

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

Magistrada Ponente

**MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA**

Bogotá D.C., catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020)

**ASUNTO: PROCESO VERBAL<sup>1</sup> PROMOVIDO POR LA SEÑORA  
FLOR CECILIA RIAÑO SILVA Y OTROS CONTRA LA SOCIEDAD  
ETERNIT COLOMBIANA S.A.**

**EXP. 003 2015 00818 01**

*Sentencia escrita de conformidad con lo autorizado por el artículo 14 del Decreto 806 de 2020*

Asumida por la ponente el conocimiento del asunto, en virtud de la pérdida de competencia de que trata el artículo 121 del Código general del Proceso de la anterior Magistrada Sustanciadora, decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia que profirió el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá el 31 de mayo de 2019.

**I. ANTECEDENTES**

1. La señora Flor Cecilia Riaño Silva, en nombre propio y en representación de sus hijos Daniel Santiago y Laura Natalia Mayorga Riaño, instauró demanda en contra de la sociedad Eternit Colombiana S.A., para que:

Se declare la responsabilidad civil extracontractual de la demandada, por todos y cada uno de los daños materiales e

---

<sup>1</sup> Responsabilidad civil extracontractual

inmateriales causados al señor Luis Alfonso Mayorga Hernández, Flor Cecilia Riaño Silva y a los menores Daniel Santiago y Laura Natalia Mayorga Riaño, como consecuencia del padecimiento de la enfermedad mesotelioma epitelioide pleural que le ocasionó su muerte, causada por la exposición doméstica-paraocupacional por inhalación del asbesto o amianto, impregnado en los uniformes u overoles de trabajo y en los costales que llevaba al hogar su padre, Rafael Alfonso Mayorga Donoso, para lavado y planchado, cuando fue empleado operario de Eternit Colombiana S.A., entre el 2 de junio de 1971 y el 1 de diciembre de 1980.

Como consecuencia de lo anterior, condenar a la demandada, a pagar:

**i) Por daños materiales:** \$1.317'566.892, así

**Daño emergente:** \$10'562.100, para la señora Flor Cecilia.

**Lucro cesante:** \$961'461.390, para Flor Cecilia; \$135'187.299, para Daniel Santiago; y \$210'356.100, para Laura Natalia

**ii) Por daños inmateriales:** \$ 360.000.000, o lo que resultare probado, así:

**Daño Moral:** Para Flor Cecilia y sus hijos Daniel Santiago y Laura Natalia, en proporción a sus derechos sucesorales como cónyuge e hijos respectivamente, como mínimo, \$40'000.000, para cada uno, o lo que se llegare a probar dentro del proceso, por el padecimiento sufrido por el señor Luis Alfonso Mayorga Hernández, como consecuencia de su enfermedad.

Asimismo, para cada uno de los hijos \$40'000.000 o lo que se llegare a probar, en virtud de la relación afectiva paterno-filial y como víctima directa del daño moral ocasionado por la enfermedad y muerte de su padre; y para Flor Cecilia \$40'000.000, o lo que se demuestre en el proceso, derivada de la relación afectiva conyugal y

---

<sup>2</sup> Actualizados a la fecha de presentación de la demanda, en ejercicio de su acción personal como víctimas directas del daño generado con el deceso de su esposo y progenitor.

como víctima directa del daño moral ocasionado por la enfermedad y muerte de su esposo.

**Daño a la vida en relación:** para Flor Cecilia, Daniel Santiago y Laura Natalia, en proporción a sus derechos sucesorales como cónyuge e hijos respectivamente \$90'000.000, o lo que se demuestre en la actuación, por concepto de indemnización del daño a la vida en relación sufrido por su esposo y padre como consecuencia del padecimiento de la enfermedad que le ocasionó su muerte.

De igual forma, para cada uno de los hijos, Daniel Santiago y Laura Natalia \$90'000.000, o lo que se demuestre en el decurso procesal; y para Flor Cecilia Riaño Silva, \$90'000.000, o lo probado, en virtud de la relación afectiva paterno-filial, y conyugal, respectivamente, como víctimas directas del daño moral ocasionado por la enfermedad y muerte de su padre y esposo.

Se ordene a la demandada, pagar las anteriores sumas junto con la corrección y actualización monetaria a que haya lugar al momento de realizarse el pago junto con los intereses legales.

Además, en virtud del principio de reparación integral y como medida de satisfacción plena en favor de las víctimas, ordenar que la demandada, reconozca públicamente que el señor Luis Alfonso Mayorga Hernández sufrió y padeció la enfermedad mesotelioma epitelioide pleural, y que incluso falleció por dicha enfermedad causada por el asbesto o amianto, solicitando perdón a las víctimas, la señora Flor Cecilia Riaño Silva y a los menores Daniel Santiago y Laura Natalia Mayorga Riaño.

Se condene a la demandada al pago de costas y agencias en derecho en caso de oposición.

**2.** Como sustento de lo pretendido, adujo, los siguientes:

**Hechos relativos al concepto, características, propiedades explotación y aplicaciones industriales y domesticas a escala mundial del asbesto o amianto.**

2.1. El término asbesto o amianto, se utiliza para designar *"la forma fibrosa de los silicatos minerales pertenecientes a los grupos de rocas metamórficas de las serpentinas, es decir, el crisotilo (asbesto blanco), y de las anfíbolitas, es decir, la actinolita, la amosita (asbesto pardo, cummingtonita-grunerita), la antofilita, la crocidolita (asbesto azul), la tremolita o cualquier mezcla que contenga uno o varios de estos minerales"*.

2.2. El amianto o asbesto se clasifica, según su estructura molecular y química, en un primer grupo denominado serpentinas fibrosas, al cual pertenece únicamente el crisotilo o asbesto blanco, y un segundo grupo denominado árboles fibrosos o anfíbolitas, al cual pertenecen las demás clases de asbesto, es decir la amosita, tremolita, antofilita, actinolita y crocidolita.

2.3. El amianto o asbesto es un mineral fibroso natural de silicatos hidratados; los anfíboles contienen silicato de hierro (peroxidante) y el crisotilo, silicato de magnesio, con las siguientes fórmulas químicas y detalles microscópicos.

2.4. El asbesto o amianto es un mineral con propiedades únicas en el mundo, *"presentan una densidad relativa de aproximadamente 2,5 y un punto de fusión superior a 1.000°C. Debido a su composición química, son minerales resistentes al calor (se destruyen a temperaturas superiores a 800°C.) (...) Son resistentes a los álcalis (crisotilo) y a los ácidos (sobretudo amosita y crocidolita), por lo que se utilizan estos últimos en la industria como aislantes (...) Las fibras de crisotilo son flexibles (utilizadas en la industria textil); las fibras de los anfíboles son más quebradizas (...) Son incombustibles e insolubles; presentan importante resistencia eléctrica y al desgaste, por lo que se consideran indestructibles (...)"*

2.5. Así, el Asbesto o amianto es un mineral natural inorgánico, que tiene propiedades, sin limitarnos a estas, de termo resistencia, baja conducción de electricidad, flexibilidad, de fricción, abrasivas, aislantes, insonoras, de resistencia a ácidos y álcalis, entre otras, lo cual ha permitido su uso de antaño como materia prima para diversas aplicaciones en la producción de insumos y materiales en las siguientes industrias o ramos comerciales, más conocidos: construcción, automotriz y textil especializada.

