discusión sobre la muerte de JOSELÍN TORRES VERGARA, así como la prestación de los servicios médicos y hospitalarios que le fueron suministrados por las entidades demandadas, que trajo consigo la atribución de responsabilidad médica reclamada por la demandante, por causa de la irregular prestación del servicio médico que se le imputa, de allí que, corresponde examinar si existe el nexo de causalidad entre el daño y la conducta médica atribuida a las demandadas, o si se encuentra acreditada una causal eximente de responsabilidad, o si fue demostrada la debida diligencia en la prestación del servicio médico.

Como consecuencia, se procede a examinar las pruebas recaudadas en el proceso con el objeto de establecer si existió responsabilidad de las entidades demandadas por la deficiente e irregular atención médica que dio como resultado el fallecimiento del padre de la accionante, o si se privó de la pérdida de oportunidad en la recuperación de su salud.

³ Corte Suprema de Justicia, Corte Suprema de Justicia, 15 de enero de 2008, Magistrado Ponente, Dr. Edgardo Villamil Portilla.

⁴ Artículo 1984 del Código Civil.

De la historia clínica allegada, se evidencia que el paciente JOSELÍN TORRES VERGARA, ingresó el 30 de noviembre de 2011 al servicio de urgencias en CLÍNICA FUNDADORES IPS, presentando como antecedentes dos accidentes cardiovasculares, enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC), antecedentes de neumonía crónica a repetición y una posible infección urinaria secundaria con cinco días previos que venía siendo tratada por EMERMÉDICA.

De conformidad con lo relatado por el perito JAIRO ANTONIO PÉREZ CELY, el señor JOSELÍN TORRES VERGARA de **76 años de edad**, ingresó a la entidad de salud el 30 de noviembre de 2011, con las comorbilidades mencionadas, aseverando que de lo hallado en la historia clínica, si bien es cierto, se encontraba al ingreso con signos vitales adecuados, buena presión arterial cardíaca y pulso oximetría, también lo es que le efectuaron exámenes clínicos y paraclínicos (parcial de orina, hemocultivos-atención con el urólogo y neurólogo) siendo hospitalizado para determinar el estado de la **infección** que ostentaba- pues podía ser de origen **urinario**, de origen **pulmonar** debido a la exacerbación encontrada, o de origen **neuroológico** teniendo en cuenta que se documentó que, en repetidas ocasiones, había tenido alteraciones del estado de conciencia.

Que al ser descartada la infección neurológica, los galenos se ocuparon en determinar los focos de infección restantes, la pulmonar-insuficiencia respiratoria aguda a causa de la EPOC y la urinaria.

Explicó que el 30 de noviembre de 2011, al efectuar el análisis de una placa en los pulmones se encontró que, el paciente presentaba unas ATELECTASIAS SUBSEGMENTARIAS en ambas bases pulmonares, que en uno de los pulmones su funcionalidad estaba limitada, para lo cual podía ser utilizada la **ventilación mecánica no invasiva o la ventilación mecánica invasiva**, es decir, (la entubación); sin embargo, se encuentra registrado en la historia clínica, que dos de los familiares que se encontraban **no suministraron autorización** para efectuar la invasiva, por consiguiente, era deber de los galenos, en razón a la dificultad respiratoria, efectuar medidas para tratarla, lo que en efecto se hizo utilizando el método de ventilación no invasiva, es decir, suministrando oxígeno, medicamentos, broncodilatadores como salbutamol y bromuro de ipratropio; además, ostentaba una exacerbación de la enfermedad pulmonar obstructiva crónica que padecía, por lo tanto, requería de estudios clínicos para eliminar el foco de infección.

En efecto, respecto del tratamiento a las patologías presentadas por el paciente, adujo que, teniendo en cuenta la sospecha de infección de carácter urinario, así como de origen pulmonar y neurológico, la institución que lo atendió en relación con la infección de vías urinarias dispuso parcial de orina, posteriormente urocultivo, ecografía renal y valoración por urología, efectuándose un abordaje integral para determinar si había sepsis e infección de vías urinarias y si debía llevarse a procedimiento específico a nivel renal, el que no fue necesario, cumpliéndose de esta manera los protocolos propios para ésta patología. Ahora, frente a la insuficiencia respiratoria aguda a causa de la enfermedad pulmonar crónica (EPOC), con antecedentes de neumonía a repetición, se hizo manejo médico con ventilación mecánica no invasiva para ayudarle en su tratamiento, agregando que la atelectasia la tenía desde antes de esta intervención, incluso, el 2 de diciembre de 2011, según las notas, ya el paciente hacía insuficiencia respiratoria aguda, lo que aconteció alrededor de las 11:30 a.m; sin embargo, le fue tomada placa y tomografía de tórax, y en los dos se escribe, según el reporte, la atelectasias como tal, insistiendo que la ventilación mecánica en vez de producir atelectasias ayuda como parte del tratamiento, aduce que, el médico decidió formular, además de los exámenes ya mencionados, el antibiótico CEFTRIAXONA, de amplio espectro, es decir, que puede abordar bacterias tanto de stirpe urinario, como pulmonar y neurológicos, lo cual según la práctica médica está indicado.

También explicó que la hernia diafragmática presentada no surgió por haber utilizado la ventilación mecánica no invasiva como se quería exteriorizar. De la misma manera expuso que, dentro del diagnóstico final aparece consignado **NEUMONÍA**, que significa que los pulmones se encontraban inflamados, exteriorizándose un síndrome de dificultad respiratoria aguda; narrando que si bien, inicialmente no se reflejaba éste diagnóstico puede ser adquirido de diversas maneras, uno de los más importante en este caso, es la que se encuentra asociada al cuidado de la salud, es decir que pudo haberla adquirido en ese periodo.

Advierte igualmente que, en los últimos días de su estancia hospitalaria le estudiaron una sepsis de origen renal, le practicaron una radiografía de vías urinarias, descartando dicha patología, también fue valorado por el infectólogo quien determinó que el antibiótico debía ser suministrado por 21 días, el 12 de diciembre de 2011, al verificar que su salud iba en progreso, deciden remitirlo a programa de atención hospitalaria en casa, para proseguir con el tratamiento antibiótico y las terapias respiratorias en su domicilio, al

establecer que con ocasión de sus antecedentes clínicos y la edad del paciente, dicho lugar era el más conveniente por las infecciones que reposan en los hospitales.

Del historial clínico, se observa que a partir del 13 de diciembre de 2011, continuó con las terapias respiratorias con oxígeno y antibióticos CEFTRIAXONA SÓDICA, recibió visitas médicas y de enfermería, con vigilancia de catéteres. No obstante, el 31 de diciembre de 2012, ingresa al HOSPITAL SAN JOSÉ, a causa de dificultad respiratoria, con cuadro clínico de neumonía no especificada, enfermedad pulmonar obstructiva crónica con exacerbación aguda, no especificada, secuelas de accidente vascular encefálico, se hospitaliza por medicina interna, en malas condiciones generales con alto requerimiento de oxígeno, con hipoxia severa, con pobre respuesta al manejo antibiótico; empero, se constata que en esta institución fue manejado con el antibiótico Pirecilina Tazobatán, con soporte de oxígeno, y el 11 de enero al lograr una adecuada evolución clínica, se consideró su egreso para continuar tratamiento en su domicilio con antibiótico y oxígeno con cánula. Empero, el 15 de enero de 2012, regresó por cuadro clínico compatible con Neumonía asociada al cuidado de la salud de origen bacteriano, que evolucionó a Síndrome de Dificultad Respiratoria el 22 de enero del mismo año, para lo cual además del manejo antibiótico que en este caso fue de amplio espectro con Meropenem, requirió intubación orotraqueal y ventilación mecánica invasiva, lo cual no fue autorizada por la familia, falleciendo el 24 de enero de 2012.