2.6. El asbesto o amianto tiene a nivel mundial entre 2000 y más de 3000 aplicaciones domésticas, industriales y militares.

2.7. La extracción y explotación comercial del asbesto o amianto, en términos de costos de producción, es relativamente bajo en relación a otros materiales que pueden tener propiedades específicas similares a las de su composición, sin existir uno similar que sea química y físicamente igual, pues se trata de un mineral que se encuentra en estado natural y su extracción se realiza a través de procesos mineros, que no requieren mecanismos de procesamiento químicos o físicos adicionales, lo cual explica su gran utilización en diversos procesos industriales y producción y fabricación o de artículos y manufacturas usados por toda la sociedad en escala mundial.

2.8. La explotación del asbesto o amianto se afianzó a partir de la revolución industrial a finales del Siglo XIX, y según la Asociación Internacional De La Seguridad Social (AISS) (con datos estadísticos de 2006) su *"producción mundial llegó a su nivel máximo en 1975 con más de 5 millones de toneladas y actualmente asciende a unos dos millones de toneladas por año, compuestas esencialmente (a más del 90%) por crisotilo"*.

2.9. En la actualidad, la explotación comercial de amianto o asbesto se ha reducido a la subclase de serpentinas fibrosas, es decir el amianto blanco o crisotilo, pues *"el empleo del crisotilo como asbestos (o amianto) se basa en su naturaleza fibrosa y flexible, que permite tejerlo en tela para productos aislantes de calor y electricidad. Pero su principal empleo en términos volumétricos en el denominado asbesto-cemento (...), mientras que la explotación de amosita, tremolita, antofilita, actinolita y crocidolita (explotados en menor cantidad), ha sido prohibida por la OIT 1986 y como consecuencia de las regulaciones estrictas sobre su uso y la prohibición total de explotación, producción y comercialización de asbestos"* (Verbigracia, Islandia desde 1983).

2.10. Si bien es cierto que no existe material mineral de composición química y física similar a la del asbesto o amianto y/o que reúna todas las propiedades y facultades técnicas de sus

aplicaciones industriales y domésticas, también es cierto que *"el reemplazo del amianto puede realizarse en todos los casos"*, con tecnologías alternativas que ya se encuentran en el mercado, como sucede con la celulosa, el polivinilo alcohólico o el polietileno.

### **Hechos generales sobre la exposición al asbesto o amianto**

2.11. Hoy en día, existe un consenso global científico y médico sobre los efectos fibrógenos y carcinógenos que tienen todas y cada una de las clases de asbesto o amianto para el hombre, y así lo ha resaltado La Agencia Internacional Para La Investigación Del Cáncer (IARC), señalando y concluyendo que *"hay evidencia suficiente de la carcinogenicidad en humanos de todas las formas de asbestos (crisotilo, crocidolita, amosita, tremolita, actinolita y antofilita) (...) Todas las formas de asbesto (crisotilo, crocidolita, amosita, tremolita, actinolita y antofilita) son cancerígenos para los humanos."*

2.12. La peligrosidad del asbesto o amianto no está relacionada con su composición química sino con su morfología, es decir, en la composición de partículas que lo componen como fibra natural y que le otorgan las características físicas y químicas ya descritas, tratándose entonces de un agente externo y epigenético que inciden en la aparición de enfermedades cancerígenas, preponderantemente a neoplasias pulmonares y pleurales, así como también afecciones cardíacas, gastrointestinales, entre otras.

2.13. El cuerpo humano se expone al asbesto o amianto como consecuencia de la manipulación del material en estado natural en labores de extracción minera, cardado para su empaquetamiento y distribución, transporte, manipulación como materia prima para el procesamiento en productos finales y en la fricción industrial que se haga de este material, inclusive *"en el ambiente próximo a los puntos de extracción de dichas fibras, así como en el interior de viviendas y locales construidos con materiales que contienen asbesto friable"*.

2.14. El contacto del asbesto o amianto con el cuerpo humano se produce cuando sus fibras se *"disocian muy fácilmente y generan un polvo muy fino invisible a simple vista que puede ser inhalado y penetrar profundamente en las vías respiratorias"* como consecuencia de su manipulación y/o fricción, llegando a alcanzar un pequeño

tamaño ("las fibras más peligrosas son las fibras largas (más de 5  $\mu\text{m}$ ) y finas (menos de 3  $\mu\text{m}$ ), cuya relación largo/diámetro es superior a 3/1"), con una gran capacidad de penetración (alojándose en los pulmones, vías respiratorias, pleura, peritoneo, pericardio, estómago, faringe, laringe, entre otros tejidos corporales), siendo imposible su eliminación por el cuerpo humano debido a su biopersistencia y resistencia a los mecanismos de excreción corporal, como consecuencia de sus propiedades químicas y físicas.

2.15. Por sus características y propiedades químicas y físicas, las fibras de asbesto se consideran biopersistentes es decir permanecen mucho tiempo en el tejido pulmonar (...), pleural, peritoneal, pericárdico, gastrointestinal, etc., con el riesgo de patogenicidad que ello conlleva: debido a la carencia de mecanismos internos idóneos suficientes para su destrucción y expulsión del cuerpo humano.

2.16. La exposición al asbesto o amianto puede ser ocupacional: cuando el trabajador manipula directamente el mineral con ocasión de sus funciones principales; paraocupacional cuando se trata de trabajadores no relacionados directamente con la manipulación del mineral así como de los familiares (también conocida como doméstica) de los trabajadores directa o indirectamente expuestos al o asbesto; y por último, ambiental o geográfico para la población que se encuentra en cercanías de las minas y fábricas donde se extrae y manipula el asbesto y/o en los o lugares donde se realiza el depósito de los desechos del material, teniendo en cuenta que, por sus condiciones físicas y químicas, puede ser transportado por aire y fuentes hídricas, entre otras.

2.17. La peligrosidad del asbesto o amianto ha sido reportada en la industria desde finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, donde ya se conocían casos de trabajadores que fallecieron como consecuencia de la exposición ocupacional al asbesto o amianto. A comienzos del siglo XX se observó que los niveles elevados de las coexposiciones laborales a amianto podían provocar fibrosis pulmonares, en la década de los años 1960 se evidenció su relación con el desarrollo de cáncer broncopulmonar y mesoteliomas pleurales y peritoneales, pero no fue hasta entrados los años 1980 cuando en algunos países se comenzó a prohibir su uso industrial.

2.18. A pesar que la mayoría de los estudios epidemiológicos y patológicos sobre la exposición al asbesto o amianto, se han realizado de manera preponderante en la población trabajadora directamente asociada a la industria minera y manufacturera del citado mineral, también existe respaldo científico demostrativo de la afectación por exposición indirecta al grupo familiar de estos trabajadores, a trabajadores de las mismas empresas que ejecutan labores administrativas o de oficina y a las poblaciones aledañas a los lugares donde se realizan las labores de extracción, manipulación y transporte.

2.19. Hasta 2006, la preocupación mundial por los efectos nocivos del amianto o asbesto, han resultado en la prohibición nacional de su uso en Alemania, Arabia Saudita, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Croacia, Chile, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Gabón, Grecia, Honduras, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Japón, Kuwait, Letonia, Lituania, o Luxemburgo, Malta, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República D´Checa, Seychelles, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Uruguay, entre otros.