Efectuado el interrogatorio al perito médico Jairo Antonio Pérez Cely, respecto a que si el paciente ingresa vivo y con estabilidad hemodinámica a la clínica FUNDADORES el 12 de diciembre de 2011 y fallece en el Hospital San José el 24 de enero de 2012 esto es, 43 días después podía afirmarse que el paciente falleció por la no colocación de antibióticos al día siguiente del ingreso. El profesional expuso que es muy difícil determinarlo, pues, no se explica a ciencia cierta dónde adquirió la neumonía, pero se sabe que es asociada al cuidado de la salud; pero aduce que el paciente estaba recibiendo antibióticos, en palabras suyas, esto puede lavar el proceso infeccioso y dos días después de su llegada iniciar el medicamento, de suerte que, a pesar de que existieron demoras injustificadas como la no colocación del antibiótico de manera oportuna y la falta de disponibilidad de ser atendido en cuidados intensivos; esto no explica la razón de su deceso.

En conclusión, se evidencia que el paciente fue valorado por los diversos galenos en diferentes centros de salud, allí tuvieron en cuenta, tanto las patologías que tenía de base y de carácter crónico, una de éstas la EPOC, como las demás presentadas durante la estancia, sin que se sea probado a ciencia cierta, que el daño o el deceso del señor JOSELIN TORRES VERGARA, de 76 años de edad, se originara por la mala praxis médica, amén que desde su ingreso se trataron los posibles focos infecciosos, aun cuando le fue colocado el antibiótico un día después de haber ingresado y no se internó en la UCI; empero, no se logró comprobar que haya sido esta la causa determinante de su fallecimiento, pues recibió el tratamiento por urología, neurología e infectología y hospitalario que requería, sin que se avizore que el desenlace final hubiera tenido soporte en una falla del servicio médico.

Así, respecto del tratamiento a las patologías presentadas por el paciente, adujo el perito Jairo Antonio Pérez que, teniendo en cuenta la sospecha de infección de carácter urinario, pulmonar y neurológico, se dispuso distintos exámenes y procedimientos, cumpliéndose con los protocolos propios de sus patologías. Además, fue claro el perito en la audiencia realizada el 21 de junio del año en curso, ante esta Corporación el auxiliar aseguró que el tratamiento recibido fue el más indicado dada la evolución que presentaba.

4.3 Ahora bien, es del caso examinar si se encuentra demostrada en el plenario la pérdida de la oportunidad en el mejoramiento de la salud invocada por la parte actora.

Para la Corte Suprema de Justicia, la oportunidad perdida es fuente de responsabilidad civil, en el sentido que “(...) *La pérdida de una oportunidad cierta, real, concreta y existente al instante de la conducta dañosa para obtener una ventaja esperada o evitar una desventaja, constituye daño reparable en el ámbito de la responsabilidad contractual o en la extracontractual, los daños patrimoniales, extrapatrimoniales o a la persona en su integridad psicofísica o en los bienes de la personalidad por concernir a la destrucción de un interés tutelado por el ordenamiento jurídico, consistente en la oportunidad seria, verídica, legítima y de razonable probabilidad de concreción ulterior de no presentarse la conducta dañina, causa de su extinción*⁵.

Y considera como elementos esenciales para su configuración (i) que haya certeza acerca de la existencia de una oportunidad legítima, que sea seria, verídica, real y actual; ii) imposibilidad

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P: William Namén Vargas. Bogotá, 9 de

septiembre de 2010. Expediente No. 17042-3103-001-2005- 00103-01.

concluyente de obtener el provecho o evitar el detrimento y (iii) que la víctima se encontrara en una situación fáctica y jurídicamente idónea para obtener el resultado esperado.

Sin embargo, descendiendo al caso materia de examen, se colige que la pérdida de la oportunidad reclamada en la demanda, no tiene vocación de prosperidad, dado que, en razón a los antecedentes clínicos que auscultaba el paciente JOSELIN TORRES VERGARA, al ingresar el 30 de noviembre de 2011, a MÉDICOS ASOCIADOS S.A. – CLÍNICA LOS FUNDADORES, no presentaba “un pronóstico favorable con calidad de vida” como lo indicó el galeno tratante de la Sociedad de Cirugía de Bogotá – Hospital San José, el 15 de enero de 2012, por la comorbilidad que lo acompañaba debido a los dos accidentes cerebrovasculares sufridos, la exacerbación de la enfermedad pulmonar obstructiva crónica, la neumonía a repetición, y la infección urinaria, los cuales a pesar del tratamiento que le fue suministrado por parte de las entidades médicas, los que además calificaron de adecuados, no fue posible la recuperación de la salud, lo que le generó su fallecimiento, de suerte que, no se encontraba en circunstancias fácticas que le permitieran obtener el resultado esperado, pues su salud estaba minada porque la enfermedad pulmonar se encontraba muy avanzada.

En efecto, ha sido reiterada la jurisprudencia en decir que la pérdida de oportunidad refiere a “la frustración, supresión o privación definitiva de la **oportunidad legítima, real, verídica, seria y actual para la probable y sensata obtención de un provecho, beneficio, ventaja o utilidad a futuro o, para evitar una desventaja, pérdida o afectación ulterior del patrimonio...**”⁶, y en el *sub lite*, itérese, dada la delicada condición médica del paciente, no se puede inferir, de manera categórica, la existencia de una oportunidad probable⁷ de recuperación, circunstancia que resulta suficiente para despachar los reparos planteados en tal sentido.