### **Hechos sobre las enfermedades producidas por la exposición al asbesto o amianto**

2.20. La exposición al asbesto o amianto (crisotilo, crocidolita, amosita, tremolita, actinolita y antofilita) se relaciona causalmente y de manera exclusiva con la aparición de alteraciones o patologías (la mayoría de origen respiratorio), algunas no cancerígenas como las manifestaciones o lesiones pleurales benignas (placas o pleurales, derrame pleural benigno, engrosamiento pleural difuso, atelectasias, redondas, entre otras) y la típica enfermedad por exposición denominada fibrosis o pulmonar o asbestosis (de la cual se reportan casos a partir de 1899), y de patologías cancerígenas como sucede con las enfermedades neoplásicas por inhalación de asbesto (Mesotelioma maligno pleural, epitelial y pericárdico, y Cáncer de Pulmón).



2.21. También existe relación causal del asbesto o amianto como ingrediente patógeno para otras neoplasias gastrointestinales, recubrimiento de pericardio y peritoneo, de laringe, de ovarios y de túnica vaginal, cáncer de mama, entre otras.

2.22. El mesotelioma maligno *"es una neoplasia producida por fibras de asbesto en el mesotelio de la cavidad pleural, peritoneal, pericárdica y de la albugínea del testículo. El más frecuente es el mesotelioma pleural, que se presenta inicialmente como pequeños nódulos de color grisáceo en la superficie de la pleura parietal o visceral; al progresar engrasa y forma una verdadera coraza al pulmón. Puede extenderse al pericardio, al diafragma, a los nodos mediastinales y a la pared torácica llegando a invadir los tejidos blandos de tórax"*.

2.23. La neoplasia maligna por exposición al asbesto varía histológicamente, pues *"un 50% de los casos corresponde a tumores epiteliales, el 30% son mesenquimales o mixtos y el resto pertenecen a la variedad sarcomatosa"*, todo lo anterior debido a la estructura de la célula, verificada en el análisis patológico, una vez ha iniciado su fase oncológica o cancerígena.

2.24. Se ha establecido como principal causa del mesotelioma, en cualquiera de sus clases, a la exposición mínima o prolongada que se haya tenido al asbesto o amianto, descartándose que esta aparezca por causas distintas como sucede, por ejemplo, con el hábito de fumar.

2.25. El mesotelioma tiene un periodo de latencia, es decir el tiempo que necesita la enfermedad para evolucionar y manifestarse, que corresponde entre 20 a 40 años aproximadamente después de la primera exposición al asbesto o amianto.

2.26. En específico, el mesotelioma pleural (afectación más frecuente) *"puede ser provocado por exposiciones a muy bajas dosis y de corta duración"* del asbesto o amianto, con fundamento en cuatro patogenias que explican la incidencia directa de estas fibras en su aparición:

- *"Por irritación pleural. Se ha demostrado que la longitud y el grosor de las fibras de asbesto permiten llegar hasta el alveolo pulmonar, penetrar e irritar, la pleura repetidamente, y producir inflamación. Este proceso puede llegar a formar placas, engrosamiento, derrames y finalmente mesotelioma (...)*
- *Interfiriendo con la mitosis. Las fibras de asbesto son capaces de interferir con el proceso de mitosis, con lo que llegan a producir aneuploidia y otras formas de 5 daño cromosómico que caracteriza al mesotelioma (...)*
- *El asbesto induce en las células un daño mediado por reacciones oxidativas relacionadas con el hierro, que inducen daño en el ácido desoxirribonucleico (DNA) y rupturas de su cadena (...)*
- *La fosforilación de las citoquinas que actúan sobre los factores de crecimiento inducen la multiplicación de las células mesoteliales"*

2.27. El cuadro clínico que se presenta por la aparición del mesotelioma pleural es idéntico en la mayoría de los casos. Por tratarse de un tumor que provoca una compresión progresiva del pulmón, *"los síntomas en el mesotelioma de pleura son principalmente dolor torácico no pleurítico (60-70%), disnea (25%) y tos (20%). También se presentan el derrame pleural los síntomas de deterioro clínico como la pérdida de peso y el malestar general.*

*Algunos pacientes presentan la enfermedad de forma bilateral. Naturalmente las consecuencias de la enfermedad son graves. Los pacientes presentan un deterioro progresivo en su estado de salud, con el compromiso tumoral en el tórax que invade y limita progresivamente la función respiratoria.*

*Se produce la dificultad respiratoria progresiva a medida que el tumor avanza produciendo un recubrimiento fibroso tumoral que atrapa el pulmón y que puede extenderse a otras estructuras del tórax resultando en disfagia, ronquera, compresión de las cuerdas, compromiso del piejo braquial, síndrome de vena cava superior y la posibilidad de producir metástasis a distancia en hígado, huesos, cerebro y glándulas suprarrenales, tiroides y riñón llegando a ser una enfermedad terminal."*

2.28. En general, después del diagnóstico histológico que acredita la aparición de la enfermedad, *"La mortalidad de la*

*enfermedad es alta con una sobrevida que puede oscilar entre los 6 a 18 meses en promedio a pesar de intervenciones terapéuticas consistentes en cirugía, la quimioterapia y la radioterapia adicional al tratamiento paliativo de los pacientes", y de estos, "la radioterapia tendría una indicación paliativa para controlar el dolor, disminuir las masas palpables y como profdaxis de metástasis secundarias a procedimientos diagnósticos. Las recomendaciones para la cirugía radical se limitarían a los tipos epiteliales, restringida a o centros con experiencia en extrapleuroneumectomías, y asociada a quimioterapia. No se cuenta con ensayos aleatorizados que permitan valorar el aumento de supervivencia relacionado con la quimioterapia".*

2.29. No existe en la actualidad tratamiento médico oncológico para la detención y entorpecimiento del avance de la neoplasia, así como tampoco o tratamiento o cura efectiva para el mesotelioma, siendo más que confirmada la mortalidad del mineral, en especial dentro del tiempo de sobrevida posterior a su en diagnóstico.

### **Hechos relativos a la explotación, uso, producción y comercialización del asbesto por parte de Eternit Colombiana S.A.**

2.30. En Colombia la explotación industrial del asbesto o amianto inició a partir de 1942, por lo menos con lo que respecta a la industria del fibrocemento en materiales de construcción.

2.31. Hasta finales de 1984, la producción y explotación inicial de asbesto o amianto en Colombia estaba relacionada con la crocidolita (considerado el asbesto más peligroso y como causa directa de las enfermedades pulmonares ya descritas) y el crisotilo, siendo subsistente o la producción de este último tipo de amianto desde 1985 hasta el día de hoy, aclarándose que la mayoría del crisotilo destinado a la producción en Colombia proviene en su mayoría de Canadá.

3.32. Eternit Colombiana S.A., es una sociedad comercial legalmente constituida bajo la organización societaria de sociedad anónima, mediante Escritura Pública No. 1820 del 21 de mayo de 1942 otorgada en la Notaría 4 de Bogotá D.C, con domicilio principal

en la ciudad de Bogotá D.C. y perteneciente al Holding Empresarial denominado Elementia S.A., con domicilio fuera del país.

3.33. Eternit Colombiana S.A. construyó su fábrica de materiales de fibrocemento, en el municipio de Sibaté (Cundinamarca), la cual opera desde el 21 de mayo de 1942 hasta la actualidad en las cercanías del embalse del Muña y proximidad del barrio Pablo Neruda de ese municipio.