Luego, los argumentos planteados por la actora, están condenados al fracaso, como también lo está la inconformidad según la cual debió tenerse en cuenta la sanción impuesta por la Secretaría Distrital de Salud por la omisión de asignársele una cama teniendo en cuenta las complicaciones de salud que padecía el señor Joselín Torres Vergara, pues, si se miran bien las cosas, ninguna prueba se aportó que

conduzca a señalar que dicha circunstancia fue determinante para causar el deceso del referido paciente, máxime si en cuenta se tiene que el perito designado Jairo Antonio Pérez, indicó que “*el solo hecho de hospitalizarse en el servicio de urgencia, observación ya es un factor de riesgo, decir si 1, 2, o 3 días, entre más tiempo esté expuesto al ámbito hospitalario, mayor va a ser el riesgo a la exposición a gérmenes, lo que llamamos nosocomiales que son gérmenes adquiridos en el ámbito hospitalario...*”⁸; y, al indagársele si “*según esa respuesta, es más riesgoso o incrementa el riesgo de adquirir una enfermedad nosocomial en la sala de urgencias frente a un lugar de hospitalización?*”, contestó: “*no señor, es ámbito hospitalario, lo único dentro del ámbito hospitalario que difiere entre un sitio del hospital y otro sitio del hospital es la unidad de cuidado intensivo, porque es el sitio donde manejamos infecciones muy severas, una cosa es estar en hospitalización general, urgencias y otra cosa ingresar a la unidad de cuidados intensivos, porque la probabilidad de que adquiera un germen multiresistente es altísima.*”⁹

Y no se diga que la falta de asignación de una cama obedece a una decisión caprichosa, habida consideración que, tal como lo explicó el profesional “*él llegó con los glóbulos blancos elevados, que eso se le suben a uno cuando uno está infectado, probablemente sí tenía una infección en curso como tal; sin embargo, después uno puede ver que los glóbulos blancos no siguen subiendo, no hay fiebre, no hay deterioro desde el punto de vista clínico, tanto que el especialista que lo valora, el mismo infectólogo, consideran que puede continuar siendo manejado en la casa. Que quiere decir esto, que no necesita una monitoría avanzada o intermedia como nosotros en el marco de un hospital como tal, de estarle midiendo oxígeno, presión, signos vitales...*”¹⁰

Puestas así las cosas, ante la falta de demostración de la culpa en las entidades convocadas, no es posible imputarles la responsabilidad por el fallecimiento de Joselin Torres Vergara, que obligue a los convocados a responder por los perjuicios que de esa situación pudieron generarse, motivo por el cual las pretensiones estaban llamadas al fracaso y, como a idéntica conclusión se llegó en el fallo apelado, es de rigor su confirmación.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Margarita Cabello Blanco, SC10261-2014, Ref: Expediente N° 11001 31 03 003 1998 07770 01, Bogotá, D.C., 4 de agosto de 2014.

⁷ Diccionario de la RAE: Dicho de una cosa: que hay buenas razones para creer que se verificará o sucederá.

⁸ Minuto 13:32

⁹ Minuto 14:04

¹⁰ Minuto 29:35

EL RESPETO AL PRINCIPIO DE BUENA FE, NO PERMITE TUTELAR LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR, QUE A SABIENDAS DEL ERROR AJENO, SACA PROVECHO DE SU POSICIÓN DE ESPECIAL PROTECCIÓN

**MP DR. JULIÁN SOSA ROMERO
RADICADO: 11001319900120179525101**

ANTECEDENTES

2.1. En la demanda se afirma que, el accionante a comienzos de 2017, por encontrarse interesado en un vehículo tipo camioneta para su uso personal, revisó diferentes ofertas en los concesionarios de la ciudad de Medellín y, el 4 de enero, en la página web del concesionario Autoamérica S.A., encontró la mejor oferta de la Camioneta Toyota HILUX D.C. DIESEL, pues a diferencia de los demás concesionarios, estaba ofertado por \$9.100.000.oo.

2.2. Asegura el actor que, la oferta encontrada en la página web <https://www.autoamerica.com.co> de la compañía demandada, consistió en una promoción de un vehículo nuevo camioneta Toyota HILUX D.C. DIESEL 2,3, 4X4 2017 (TE), con un descuento especial respecto del precio de lista del automotor, que estaba en CIENTO CUARENTA Y DOS MILLONES DE PESOS, en la suma de NUEVE MILLONES CIEN MIL PESOS, tal como se acredita con las imágenes que se anexan.

2.3. Ante la agresiva oferta, decidió poner en venta su vehículo, y el 10 de enero de 2017 al comprobar que la oferta se mantenía, solicitó cotización a través de la plataforma tecnológica del concesionario para efectuar la compra, la que se encuentra radicada con el 59237 y que le fue remitida a su correo electrónico juipad@me.com, oferta válida hasta fin de mes y sujeta a inventario.

2.4. Reiteró que, comoquiera que el valor del precio del vehículo ofertado por la compañía coincidía con el valor de la cotización, una vez recibida la confirmación de la misma, el 11 de enero intentó realizar el pago por medio del portal de pagos electrónicos PSE dispuesto en la página web de la convocada, pero no le permitió finalizar la operación, porque el monto superaba el tope permitido.

2.5. Relató que en esa misma fecha, se comunicó telefónicamente y por medio de chat con la asesora comercial de AUTOAMÉRICA SEDE PALACE, SANDRA CECILIA MUÑOZ, para que le comunicara la forma de realizar el pago. Sin embargo, le manifestó que, no contaba con la información de la oferta publicada, y no podía suministrarle los datos de consignación, lo que hizo que se presentara en

las instalaciones del concesionario, donde le fue indicado que no era posible recibirlo a causa que el personal encargado no estaba laborando.

2.6. Adujo el suplicante que, después de asistir al concesionario y, tras visitar nuevamente la página de AUTOAMERICA S.A., se dio cuenta que la oferta de la camioneta cotizada, fue modificada en el precio apareciendo en \$133.000.000.oo, como consecuencia, el 12 de enero radicó reclamación directa a la demandada solicitando el cumplimiento de la oferta publicada.

2.7. Al siguiente día del reclamo, recibió una llamada de una funcionaria de la compañía, línea telefónica 318548806, quien le manifestó que podía efectuar el pago en la cuenta bancaria de BANCOLOMBIA, convenio 47292, diligencia que realizó el 13 de enero de 2017, conforme al recibo que se allega como prueba; empero, la sociedad convocada a la fecha no le ha entregado el vehículo que fue objeto del contrato de compraventa.

ANÁLISIS DE LA SALA

La Delegatura para asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio mediante sentencia del 11 de febrero de 2019 le puso fin a la instancia, y luego de acoger parcialmente las excepciones propuestas por la parte demandada, por tratarse de un error objetivo y evidente, que ni el consumidor medio ni ningún consumidor con mediana competencia racional pensaría que la oferta publicada por error era cierta y abusó del derecho del consumidor.

Igualmente declaró que la sociedad demandada vulneró los derechos del consumidor a la información y a la elección, y con apoyo en lo dispuesto en el artículo 58 numeral 9 de la Ley 1480 de 2011, le ordenó que, debido al incumplimiento del deber de información, haga una oferta, con el lleno de los requisitos legales a favor del accionante, dentro de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia, cuyo objeto sea un vehículo camioneta Toyota HILUX D.C. DIESEL 2,3, 4x4 8TE), o una de similares características, por un valor de NOVENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS (\$99.579.243.OO).

La parte actora, inconforme con la decisión, interpuso recurso de alzada, que habilita la competencia funcional de la sala, al considerar que, existe una evidente contradicción en el contenido de la sentencia, al hacer uso de normas del Código de Comercio, las cuales considera son inaplicables por ser un régimen especial, al afirmarse que no existió contrato a pesar de encontrarse presentes cosa, precio y su pago. Sostiene que, pese a que la demandada pretendió alegar que el pago se efectuó sin indicación alguna, no obstante, la constancia del mismo contiene como referencia el número de la cotización.

Como consecuencia, lo primero que abordará la Sala, es corroborar si en efecto, las normas del código mercantil son aplicables a los asuntos o conflictos de los consumidores, o si por el contrario, solamente debe ser aplicado el Estatuto del Consumidor. En caso positivo, se debe reconocer si se perfeccionó la oferta pública realizada por el concesionario demandado en su página web.

La Corte Constitucional ha señalado que, “...La Constitución ordena la existencia de un campo de protección en favor del consumidor, inspirado en el propósito de restablecer su igualdad frente a los productores y distribuidores, dada la asimetría real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas. Sin embargo, la Constitución no entra a determinar los supuestos específicos de protección, tema este que se desarrolla a través del ordenamiento jurídico. El programa de protección, principalmente, se determina a partir de la ley, los reglamentos y el contrato. Es claro que la fuente contractual debe interpretarse de conformidad con los principios tuitivos del consumidor plasmados en la Constitución...”¹¹.

El Legislador atendiendo el mandato constitucional expidió la ley 1480 de 2011, la que en su artículo segundo señaló que, “...las normas de ésta ley regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente. Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley...”.

Sin embargo, en el inciso cuarto del artículo 4º expresó “En lo no regulado por esta ley, en tanto no contravengan los principios de la misma, de ser asuntos de carácter sustancial se le aplicarán las reglas contenidas en el Código de Comercio y en lo no previsto en este, las del Código Civil”.

Una vez revisadas las pretensiones de la demanda, se colige que el demandante solicitó se declare que la sociedad AUTOAMÉRICA S.A., incumplió las normas contenidas en el régimen de protección de los consumidores, al utilizar información y publicidad engañosa en materia de precios; y, como consecuencia, pide se ordene a la demandada cumpla la venta del vehículo Toyota HAILUX D.C. DIESEL 2,3 4X4 2017 (te), o el modelo que se encuentre disponible al momento de proferirse la decisión definitiva, por valor de \$9.100.000.00, de conformidad con la cotización 59237 y disponer de la entrega inmediata del automotor, así como las sanciones pecuniarias a que haya lugar.

De manera que, ante la ausencia de regulación de la oferta y el contrato de compraventa en la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor), por mandato del artículo 4º de la ley, debe acudirse a las reglas sustanciales consagradas en el Estatuto Mercantil y el Código Civil, siempre que no se desconozcan los principios del Estatuto del Consumidor.

Dilucidado lo anterior, debe la Sala determinar si, efectivamente, nos encontramos frente a una oferta mercantil, perfeccionada por medios electrónicos, conforme lo sostiene el recurrente.

Previamente, es importante indicar que gracias al progreso informático y en las telecomunicaciones, se ha venido presentado una revolución social, cultural, económica y política sin precedentes. En la actualidad se puede negociar, sin necesidad de recurrir a la figura de la representación, con cualquier persona, en cualquier parte del planeta. La información, está a disposición de la mayoría de las personas, prácticamente en forma gratuita. Nos enfrentamos a la sociedad del conocimiento, que el profesor Carlos Lesmes Serrano define como “aquella en que los ciudadanos disponen de un acceso prácticamente ilimitado e inmediato a la información, y en la que ésta, su procesamiento y transmisión actúan como factores decisivos en toda la actividad de los individuos, desde sus relaciones económicas hasta el ocio y la vida pública”¹².

¹¹ Corte Constitucional – Sentencia C-1141 de 2000

¹² LESMES Serrano, Carlos, “Las nuevas tecnologías y la administración de justicia”. La

Dentro de las expresiones más destacadas de esta sociedad, es la presencia del comercio electrónico, entendido como toda actividad que tenga como finalidad incentivar, promover o acordar la contratación de productos y/o servicios, entre un proveedor electrónico y un consumidor, en la que la oferta del proveedor electrónico y/o la aceptación por parte del consumidor se realizan a través de un medio electrónico o, en palabras de La Organización Mundial del Comercio, es “la producción, publicidad, venta y distribución de productos a través de las redes de telecomunicaciones”¹³.

Colombia no ha sido ajena a los adelantos tecnológicos y el Internet se ha convertido en una vitrina virtual para llegar a cabo diversos negocios que tienen como objetivos la venta de bienes, dentro de los que se destaca la industria automotriz, cuyas compañías han creado portales o páginas web, para brindar y ofertar al público sus productos identificándolos por los modelos, características, precio y garantía, correspondiendo a los usuarios identificar igualmente el respaldo, trayectoria y confianza con el que cuentan dichos portales o plataformas.

Los contratos realizados a través del comercio electrónico son consensuales incorporados dentro de los llamados “contratos entre ausentes”, es decir sin que las partes estén presentes, ya que los contratantes usualmente se encuentran en lugares diferentes y el proceso oferta - aceptación no es simultáneo. La legislación comercial lo regula en los Arts. 824 a 863 del Código de Comercio.

No obstante, esta etapa, puede estar precedida de conversaciones encaminadas a su cristalización en las que los interesados trazan los puntos preliminares que le van dando vida, pero sin que tengan la entidad suficiente para darla por configurada, puesto que esto sólo se da cuando se han superado diferencias y vacíos que le restan peso, ya que como se precisó en CSJ SC11815-2016:

(...) aquel acto jurídico unilateral -la oferta- ostenta unas características que la distinguen de tratativas, acuerdos prenegociales, invitaciones a negociar, etc. que forman parte de la etapa precontractual; y aún de la propaganda, la publicidad, las promociones dirigidas a personas indeterminadas, etc. en las que, con todo, en protección del consumidor, la ley torna vinculantes (artículo 29 de la ley 1480 de 2011 o Estatuto del

Consumidor). En términos de la Corte, la oferta

“[p]ara su eficacia jurídica ha de ser firme, inequívoca, precisa, completa, acto voluntario del oferente, y estar dirigida al destinatario o destinatarios y llegar a su conocimiento -se resalta-. Ello significa, entonces, que para que exista oferta se requiere voluntad firme y decidida para celebrar un contrato, lo que la distingue de los simples tratos preliminares, en los que de ordinario esa voluntad con tales características todavía está ausente; y, al propio tiempo, ha de ser tan definida la voluntad de contratar por quien lo hace, de manera tal que no ha de aparecer duda de ninguna índole de que allí se encuentra plasmado un proyecto de contrato revestido de tal seriedad que no pueda menos que tenerse la certeza de que podrá perfeccionarse como contrato, con el lleno de todos los requisitos legales, si ella es aceptada por aquel o aquellos a quienes va dirigida, lo que necesariamente supone que en ella han de estar contenidos, cuando menos, los elementos esenciales del contrato propuesto y que, además, ha de ser dirigida al destinatario o destinatarios y llegar a su conocimiento” (CSJ SC 029-1995 del 8 de marzo de 1995, rad.4473). (Se resaltó)

De lo anterior se colige que, para que la oferta tenga plenos efectos jurídicos, se requiere necesariamente, la aquiescencia inequívoca expresa o tácita del destinatario, que por demás, debe ser incondicional y oportuna, pues, en caso de ser extemporánea o estar acompañada de reparos, constituye un nuevo intento ajeno al anterior que debe ser considerado por los demás intervinientes, ya que como se dijo en CSJ SC 8 mar. 1995, rad. 4473, «la oferta inicial queda en el vacío y surge entonces una "nueva propuesta", en la cual ahora el antiguo destinatario asume la calidad de oferente y el primer ofertante se convierte en destinatario».