3.34. Desde 1942, Eternit Colombiana S.A., desarrolla como actividad económica la correspondiente a "*Explotar industrial y comercialmente el negocio de materiales para la construcción y productos relacionados en el ramo de la construcción y similares*", siendo su objeto y o ramo principal en el giro ordinario de sus negocios.

3.35. Desde el inicio de sus operaciones y para desarrollar su objeto social, Eternit Colombiana S.A. utiliza como materia prima, en la producción de los bienes que comercializa, el Asbesto o amianto, como sucede, entre otros productos, con las tejas, tuberías y recubrimientos exteriores o de edificaciones y hogares.

3.36. Eternit Colombiana S.A. siempre ha vinculado laboralmente a habitantes de Sibaté y Soacha (Cundinamarca), principalmente en las labores primarias de fabricación, es decir en la manipulación directa de las materias primas, como sucede con el asbesto o amianto.

**Hechos relativos a la exposición al asbesto o amianto del señor Luis Alfonso Hernández Mayorga (q.e.p.d)**

3.37. Rafael Alfonso Mayorga Donoso y Ana Isabel Hernández contrajeron matrimonio católico el 31 de diciembre 1966 en la Parroquia del Voto Nacional de Bogotá, acto registrado en la Notaria 5ª de Bogotá.

3.38. Fruto de esa unión matrimonial, el 11 de julio de 1968, nació Luis Alfonso Mayorga Hernández en Soacha (Cundinamarca),

hecho inscrito en la Registraduría Nacional del Estado Civil de Granada (Cundinamarca), el 13 de julio 1968.

3.39. El 2 de junio de 1971, el señor Rafael Alfonso Mayorga Donoso ingresó a trabajar en Eternit Colombiana S.A. como operario, encargado de transportar, vaciar y manipular directamente el amianto o asbesto en la zona de mezclado previo a la fabricación de los productos y bienes.

3.40. El lugar de trabajo del señor Rafael Alfonso Mayorga Donoso era la fábrica de Eternit Colombiana S.A. que todavía se encuentra ubicada en el municipio de Soacha (Cundinamarca), en la actual dirección Autopista Sur Km. 1 Vía Silvania.

3.41. El 21 de junio de 1976, en virtud de la relación laboral existente entre el señor Rafael Alfonso Mayorga Donoso y Eternit Colombiana S.A., se constituyó hipoteca abierta en primer grado a favor de ésta sobre el predio con matrícula 50S-213204, propiedad de aquel, como accesorio del contrato de mutuo también celebrado entre ellos, por las facilidades para adquisición de vivienda ofrecidas en aquel tiempo por el empleador.

3.42. Con ocasión del vínculo laboral, el señor Rafael Alfonso Mayorga Donoso afilió a su hijo Luis Alfonso Mayorga Hernández al servicio médico familiares de Eternit Colombiana S.A, como consta en los carnés de afiliación, prestación a la que tenía derecho por ser trabajador de la compañía.

3.43. El señor Rafael Alfonso Mayorga Donoso como operario de Eternit Colombiana S.A. debía cumplir, entre otras, con las siguientes funciones:

- Transportar lonas de asbesto o amianto desde el lugar de almacenamiento hasta la mezcladora.
- Abrir cada una de las lonas de Asbesto y vaciar su contenido dentro de las mezcladoras del producto.
- Una vez vaciada la totalidad del contenido de las lonas, percutir, batanear o sacudir cada una de las lonas para su posterior guardado y almacenaje.

3.44. La exposición del señor Rafael Alfonso Mayorga Donoso, puede estar relacionada con la exposición laboral, en la fábrica de su empleadora Eternit Colombiana S.A., a dos clases de asbesto o amianto, la crocidolita o el crisotilo, ambos utilizados en la industria de la construcción y materiales de fibrocemento para construcción de tejas, tubos, canaletas, tanques, etc., especialmente el crisotilo, que es en la actualidad, la única clase de asbesto o amianto usado después de la prohibición de la crocidolita en 1986, por parte de la OIT en los términos del Convenio 162 Sobre Utilización Del Asbesto En Condiciones De Seguridad.

3.45. El señor Rafael Alfonso Mayorga Donoso trabajando como operario contaba únicamente con elementos de protección básicos entregados como dotación por parte de su empleador Eternit Colombiana S.A., tales como overoles, guantes, botas de caucho y mascarillas, que no cumplían con la finalidad de evitar la inhalación y la exposición directa con las fibras de asbesto hacia sus pulmones.

3.46. El señor Rafael Alfonso Mayorga Donoso, llevaba a su hogar, para el lavado y planchado por parte de la señora Ana Isabel Hernández, todos y cada uno de los overoles de dotación que utilizaba para la manipulación del asbesto dentro de la fábrica de Eternit Colombiana S.A., los cuales acumulaban gran cantidad de partículas de asbesto producto del cumplimiento de sus labores; inclusive los overoles eran transportados desde la fábrica hacia su hogar, para su lavado y planchado en los mismos costales o lonas utilizadas para el almacenaje del asbesto en la fábrica.

3.47. Una vez en casa, usualmente Luis Alfonso Mayorga Hernández y sus demás hermanos, todos hijos del señor Rafael Alfonso Mayorga Donoso, ayudaban en las labores de lavado a su madre la señora Ana Isabel Hernández, o jugaban y se divertían con los overoles y los costales o lonas con residuos de asbesto o amianto, los cuales al ser manipulados y sacudidos por ellos, producían el esparcimiento de las partículas en el interior de la vivienda, exponiéndose de manera directa a la inhalación periódica del mencionado mineral.

3.48. El 28 de noviembre de 1980, mediante comunicación No. D.P. 473, Manuel José Loboguerrero, Jefe De Producción Tubos de la empresa Eternit Colombiana S.A., le manifiesta a Rafael Alfonso Mayorga Donoso la decisión de cancelarle su contrato de trabajo a partir del 1 de diciembre de 1980.

3.49. Rafael Alfonso Mayorga Donoso laboró para Eternit Colombiana S.A., desde el 2 de junio de 1971 hasta el 30 de noviembre de 1980, por un espacio de 9 años y 5 meses, exponiéndose directamente junto con su familia al contacto e inhalación de las fibras de asbesto, material utilizado dentro de la fábrica para los procesos de producción de los bienes comercializados por su empleador.

3.50. Rafael Alfonso Mayorga Donoso desde 1995 empezó a presentar aflicciones pulmonares previas catalogadas como síntomas asociados con la enfermedad Asbestosis, definida por sus médicos tratantes como *"asbestosis fibrosis intersticial por asbesto-neumonía basal"*.

3.51. A pesar de los constantes tratamientos realizados para la asbestosis inicialmente detectada, en 1996, al señor Rafael Alfonso Mayorga Donoso, le es diagnosticado Mesotelioma Pleural, como consecuencia de la elevada exposición al asbesto durante sus años de trabajo en la fábrica de Eternit Colombiana S.A.

**Hechos de los daños ocasionados a Luis Alfonso Mayorga Hernández (q.e.p.d), su esposa Flor Cecilia Riaño y sus hijos Daniel Santiago Mayorga Riaño y Laura Natalia Mayorga Riaño.**

3.52. El 10 de febrero de 1996, Luis Alfonso Mayorga Hernández y Flor Cecilia Riaño Silva contrajeron matrimonio católico en Bogotá, en la Parroquia Nuestra Señora de Chiquinquirá, acto registrado en la Notaría 40 de Bogotá D.C, bajo el Indicativo Serial No. 1722704.