Por lo tanto, una vez recibida la comunicación del asentimiento irrestricto y tempestivo frente a lo brindado por el oferente, surge el acuerdo de voluntades, y se origina el nacimiento automático del contrato si la consensualidad es suficiente, o una vez se satisfagan las

ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2000, p. 371.

¹³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/what_is_s/tif_s/bey4_s.htm

formalidades o exigencias que contemple la ley para su perfeccionamiento.

De modo que, el momento de perfección del contrato es el que indica el nacimiento del contrato a la vida jurídica y en lo que acontece con el contrato electrónico se perfecciona siguiendo la teoría de la recepción, cuando el mensaje llega al portal de información (servidor) del oferente, y será el oferente quien debe conectarse al sistema para tener acceso a su correo.

Ahora bien, conforme lo previsto por el artículo 847 del Estatuto Mercantil, las ofertas de mercaderías, con indicación del precio, dirigidas a personas no determinadas, en circulares, prospectos, o cualquiera otra especie similar de propaganda escrita, no serán obligatorias para el que las haga. No obstante, una vez dirigidas a personas determinadas y acompañadas de una nota que no tengan las características de una circular, serán obligatorias si en ella no se hace salvedad alguna.

En materia del mercado automotriz, por lo general, los usuarios que quieren comprar un vehículo nuevo hacen una ronda por las páginas web o portales o directamente ante las salas de ventas de los concesionarios de las marcas que comercializan los vehículos que se ajustan a sus necesidades y presupuesto, y tras completar el recorrido revisan las cotizaciones que les entregaron los Asesores Comerciales, en las que les anotaron la referencia del vehículo, el año modelo, el precio, la financiación disponible o sugerida, la fecha aproximada de entrega y las características más importantes del vehículo, las cuales les da derecho al consumidor a exigir que le vendan el vehículo allí descrito, por el precio anunciado, y que se lo entreguen en la época prometida, sin omitir ni los accesorios, ni los servicios de valor agregado anotados.

Como consecuencia, la referida cotización debe ser clara, comprensible, veraz, verificable, idónea, precisa, suficiente y oportuna, y teniendo en cuenta que el Estatuto Mercantil, establece las reglas para fijar la vigencia de la oferta mercantil, en caso que el concesionario la desconozca, la Superintendencia de Industria y Comercio le obligará a cumplirla y lo sancionará por información insuficiente al consumidor.

Le corresponde a la sala entonces establecer con el material probatorio adosado si en verdad en el presente asunto, se confeccionó la oferta mercantil reclamada por el recurrente, de donde proviene el ejercicio de la acción que pretende la protección en su condición de

consumidor con fundamento en la ley 1480 de 2011.

De la prueba documental se deduce que, el concesionario AUTOAMÉRICA S.A., ofertó a través de la página web <https://www.autoamerica.com.co>, entre otros vehículos, la camioneta Toyota HILUX D.C. DIESEL 2,4 4X4 2017 (TE), cuyo valor comercial era de \$142.400.000.00, por un valor de \$9.100.000.00, la cual permaneció publicitada desde el 4 de enero de 2017 al 11 del mismo mes y año, cuando a través de una fe de erratas corrigió el precio, con ocasión del reclamo efectuado por el demandante, tal como obra en los documentos allegados al plenario, hecho que fue aceptado por la concesionaria vinculada al proceso en la contestación de la demanda.

Igualmente se encuentra confirmado que el accionante realizó cotización de la camioneta mencionada, y el concesionario le expidió con fecha 10 de enero de 2017 la cotización 59237. Con fecha 13 de enero siguiente a las 16:44 horas, consignó en el BANCO DE COLOMBIA, la suma de \$9.100.000.00, conforme al convenio 47292, tal como se acredita en el registro de operación 131874118¹⁴.

En esta instancia, se concluye que el accionante al aceptar la oferta pública en los términos acreditados con la prueba documental adosada al expediente, Síguese que el proyecto de negocio se encuentra confeccionada, sin embargo, debe verificar éste sala, si se encuentra obligado el proveedor a acatarla a pesar de haber mediado un yerro en la publicación del precio a través del medio electrónico utilizado.

El principio de la autonomía de la voluntad, le otorga a las partes la potestad de regular libremente sus intereses en las relaciones contractuales con el sólo límite que imponen el orden público y las buenas costumbres, siempre que se reúnan las condiciones previstas por el artículo 1502 del Código Civil, esto es, que exista capacidad, consentimiento libre de vicios, objeto y causa lícitos.

De acuerdo con nuestro Código Civil, para que el consentimiento sea idóneo y genere actos jurídicos válidos, debe estar exento de vicios, tal como expresamente lo estatuye el artículo 1502, estableciendo como vicios el error, la fuerza y el dolo (art. 1508).

Al reglamentar el error, el código en el artículo 1509, distingue dos grandes clases: el error de derecho y el error de hecho, el primero no vicia el consentimiento, mientras el segundo vicia el

¹⁴ Folio 67 cuaderno 1°.

consentimiento cuando se encuentran reunidas las condiciones previstas por la ley.

Tratándose del error en la publicación del precio, ha decantado la doctrina, corresponde a un error en la declaración. Conforme lo señala Ángel Carrasco, “el error en la fijación de un precio en el catálogo de productos constituirá casi siempre un error obstativo. El vendedor no ha formado erróneamente su voluntad negociada como consecuencia de una presuposición errónea sobre el valor de la cosa, sino que ha errado al fijarla en el medio virtual o no virtual mediante el que resulta accesible por los internautas. El vendedor sabe perfectamente cuánto vale el producto ofertado, pero no advierte que el signo comunicativo no se corresponde con aquella creencia. No es la semántica, sino la sintaxis, lo que ha fallado”¹⁵.

De ahí que en el error obstáculo o dirimente, se produce una divergencia entre la voluntad interna que es la verdadera y la voluntad declarada que JOSSERAND explicó en los siguientes términos: *"puede ser que mi vendedor haya sido de buena fe, distinguiéndose en esto, irreductiblemente, la noción del error de la del dolo, pero mi voluntad, tal como se ha exteriorizado, como se ha concretado en el negotium, no coincide, de ningún modo, con mi voluntad interna; he realizado una compra que no hubiera hecho, de haber estado mejor informado; el conflicto surge entonces entre los móviles que me han incitado a contratar, que han producido en mi mente la intención de comprar y esta misma intención, -entre el fin perseguido y el resultado obtenido"*.¹⁶

El error obstáculo no afecta el conocimiento (a diferencia del error vicio o error propio), sino la propia declaración de voluntad, la cual, habiéndose formado libremente, se emite de manera errónea y equivocada, expresándose en ella algo distinto a lo realmente querido. Para que el error sea relevante es necesario que reúna los requisitos de esencialidad y excusabilidad.¹⁷

Sobre este tema, Claro Solar señala que, *"para que el error obstativo sea jurídicamente eficaz, en cuanto a producir el disenso, es necesario que sea excusable, esto es, que no provenga de la culpa del que lo alega, o de la imprudencia o supina ignorancia suya"*. De modo que, para los concesionarios, dedicados profesionalmente a la actividad de venta y compra de vehículos, este tipo de error, se

constituye en principio como un error inexcusable, máxime por encontrarse de por medio la confianza y protección del usuario, lo que necesariamente conllevaría a que, no pueda provecharse de su propia incuria, no obstante, para que pueda recibir protección el consumidor se requiere que no haya conocido previamente el error en el precio ofertado.