3.53. El 15 de mayo de 1997, Luis Alfonso Mayorga Hernández, obtuvo su título de Ingeniero de Sistemas de la Universidad Católica de Colombia.

3.54. Fruto de la unión matrimonial del señor Luis Alfonso Mayorga Hernández y la señora Flor Cecilia Riaño Silva, el 13 de abril de 1998, nace Daniel Santiago Mayorga Riaño en Bogotá, hecho registrado en la Notaría 57 de Bogotá D.C, el 25 de abril de 1998, bajo el indicativo Serial No. 27411696.

3.55. Teniendo en cuenta la evolución de la enfermedad cancerígena (Mesotelioma Pleural) y su metástasis (Compromiso del peritoneo), apreciable en los distintos informes médicos y de tratamientos, el señor Rafael Alfonso Mayorga Donoso fallece el 16 de junio de 2000 en Bogotá, hecho registrado en la Registraduría Auxiliar de Santa Fe Localidad 03 de Bogotá D.C, bajo el Indicativo Serial No. 3299311.

3.56. El 26 de octubre de 2001, nace la segunda y última hija del matrimonio del señor Luis Alfonso Mayorga Hernández y la señora Flor Cecilia Riaño Silva, Laura Natalia Mayorga Riaño en Bogotá D.C, hecho registrado el 15 de noviembre de 2001 en la Notaría 57 de Bogotá D.C, bajo el Indicativo Serial No. 33893224.

3.57. Desde 1987, el señor Luis Alfonso Mayorga Hernández desempeñó labores como trabajador y contratista prestador de servicios de los siguientes empleadores y contratantes privados y oficiales: Santana Saavita José S., Contraloría General de Cundinamarca; Sitelsa Sistemas y Telecomunicaciones; Atos Origin Sociedad Anónima Español, Bitácora Limitada, Colombiana de Temporales S.A., Banco Sudameris Colombia, Universidad Católica de Colombia, Servicios y Mano de Obra Suplementaria, Serviactiva Precoperativa de Trabajo, Heon Health Online, A Toda Hora S.A., Financiera Americana S.A., Fondo Nacional de Garantías S.A., entre otras.

3.58. A partir del 13 de enero de 2004 se registran los primeros síntomas relacionados con la enfermedad cancerígena que causa la muerte del señor Luis Alfonso Mayorga Hernández, como se pueden evidenciar en los registros de la historia clínica.

3.59. El 2 de enero de 2009, Luis Alfonso Mayorga Hernández ingresa a laborar como empleado de Grupo Gestor de Proyectos de



T.I. S.A.S. hasta el 27 de agosto de 2013, mediante contrato de trabajo a término indefinido para desempeñar el cargo de Consultor Senior I, teniendo como último salario mensual la suma de \$3'936.660

3.60. Luis Alfonso Mayorga Hernández, además de su salario devengaba la prima legal de servicios y una bonificación extralegal denominada "*bono anual de permanencia y cumplimiento de objetivos*", equivalente a un salario igual al devengado al momento de ser realizado el pago del bono, es decir una vez al año.

3.61. El 6 de junio de 2010, Luis Alfonso Mayorga Hernández acude a urgencias de la Clínica Universitaria Colombia con motivo de consulta "*dolor en el tórax' con 'dolor en región posterior de hemitórax (sic) derecho, que aumenta con los movimientos inspiratorios (...) dolor de intensidad severa que se asocia a disnea en reposo (...)' y diagnosticado con 'dorsalgia, no específica*".

3.62. El 21 de septiembre de 2010, Luis Alfonso Mayorga Hernández acude a urgencias de la Clínica Universitaria Colombia con motivo de consulta "*Me Da Agrieras*" con "*Cuadro De Episodios De Disnea Y Dispepsia Que Lo Despierta Acompañado De Sensación De Ahogo Acompañado De Dolor Torácico Opresivo (...) Opresivo En Reja Costal Acompañado De Disnea (...)*" y diagnosticado con "*Gastritis, No Especificada, Dolor En El Pecho, No Especificado*".

3.63. Padeciendo de estos constantes dolores en la cavidad pulmonar, Luis Alfonso Mayorga Hernández acude nuevamente al servicio de urgencias de la Clínica Universitaria Colombia el 2 de abril de 2011 presentando aflicciones respiratorias con "*Recurrente Dolor Torácico Derecho. Al Parecer El Cuadro Inició Hace 4 Meses Con Dolor Constante (...) El Dolor Volvió A Intensificarse Irradiado A Hombro o Derecho, Desde Hace 2 Días Ha Sido Marcadamente Limitante (...)*" y es diagnosticado, después de varios exámenes médicos que arrojan la misma conclusión médica, con "*Proceso Neumónico Basal Derecho. Derrame Pleural Derecho*".

3.64. El 2 de abril de 2011, se decide por parte de la medicina de urgencias de la Clínica Universitaria Colombia la inmediata hospitalización del señor Luis Alfonso Mayorga Hernández, y así

mismo es remitido, el 3 de abril de 2011, hacia la Clínica Reina Sofía para continuar con el manejo hospitalario por medicina interna.

3.65. Debido a su estado clínico, el 5 de abril de 2011, el señor Luis Alfonso Mayorga Hernández es intervenido quirúrgicamente realizándose "*Decorticación y Pleurectomía+Lobectomía Segmenta (Sic) (Resección De Cuña) De Nódulo Pulmonar Lóbulo Inferior Derecho Por Toracosopia*" para la extracción de líquidos acumulados dentro del pulmón junto con la toma de muestras de la pleura parietal y el nódulo pulmonar, todos para patología, que terminó siendo inconclusa sin presencia de malignidad o rastro cancerígeno.

3.66. El 25 de abril de 2011, el señor Luis Alfonso Mayorga Hernández, es intervenido quirúrgicamente por segunda vez para decorticación pulmonar derecha toracosopia exploratoria, a tan solo 20 días de la primera cirugía, debido al progresivo empeoramiento de su estado de salud, probablemente como consecuencia del avance de la enfermedad cancerígena de la pleura.

3.67. El estudio anatomopatológico por biopsia de la pleura del 27 de abril de 2011, es inconcluso en la relación al derrame pleural causado por la actividad cancerígena progresiva. Tampoco se pudo evidenciar la aparición de la enfermedad mediante radiografías de tórax ni tomografías axiales computarizadas de tórax (TAC de Tórax), inclusive en exámenes médicos y patológicos posteriores tomados hasta antes del 21 de agosto de 2012.

3.68. El 28 de julio de 2012, se evidenció clínica y biológicamente que el padecimiento del señor Luis Alfonso Mayorga Hernández, no era de origen autoinmune.

3.69. Después de someterse a varios exámenes médicos, con diagnósticos inconclusos y tratamientos médicos, el 21 de agosto de 2012, mediante el nuevo examen patológico de la pleura por biopsia o simple de la pleura, el señor Luis Alfonso Mayorga Hernández es diagnosticado clínicamente así: "*Pleura Derecha- Biopsia: Positiva Para Malignidad, Compatible Con Mesotelioma Epiteliode*" con diagnóstico final de Mesotelioma Epiteliode.

3.70. El 27 de agosto de 2012, el examen de tomografía por emisión de positrones (PET - CT), se confirma el diagnóstico de mesotelioma epitelioide del señor Luis Alfonso Mayorga Hernández.

3.71. El señor Luis Alfonso Mayorga empezó a recibir radioterapia y quimioterapia a partir del 31 de agosto de 2012, como tratamiento para combatir el mesotelioma epitelioide diagnosticado.

3.72. El señor Luis Alfonso Mayorga Hernández, también recibió tratamientos alternativos de orden paliativo, que le permitieron reducir los dolores y molestias generalizadas, mientras recibía los tratamientos oncológicos y médicos de medicina tradicional.

3.73. Como consecuencia de la enfermedad, incluso desde la manifestación de los primeros síntomas en 2010, y los tratamientos de quimioterapia y radioterapia, el señor Luis Alfonso Mayorga Hernández es incapacitado por el médico tratante en los meses de agosto a diciembre de 2012, y los meses de enero hasta agosto de 2013, privándolo del ejercicio de sus actividades labores y cotidianas diarias.

3.74. El señor Luis Alfonso Mayorga Hernández sufrió los incontrolables dolores y padecimientos propios de la enfermedad cancerígena, mesotelioma en su variante epitelioide, que se incrementaron progresivamente, desde sus primeros síntomas, bajo medicación paliativa continua (antes de su fallecimiento, con tratamiento de morfina) y en camilla, sin tener la capacidad física de realizar ninguna actividad de las que normalmente realizaba y estaba acostumbrado a realizar.

3.75. El 13 de abril de 2013, se suspenden los ciclos de quimioterapia debido al deterioro y mal estado de salud física que presentaba el señor Luis Alfonso Mayorga Hernández.

376. El señor Luis Alfonso Mayorga Hernández permaneció hospitalizado en su domicilio bajo el programa de hospitalización domiciliaria con vigilancia médica permanente de Colsanitas, a partir del 20 de febrero de 2013 hasta el 4 de agosto de 2013.

3.77. El 5 de agosto de 2013, el señor Luis Alfonso Mayorga Hernández, es ingresado de urgencia a la clínica Reina Sofía y hospitalizado para la práctica de una cordotomía, como consecuencia de la valoración multidisciplinaria realizada por tratamiento paliativo, oncología, clínica del dolor y neurocirugía, teniendo en cuenta el manifiesto cuadro de dolor presentado por el paciente y como última medida para paliar su sufrimiento.

3.78. El 11 de agosto 2013, el señor Luis Alfonso Mayorga Hernández, ingresa por remisión a la Clínica Nueva para la práctica de la cordotomía, que finalmente no fue practicada por presentar aflicciones de salud, corroboradas mediante exámenes de rigor, que podrían poner en riesgo la vida del paciente.

3.79. Además, desde los primeros síntomas de la enfermedad hasta su muerte, el señor Luis Alfonso Mayorga Hernández sufrió afectaciones a su salud mental y sentimental por la zozobra, congoja, aflicción y pesadumbre ocasionadas por la enfermedad y su posible desenlace mortal, que en efecto ocurrió. Así mismo, mientras el mesotelioma epitelioide avanzaba y se generaba el detrimento físico y mental, le era más difícil al señor Luis Alfonso Mayorga Hernández, compartir y relacionarse verbal y afectivamente con su esposa, sus hijos, su madre y hermanas, respectivamente, mediante abrazos, caricias y palabras propias de las relaciones familiares, como consecuencia de sus permanentes disneas (que requerían suministro permanente de oxígeno).

3.80. A pesar de intentarse la recuperación mediante tratamientos médicos conocidos para el estado actual de la ciencia, destinados a la erradicación del cáncer, así como innumerables tratamientos paliativos realizados desde el diagnóstico de la enfermedad, después de permanecer hospitalizado por 16 días en la Clínica Nueva, el Señor Luis Alfonso Mayorga Hernández fallece el 27 de agosto de 2013, hecho registrado en la Notaria 21 de Bogotá D.C, el 28 de agosto de 2013, bajo el Indicativo Serial No. 08576111.

3.81. La muerte del señor Luis Alfonso Mayorga Hernández fue consecuencia de la insuficiencia respiratoria y dolor crónico o intratable ocasionadas por el mesotelioma epitelioide

diagnosticado desde el 21 de agosto de 2012 enfermedad producida por la inhalación de asbesto o amianto en su niñez.

3.82. El señor Luis Alfonso Mayorga Hernández nunca estuvo expuesto a inhalación de ninguna clase de asbesto o amianto por el ejercicio ocupacional laboral de su profesión de Ingeniero de Sistemas. Tampoco sufrió exposición ambiental al asbesto o amianto, pues mientras su padre Rafael Alfonso Mayorga Donoso Laboraba Para Eternit Colombiana S.A., él, sus hermanos y su madre vivían en el municipio de Soacha (Cundinamarca), apartados de la fábrica de Eternit Colombiana S.A. en el embalse del Muña, en cercanías del municipio de Sibaté (Cundinamarca).

3.83. La única, exclusiva y determinante exposición a la inhalación de asbesto o amianto del señor Luis Alfonso Mayorga Hernández, se remonta a su etapa de niñez, con los overoles y costales o lonas que llevaba a casa su padre el señor Rafael Alfonso Mayorga Donoso, cuando era operario de Eternit Colombiana S.A.

3.84. La señora Flor Cecilia Riaño Silva asumió y sufragó los gastos funerarios, religiosos y de entierro a la muerte de su esposo.

3.85. El señor Luis Alfonso Mayorga Hernández disfrutaba de una vida saludable producto de sus adecuados hábitos de cuidado personal, no consumía ninguna clase de bebidas alcohólicas, ni tabaco, ni sustancias psicoactivas, practicando regularmente actividades deportivas y recreativas con sus hijos y su esposa.

3.86. El señor Luis Alfonso Mayorga Hernández, se encargaba de satisfacer y suministrar todas las necesidades económicas de sus hijos Daniel Santiago y Laura Natalia, así como de la señora Flor Cecilia Riaño Silva, quienes se acostumbraron a un estilo de vida bueno y estable de una familia tradicional pues dependían exclusivamente del ingreso salarial de su padre y esposo respectivamente, hasta el día de su fallecimiento.

3.87. El señor Luis Alfonso Mayorga Hernández, además de suministrar las necesidades económicas de su esposa e hijos, también compartía con ellos el amor, cuidado, protección, dirección

del hogar y el adecuado cumplimiento de las obligaciones y de los deberes que le correspondían en su condición de padre y esposo al interior de su núcleo familiar.

3.88. La señora Flor Cecilia Riaño Silva no tenía ingresos económicos previos a la muerte del señor Luis Alfonso Mayorga Hernández, se había dedicado exclusivamente a la crianza y labores de hogar para atender a sus menores hijos Daniel Santiago y Laura Natalia.

3.89. La enfermedad y posterior fallecimiento del señor Luis Alfonso Mayorga Hernández significó la alteración de la dinámica familiar y / o personal de la señora Flor Cecilia Riaño Silva junto con la de sus hijos Daniel Santiago y Laura Natalia, pues adecuaron sus actividades cotidianas para acompañar y visitar a su padre y esposo respectivamente, en las instalaciones de las clínicas y centros médicos donde acudía para consultas médicas de control, practica de exámenes y tratamientos (quimioterapias agresivas) o en los lugares donde permaneció hospitalizado para la atención de su enfermedad Mesotelioma Epitelioide.