En estos términos, a pesar que el proveedor sea un profesional en su oficio y estemos en presencia de un error inexcusable, lo que equivaldría a pregonar una responsabilidad objetiva a su cargo, con ocasión de la violación del principio de confianza, no obstante, en el evento que haya conocimiento previo del error por el usuario o consumidor, éste no puede recibir la protección que reclama, a causa de la violación del principio de buena fe, cuya inobservancia excluye el nacimiento de la legítima confianza.

Lo anterior tiene su fundamento, gracias a que, en el marco de cualquier relación jurídica, entre las que se ubican las relaciones de consumo, la conducta de las partes debe guiarse por los postulados de la buena fe que exigen una conducta honesta y transparente frente a su contratante, en todo el transcurso de la esfera precontractual y contractual y postcontractual, lo que conduce a sostener que tanto al empresario como al consumidor, les corresponden acatarla, conforme a los mandatos establecidos por el artículo 83 de la Carta Política y la ley 1480 de 2011.

Ahora, en lo que respecta a la libertad en el ejercicio de los derechos, el artículo 95 de la Constitución establece con claridad: *"el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades"*, de manera que aunque hay una garantía en el reconocimiento y protección de los derechos de las personas, su amparo y salvaguardia deben estar sujetos al justo equilibrio entre el cumplimiento de los deberes y obligaciones en el caso específico, y las facultades bajo resguardo¹⁸.

De ahí que, deba aseverarse que el principio del libre ejercicio de los derechos de los consumidores tenga una doble connotación. Primero, la facultad subjetiva con la que cuenta el usuario para disponer y solicitar los derechos que lo protegen; y, segundo, el cumplimiento objetivo de las responsabilidades, deberes u obligaciones que el ejercicio de esos derechos

¹⁵ Carrasco Perera, Ángel. "Errores en la fijación de los precios de los productos en los catálogos de venta on line ¿Hay algún remedio?". Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla _ La Mancha. <https://previa.uclm.es/centro/cesco/>

¹⁶ Op. Cit, p. 46.

¹⁷ Cfr. AGUILAR Guerra, Vladimir. "El negocio jurídico". Colección de Monografía Hispalense, 5ta Edición, Guatemala, 2006, pg. 222.

¹⁸ Corte Constitucional – sentencia C-657 de 1997

le corresponde asumir, lo que no permite el abuso de los derechos.

Para la sala, es evidente que por parte del concesionario se presentó un yerro en la fijación del precio de la oferta, tal como se desprende del material probatorio adosado, que afecta indiscutiblemente su consentimiento, error que fue aprovechado por el consumidor para aceptar la oferta y de esta manera consignar el precio exiguo del vehículo, a pesar que conforme a la confesión realizada en el libelo de la demanda, conocía de antemano su precio comercial, vulnerando con ello, uno de los principios más sagrados en materia de las relaciones jurídicas entre el proveedor y consumidor como es obrar de buena fe.

Los principios *UNIDROIT*, respecto a la formación del consentimiento en la contratación electrónica, en su artículo 3.6, llamado “Error en la expresión o en la transmisión”, en relación a los Contratos Comerciales Internacionales (*PCCI*), señalan: *“Un error en la expresión o en la transmisión de una declaración es imputable a la persona de quien emanó dicha declaración”*, lo que conllevaría que debe asumir las consecuencias del yerro honrando el principio de la autorresponsabilidad; sin embargo, corresponderá al emisor de la declaración solicitar la nulidad de conformidad con la disciplina del error en el evento que: *“Esta medida procederá especialmente cuando sea contrario a criterios comerciales razonables de lealtad comercial que el receptor/destinatario no informe del error al remitente/ofertante”*.

Como corolario, si bien el demandante pagó el precio ofertado de la camioneta HILUX D.C. DIESEL 2,4, 4X4 2017 (TE), en los términos de la oferta realizada por la concesionaria demandada, es lo cierto que la oferta se censura al advertirse que el consumidor era conocedor del mencionado error, como se evidencia con las pruebas oportunamente traídas por las partes al proceso, y no lo comunicó el error al oferente. Por el contrario, sacó fruto del mismo vulnerándose el principio de buena fe y abusando de sus derechos.

En el interrogatorio de parte rendido por el accionante se entrevisté que, venía haciendo cotizaciones en diferentes concesionario y conocía el precio comercial real del mencionado vehículo, amen que en el mes anterior había acudido al mismo concesionario demandado, con su padre, a adquirir una camioneta por valor de \$155.000.000.00, lo cual fue corroborado por las declarantes SANDRA LILIA MUÑOZ Y GLORIA ESCOBAR, lo que conduce afirmar que por su

experiencia en dicho ramo, tenía pleno conocimiento de su valor.

Por otra parte, es un hecho indiscutible que el demandante debido a su grado de escolaridad (Administrador de Empresas), y la información obtenida, una vez consultado el portal de la concesionaria demandada no se hubiera enterado del error evidente y protuberante que se había cometido al momento de consignar el precio de la mencionada camioneta, lo cual era previsible, teniendo en cuenta que era trece veces menos que el valor comercial publicitado.

Además, conforme los testimonios rendidos por las señoras Sandra Liliana Muñoz y Rosmary López, asesoras comerciales de la sociedad demandada, se hace indiscutible y evidente, que el demandante tenía pleno conocimiento que el valor exhibido en la página web de Autoamérica obedeció a un error de digitación informática, más aun cuando en los argumentos de ambas testigos exponen que le informaron al señor Juan Fernando Fernández mediante comunicación telefónica que el precio de la oferta estaba errado, lo cual reconoce el propio demandante, quien en la audiencia realizada el 28 de enero de 2019, confesó que se acercó al concesionario el 11 de enero, y al preguntársele ¿Cuándo se acerca ahí es donde le informan del error o que le informan?. Contestó: “Me dicen lo que sucede es que hubo un error en el precio, y que no estaba autorizado para el pago”.

El respeto al principio de buena fe, no permite tutelar los derechos del consumidor, que a sabiendas del error ajeno, saca provecho de su posición de especial protección, y acepta la oferta desconociendo que la ley no ampara el abuso del derecho, pues desde el sentido común y la lógica, la justicia contractual evita una ventaja desproporcionada en favor de una de las partes en forma injustificada.

Y, si bien es cierto que el proveedor está obligado, además de cumplir con la prestación debida a informar adecuadamente de los riesgos que involucra el bien o servicio ofrecido, igualmente al consumidor también le corresponde el cumplimiento de las obligaciones y los deberes colaterales o complementarios en función del proveedor, tal como lo señala Martha Neme: *“La aplicación general del principio de buena fe debería conducir a no tutelar la posición evidentemente deshonesto de quien se da cuenta del error ajeno y de la fuerza determinante que éste tiene sobre la contraparte, pero aun sabiéndolo calla y celebra igualmente el contrato”*¹⁹.