3.90. La señora Flor Cecilia Riaño Silva y sus menores hijos Daniel Santiago y Laura Natalia, visitan continuamente hasta la actualidad el lugar donde se encuentran los restos de su esposo y padre respectivamente, como duelo permanente por su fallecimiento.

3.91. De la misma manera, a partir de la muerte de su padre Luis Alfonso Mayorga Hernández, el rendimiento académico y el desenvolvimiento personal y social de Daniel Santiago y de Laura Natalia en los diferentes ámbitos personales, familiares y escolares se ha visto comprometido, pues además de sufrir el dolor que ocasiona la pérdida de su padre, han visto modificada notablemente su forma de relacionarse con el entorno que normalmente tendría un ser humano en las mismas circunstancias, de no haber ocurrido la muerte de su padre.

3.92. Así mismo, la señora Flor Cecilia Riaño Silva perdió a su esposo el señor Luis Alfonso Mayorga Hernández, quien era su soporte sentimental y amoroso, pues permanecían fieles y

cumplidores de sus deberes y obligaciones que como esposo y esposa les correspondían mutuamente.

3.93. En la actualidad, la señora Flor Cecilia Riaño Silva dedica parte de su tiempo y de sus esfuerzos personales para dar a conocer la historia de su esposo el señor Luis Alfonso Mayorga Hernández, el sufrimiento que soportó junto con su familia por la agresividad del mesotelioma pleural y su inevitable muerte, así como también difundir ampliamente las consecuencias nocivas del uso y la exposición del asbesto o amianto en Colombia.

4. El 13 de abril de 2016, el Juzgado 3 Civil del Circuito de Bogotá admitió la demanda y mediante auto de 17 de mayo de 2017, la reforma s la demanda, proveído que complementó el 26 de los mismos.

5. Notificada la sociedad demandada<sup>3</sup>, se pronunció sobre los hechos del libelo, así: aceptó como cierto el hecho 40; dijo no ser ciertos los hechos 1-36, 39, 43, 45-46,49; no constarle los hechos 37-38, 41-42, 44,47- 48, 50-93. Asimismo, se opuso a prosperidad de las pretensiones y para ello formuló las siguientes excepciones: **i) Inexistencia de la responsabilidad extracontractual invocada; ii) Ausencia de nexos causal; iii) Inexistencia del derecho pretendido por el actor; iv) Excepción genérica que resulte probada y cuya declaración sea oficiosa.**

6. El 17 de agosto de 2018, se llevó a cabo audiencia de que trata el artículo 372 del Código General del Proceso y, agotadas sus etapas, el juez prorrogó la competencia, conforme al artículo 121 ibídem; el 12 de abril de 2019, se llevó a cabo la audiencia de instrucción y juzgamiento en que se recibieron los testimonios de: Mariluz Carrillo de Álvarez, Jorge Hernán Estrada, Alfonso Martínez, Pedro Jaime Jiménez Herrera, Jacob Cardozo Rodríguez, Luis Eduardo Bigoya Amaya, Ana Isabel Hernández de Mayorga, Nora Marlen Mayorga Hernández, y Ana Victoria Galvis. Además, se decretó la suspensión del proceso por solicitud de las partes y se fijó nueva fecha para su continuación; el 27 de mayo de 2019 se

---

<sup>3</sup> Folios 1053-1059

continuó con la audiencia en la que se escucharon los alegatos de conclusión y se indicó que el fallo sería por escrito.

Finalmente, el 31 de mayo de 2019 se profirió sentencia que resolvió: declarar impróspera la excepción de “*prescripción extintiva*”, y fundados los medios exceptivos relacionados con la “*inexistencia de la responsabilidad extracontractual invocada*” y “*ausencia del nexo causal*”, por ende, negó las pretensiones de la demanda.

## **II. LA SENTENCIA APELADA**

Luego de hacer una síntesis del devenir procesal, la jueza de primera instancia se refirió a los estudios sobre el asbesto y sus nocivas incidencias para la salud humana, aludió a las medidas y disposiciones de la OIT y la OMS, que en el año 2007 establecieron un esquema para elaboración de programas nacionales de eliminación de las enfermedades relacionadas con ese mineral; sin embargo, destacó que la controversia se debía definir examinando si los elementos de la responsabilidad que se reclamó fueron demostrados.

En esa tarea, halló que con el registro civil de defunción se probó el deceso del señor Luis Alfonso Mayorga Hernández, y según la historia clínica de la Clínica Nueva obrante al folio 910, lo fue “*con diagnóstico de mesotelioma de pleura con IK50% que presento síndrome de vena cava superior, con insuficiencia ventilatoria secundaria, estaba en cuidados paliativos estrictamente...*”. Así dio por probado el hecho a partir del cual se demanda, pero anticipó que los demás presupuestos no se acreditaron.

Como soporte de su afirmación, hizo referencia a las diferentes enfermedades padecidas por el señor Luis Mayorga sin que ellas tuvieran relación con exposición al asbesto, luego de detallarlas indicó que sólo hasta el 22 de agosto de 2012 la biopsia reportó ser positiva para malignidad compatible con mesotelioma epiteliode, resultado confirmado el 6 de noviembre de ese año, sin que en los documentos médicos se precisara el origen de la patología, al punto que el certificado de incapacidad visible a folio 1221 señaló como diagnóstico “*Paquipeluritis sin asbestosis*”



Luego anotó, que tratándose de una responsabilidad objetiva, no es posible inferir conclusión respecto a que se configura la presencia del nexo causal entre los daños señalados en la demanda con los que potencialmente se generarían con el uso del asbesto, precisamente por la ausencia de la prueba no se probó el nexo causal, esencial para el reclamo indemnizatorio; y que tampoco se demostraron elementos característicos de la negligencia o la malicia en el actuar de Eternit, para ello hizo referencia a los reglamentos internos de trabajo y de las convenciones colectivas y planes de salud ocupacional.

Señaló luego, que la mayoría de los testigos son de oídas, las declaraciones de los familiares dieron cuenta de antecedentes cancerígenos de tipos diversos y en varios de sus allegados sanguíneos.

Y advirtió que la situación familiar y personal, en cuanto a que todos los hijos de don Rafael estuvieron expuestos cuando de niños jugaban con los sacos con restos de asbesto, pese a esto no se acreditó que todos hubieren padecido de la misma enfermedad; y respecto a la responsabilidad extracontractual subjetiva, adujo que no se demostró la culpa de la sociedad demandada, en el relato advertido desde la demanda como su fundamento fáctico.

Con apoyo en la sentencia de casación de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia del 11 de marzo de 1952, reiteró la ausencia de prueba que determine que Eternit Colombia S.A., en el ejercicio cotidiano de su actividad económica conscientemente causó el daño que los demandantes denuncian, al menos que quienes están encargados de prestar ese servicio tuvieron comportamiento imprudente o negligente, o ignoran la práctica comercial e industrial; y que por el contrario, estaba acreditado que esa sociedad estuvo permanentemente activa en cuanto a las prácticas de cuidado, protección, higiene y cumplimiento de los mandatos legales en desarrollo de su actividad, de allí las licencias de funcionamiento que le fueron expedidas.