¹⁹ NEME Villarreal, Martha Lucía. *Op. Cit.*, p. 214.

El abuso del derecho en este caso, se muestra en tanto que no hay una violación de la libertad contractual en su objeto y alcance jurídico, pero en la práctica, se presenta una extralimitación de la voluntad privada que rompe la finalidad de la norma. “No todo lo lícito es honrado”, explica el jurista Paulo en el Digesto (Digesto 50.17.133). El límite del abuso del derecho es una restricción a la voluntad de las partes, en el sentido de hacerla obedecer a la finalidad económica y social, que nunca será romper el equilibrio en las relaciones privadas, en caso contrario, se abusa (Pérez Vives, 1968)

En conclusión, el primer reparo invocado por la parte recurrente se debe declarar infundado, al verificarse que si bien es cierto, la oferta publicitada por el concesionario demandado reúne los requisitos establecidos por la ley, también se demostró que al alimentarse la página web se incurrió en error en el precio, concluyéndose que por viciar el consentimiento del proveedor, por ser un error obstativo, no puede ejecutarse el referido negocio, por incurrir en nulidad relativa. Como consecuencia el primer reparo es infundado.

2.- Definido lo anterior, pasa a continuación la Sala a examinar el segundo reparo que presenta el recurrente al fallo, de cara a las consecuencias patrimoniales originadas por la violación a los derechos de información y publicidad en condiciones objetivas y específicas de la oferta, por no respetarse el precio publicitado, vulnerándose con ello los artículos 23,26 y 29 de la Ley 1480 de 2011, a causa de la información y publicidad engañosa en perjuicio del consumidor.

En efecto, ante la nulidad relativa de la oferta, debe el Tribunal contrastar si le asiste responsabilidad al concesionario demandado, por causa de información y publicidad engañosa, conforme lo infirió el fallo de primera instancia, los cuales al tenor de lo expuesto por la Corte Constitucional, debe valorarse en forma oficiosa, al decantar: *“En el plano constitucional, el régimen de responsabilidad del productor y del distribuidor corresponde al esquema ideado por el constituyente para poner término o mitigar la asimetría material que en el mercado padece el consumidor o usuario. Este propósito constitucional no podría nunca cumplirse cabalmente si los supuestos de responsabilidad sólo pudieran darse entre partes de un mismo contrato, máxime si solo en pocos casos el fabricante pone directamente en la circulación el bien y lo coloca en manos del consumidor final. La responsabilidad del productor y del distribuidor surge ex constitutione y puede por ello ser deducida por*

el consumidor del producto o el usuario, con independencia de que exista o no un vínculo contractual directo con los primeros. En este sentido, las garantías atinentes a la calidad o idoneidad de los bienes y los servicios, no se ofrecen exclusivamente al primer adquirente; ellas se disponen frente a la categoría de los consumidores y usuarios²⁰”.

El Estatuto del consumidor reconoce expresamente en el artículo 3º, los derechos de los consumidores y usuarios en:

“1.3. Derecho a recibir información: Obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación, así como sobre los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización, los mecanismos de protección de sus derechos y las formas de ejercerlos”.

“1.4. Derecho a recibir protección contra la publicidad engañosa”.

Por consiguiente, los consumidores y usuarios gozan del derecho a recibir información sobre la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad, y toda otra característica o referencia relevante respecto de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación, así como los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización, y además deben ser protegidos de la publicidad engañosa, que se entiende como aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión.

Es por ello, que el artículo 26 del Estatuto del Consumidor, prevé que debe informarse el precio total del producto, esto es, el valor que pagaría el consumidor, en el que deben estar incluidos todos los impuestos y costos adicionales, tales como los correspondientes a estudio de crédito, seguros, transporte o cualquier otra erogación a cargo del consumidor. Para el caso de estos costos adicionales, además, el motivo y el valor de los mismos. Esta previsión busca evitar que el consumidor sea defraudado, al haber adoptado su decisión de consumo con base en un precio, que luego resulta incrementado por cuenta de costos que no habían sido informados desde el inicio.

Dicho requisito de informar el precio total del producto guarda estrecha relación con la

²⁰ Sentencia C-1141 de 2000

exigencia del artículo 23 de la Ley 1480 de 2011, en el sentido de que la información debe ser suficiente y oportuna. Y de acuerdo con la instrucción impartida por la Superintendencia de Industria y Comercio a través de la Circular Única, “con independencia del sistema que escoja el proveedor para informar al público los precios de los productos, el valor anunciado debe corresponder al precio total del producto, el cual incluirá cualquier cargo adicional o impuesto a que hubiere lugar, sin perjuicio de su discriminación en las facturas conforme a las disposiciones tributarias.”²¹

En estos casos, resulta indiscutible que para que prospere la indemnización de perjuicios, es necesario que la conducta del proveedor o expendedor vulnere el derecho que tienen los consumidores a recibir información clara, transparente, precisa, comprensible y veraz sobre un elemento objetivo determinante de su decisión de consumo, como acontece con el precio, siempre que le ocasione un daño, y esté revestido de certeza.

Sobre la responsabilidad derivada de publicidad engañosa, la Corte en fallo de 13 de diciembre de 2001 exp. 6775, indicó:

“Así que -y para abordar sin pérdida de momento el punto al que se quería llegar-, independientemente de la obligatoriedad de la oferta, cuando la invitación a contratar se realiza por conducto de una publicidad no puede, no debe, descartarse un eventual daño a sus destinatarios y su condigna reparación, si es que publicidad tal no se hace con apego a la sinceridad y seriedad que es de esperarse, de modo de inferir que la confianza del consumidor ha sido traicionada. Nadie discutiría hoy por hoy que al consumidor le asiste el derecho a estar informado, y ojalá bien informado. Ya incluso existen normas positivas que lo requieren sin atenuantes, verbigracia los artículos 20 y 78 de la Carta Política, donde de un lado se confiere rango constitucional al derecho a recibir información veraz y, de otro, se confiere a la ley la misión de controlar la información dada en la comercialización de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, en protección de los derechos colectivos, y el decreto 3466 de 1982, que en lo pertinente prescribe que toda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedad de los bienes y servicios que se ofrezcan al público ‘deberá ser veraz y suficiente’ razón por la cual se priven las

leyendas y la propaganda comercial que ‘... no corresponda a la realidad, así como las que induzcan o puedan inducir a error respecto de la naturaleza, origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características, las propiedades, la calidad, idoneidad o la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos’, disponiendo en consecuencia, que todo productor ‘... es responsable por las marcas y leyendas que exhiban sus productos (bienes y servicios), así como por la propaganda comercial de los mismos, cuando su contenido no corresponda a la realidad o induzca a error al consumidor’; y se prevé, además, que para la correspondiente indemnización de perjuicios, los afectados puedan recurrir a los trámites previstos para el proceso verbal consagrado en el Título XXIII del código de procedimiento civil, con las adiciones procesales que en dicho estatuto se establecen, todo lo cual puede válidamente ubicarse en la fase precontractual, por cuanto ésta comprende, itérase, un conjunto de relaciones y de contactos entre las partes, cuya relevancia puede ser diversa, según el avance de la negociación (con el nacimiento eventual de una relación vinculante) y no solamente la oferta, como una etapa de mayor acercamiento entre los interesados”.

El recurrente, reclama se indemnicen los perjuicios causados por la publicidad engañosa de que fue víctima. Sobre este tópico, el Estatuto del Consumidor, la define como “...aquella cuyo mensaje no corresponde a la realidad o es insuficiente, que induce o puede inducir a error, engaño o confusión al consumidor”, y debe tenerse en cuenta, que dicha publicidad debe tener como fin intervenir en las decisiones de consumo, pues, intenta inducir al consumidor a contratar, por lo tanto su intención es de naturaleza negocial, está orientada a incitar la compra de bienes y servicios, y en este sentido, contiene elementos subjetivos y objetivos.

El tratadista Juan Carlos Villalba Cuéllar, al citar al autor Jorge Jaeckel Kovacs, asevera que es importante distinguir dos clases de mensajes que se pueden encontrar en la publicidad, mensajes objetivo y mensajes subjetivos y refiere que, “Constituye mensaje objetivo aquella información que se refiere a características propias del producto o servicio (calidad, cantidad, precio) o aspectos medibles del mensaje (ej., estadísticas). (...) “(...) los

²¹ 124. Superintendencia de Industria y Comercio. Título II de la Circular Única: Artículo 2.3.1. Sistemas de indicación pública de precios: En cualquier sistema de información sobre precios dirigida a los consumidores, se deberá indicar el precio total del producto, el cual incluirá cualquier cargo

adicional o impuesto a que hubiere lugar, sin perjuicio de su discriminación en las facturas conforme a las disposiciones tributarias. La indicación pública de precios puede hacerse en listas, en los bienes mismos, en góndolas, anaqueles o estantes.

mensajes subjetivos son aquellos juicios o elogios que el mismo anunciante hace de sus productos y servicios. Se trata de afirmaciones que a pesar de no ser comprobadas y no ser ciertas tampoco constituyen engaño, ej.: el mejor jabón del mundo.”²²

En estas condiciones, la publicidad contenida en los mensajes objetivos ocasionan perjuicios tal como lo prevén los artículos 29 y 30 del Estatuto del consumidor. Sin embargo, para que aflore, se requiere que la voluntad del consumidor en la celebración del negocio jurídico se vea afectada por los actos externos o internos, que impidan que el acto volitivo sea libre y fruto de su voluntad, y que encuadre en el dolo, pues así lo admitió la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de noviembre de 2011, “b) si se ha celebrado el negocio jurídico genera “acción contractual” y además los efectos de la pluricitada “conducta ilegal”, podrían manifestarse hasta el punto de viciar el consentimiento por “error o dolo”, en los términos de los supuestos previstos en los artículos 1510, 1511 y 1515 del Código Civil, al igual que en el 900 del Estatuto Mercantil, lo cual habilita como mecanismo adicional de protección al consumidor, la impugnación de la validez del “contrato”..”.

Empero, en relaciones de consumo puede también generar responsabilidad patrimonial en la etapa precontractual, siempre que el consumidor demuestre que sufrió un daño a causa de dicha publicidad engañosa, ya que sin daño no hay responsabilidad, a contrario *sensu*, la Superintendencia de Industria y Comercio por vía administrativa, está legitimada para imponer sanciones por vía administrativa, cuando el mensaje de por sí cause un daño por la potencialidad del mensaje objetivo, que pueda ser suficiente para sancionar al anunciante, empresario o proveedor por la capacidad de inducir a error o engaño a los consumidores.

En estos términos, la información o publicidad engañosa en las relaciones de consumo, pueden surgir tanto por acción u omisión en el anunciante, no obstante, éstas deben tener la aptitud o capacidad necesaria para inducir al usuario o consumidor al error, por causa de la verdad aparente que contiene. Como lo afirma Kovacs, “No obstante lo anterior, el principio de veracidad mencionada debe ser entendido dentro del contexto general de transparencia que persiguen las normas que afectan la publicidad, en las que la descalificación de una

actuación se concreta en la capacidad que tiene el mensaje para engañar al destinatario del mismo y no simplemente en la de establecer la veracidad o no de una afirmación, pues un análisis en el que la única consideración existente sea un enfrentamiento de una afirmación a una imagen con una realidad, es una análisis superficial que no tiene en cuenta la realidad de la comunicación, ni la forma como los consumidores perciben los mensajes. Como se verá existen piezas publicitarias que siendo literalmente ciertas inducen a engaño y mensajes que a pesar de que objetivamente no pueden ser comprobados, no engañan al consumidor. En consecuencia se induce a engaño al consumidor cuando el mensaje que se difunda genera en su destinatario una representación distorsionada de la realidad que busca transmitir y no necesariamente cuando las afirmaciones que contiene una pieza publicitaria sean literalmente falsas y por lo tanto imposibles de probar”²³

Sin embargo, para efectuar el análisis y evaluación de éste tipo de informaciones y publicidad calificada de engañosa, debe tenerse en cuenta la noción de consumidor medio o racional, y que para el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en su jurisprudencia refiere como “...un consumidor medio, normalmente informado. A la idea de consumidor medio se asocia la normalidad del nivel de información (de conocimientos). Por supuesto, no se trata de que el consumidor posea un determinado nivel académico o cultural, sino de que cuente con cierta experiencia y aptitud para interpretar la información que se le facilita sobre los productos y las condiciones en las que éstos se comercializan”²⁴.

De esta manera, si bien es cierto del contenido de la información y la publicidad de la oferta realizada por la concesionaria demandada, se colige que se presentó un yerro evidente en el precio, y que conforme al Estatuto del Consumidor, los proveedores y productores deben asumir responsabilidad de todo daño que se cause a los consumidores como consecuencia de la inadecuada o insuficiente información o publicidad engañosa (objetiva); no debe desconocerse que ésta indemnización o reparación no opera cuando estamos en presencia de un consumidor medio, como acontece con el demandante, quien se encontraba informado de las características y precios de ésta clase de vehículos automotores, como lo confiesa en la demanda, de suerte que,

²² Villalba Cuéllar, Juan Carlos. Derecho del Consumo. Problemáticas Actuales, editorial Ibáñez, Bogotá, 2013, en el capítulo denominado “La publicidad engañosa en el Derecho del Consumo. Examen normativo a propósito de la reforma al Estatuto de Protección al Consumidor colombiano”, página 154

²³ Kovacs, Jorge Jaeckel. Boletín Latinoamericano de competencia. No. 20.2005. p. 60., consultado en http://ec.europa.eu/competition/publication/bic/boletín_20_1_es.pdf

²⁴ Véase: GONZÁLEZ VAQUÉ, obra citada en la nota 39, p.9.

su conducta fue siempre razonada y prudente, y no podía ser inducido a engaño o en el error alegado, máxime que fue un hecho previamente conocido, lo que imponía el fracaso de sus súplicas.

Puestas así las cosas, al no encontrar los argumentos de la recurrente respaldo en esta Corporación, se impone la confirmación del fallo apelado.