Criticó el que, si se considera que físicamente esos elementos (sacos y overoles) tuvieron la potencialidad de generar la afección

médica, a su alcance tuvieron la posibilidad e incluso la obligación de no hacer traslado de elementos de trabajo a su hogar, disponiendo así de lo necesario para salvaguardar la vida y paralelamente intentar o llevar a cabo las acciones personales que contrarrestaren esa afección, en procura de obtener la prevención necesaria y atendiendo a las políticas laborales establecidas en cada uno de los momentos por Eternit, tanto por el deterioro de su salud, como por la causa del fallecimiento, de la que en todo caso no se estableció causal alguna.

### **III. EL RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la parte demandante reparó sentencia, así:

**i)** Indebida apreciación e inobservancia de los medios probatorios recaudados, los que no fueron evaluados conforme a las reglas de la sana crítica, pues aunque en sentencia de primera instancia, se extrajo de los documentos científicos aportados con la demanda, que se han adelantado gestiones, trámites y propuestas, para demostrar que el asbesto, causa daños graves, y que los estudios referidos, ya demostraron que el Asbesto, en todas sus variedades, causa daños significativos a la salud al ser un componente cancerígeno; la juez descartó injustificadamente el análisis de los documentos científicos que demuestran que anterior a la época de los hechos generadores del daño, existía conocimiento del estado de la ciencia que relaciona el asbesto con enfermedades de carácter pulmonar por su inhalación, (estudios de Cooke de 1927 y otro de 1950 aprox.)

El error de la providencia radica en el desconocimiento de las pruebas aportadas, que demuestran que *“el Asbesto, en todas sus variedades, causa daños significativos para la salud al ser un componente cancerígeno y que la exposición al mismo -sea ocupacional o paraocupacional- genera a un nivel de probabilidad mayor a 50 y cercano a 100 enfermedades como Asbestosis y Mesotelioma Epiteloides Pleural”*<sup>4</sup>, es decir obraron en el acervo todas las demostraciones necesarias para acreditar que las enfermedades

---

<sup>4</sup> Folio 1427

diagnosticadas a la víctima directa del daño, están íntimamente ligadas a la exposición al asbesto.

No se interpretó de forma conjunta, lógica y coherente, conforme las reglas de la sana crítica y lógica, el material probatorio documental aportado por las partes, ni los testimonios practicados.

Se analizó incorrectamente la historia clínica del señor Luis Alfonso Mayorga, puesto que el fallo incurre en imprecisiones respecto de temas importantes como los padecimientos sufridos por la víctima, propios de la enfermedad mesotelioma pleural.

No se evidencia que las diferentes situaciones médicas, enfermedades padecidas por la víctima estuvieran relacionadas con la exposición de asbesto, no se evaluaron en conjunto con las demás pruebas científicas y bajo el tamiz de la regla de la sana crítica.

En la sentencia se enuncia *“no se precisa en esos documentos médicos el origen de la patología, sus médicos tratantes no hacen alusión alguna sobre el tema”*, lo que se contradice con la historia clínica -folio 633- en la que se lee *“antecedentes de exposición crónica a asbesto”*.

Lo anterior configura la violación al principio de la lógica de no contradicción bajo el cual una cosa no puede ser y no ser simultáneamente.

Agregó, que no es tarea del médico precisar el origen de una enfermedad, su deber se cumple al diagnosticarla, al determinar la causa inmediata del daño; pero es *“labor del fallador hallar, conforme a las reglas generales de la imputación fáctica/causalidad, la causa adecuada”*

Debía resarcirse el daño (lesiones y muerte por enfermedades diagnosticadas) acreditada por la exposición de asbesto.

Indebida valoración del testimonio del señor Jorge Estrada, por cuanto se evaluó de forma fraccionada en lo que beneficia a la demandada, se dieron por sentados hechos que afirmó el testigo, de los cuales no podía tener conocimiento directo, relacionadas con la

manipulación de los uniformes “la ropa como los overoles, en el convenio se estableció la obligación de contar con sistemas de lavado en plana a pesar que se definió en convenio 162 de 1986, la empresa lo ha implementado desde antes de la entrada en vigencia”, aun cuando él admite que no tenía vínculo con Eternit en el año que se alude.

Y en cambio, no se tuvo en cuenta que el testigo admitió que el asbesto está relacionado con la enfermedad diagnosticada a la víctima, mesotelioma pleural, y que en el momento en que trabajaba el padre de Luis Mayorga se utilizó el tipo de asbesto “crocidolita”.

De igual forma el testigo Luis Bigoya ratificó que se les impregnaban los uniformes de asbesto blanco, azul y carmelito, el juez no se pronunció al respecto.

Destacó que contrario a lo mencionado en la sentencia sobre las prohibiciones de no llevar elementos de trabajo a casa, lo que se probó para la época en la que se configuraron los hechos dañosos fue que: **i)** la empresa conocía la peligrosidad del asbesto, pues Estrada admite que había límites permisivos y que la manipulación requería de elementos especiales; **ii)** existía disposición laboral que imponía la exigencia a los trabajadores de mantener los uniformes limpios; **iii)** no había lavandería o lugares dedicados exclusivamente para cambiar esas vestimentas y elementos; **iv)** no hubo control por parte de la empresa respecto de manipulación.

Por otro lado, indicó que se incurrieron en errores en la aplicación e interpretación de normas de derecho sustancial sobre responsabilidad civil extracontractual. El Juez no se ocupó en absoluto de analizar los hechos de la demanda y el acervo probatorio para luego hallar el fundamento jurídico de reparar que se adecuara a la situación jurídico-fáctica del caso.

El juez afirma que no se demostró la negligencia o la malicia en el actuar de Eternit. Lo anterior confunde la naturaleza jurídica de los regímenes de responsabilidad objetiva ocasionado por el ejercicio de actividades peligrosas, pero el juez no analizó los hechos alegados y probados para luego hallar el fundamento jurídico de reparar, pues

era su deber analizarlos, sin importar el fundamento jurídico invocado, para luego enmarcarlo en algún tipo de imputación jurídica.

El fallador desconoció la magnitud de la peligrosidad y riesgo que conlleva la manipulación del asbesto; de allí que la licitud de la actividad, el cumplimiento de normas de seguridad industrial y laboral no exoneran de responsabilidad; la que sólo se elude con la demostración de una causa extraña.

Tampoco se realizó la valoración suficiente y necesaria del riesgo que conlleva la manipulación de sustancias o elementos peligrosos como el asbesto, pues se reitera que está probado que con una mínima exposición a asbesto las personas se enferman a largo plazo, además la parte demandada argumentó el uso de un seguro, que conlleva como consecuencia lógica la peligrosidad del elemento.

La licitud de la actividad, el hecho que sea permitida, no excluye de responsabilidad de la empresa. El objetivo fundamental de la demandada era demostrar la licitud de su actividad.

Para aplicar el régimen de responsabilidad objetivo, debió analizarse que la actividad ejercida por Eternit es o no peligrosa y si la demandada tenía un riesgo latente en su ejercicio; pero se resolvió negativamente la cuestión con base en dos argumentos: la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el uso seguro del asbesto, y que es cuestión del legislador regular las actividades económicas de los particulares, y prohibirlas.

Se demostró completamente la negligencia de la demandada y que tuvo relación directa (nexo causal) con el hecho dañino (exposición a asbesto) y el daño generado (lesiones y muerte).

El fallador dijo que sólo se constituyó el daño y no existió nexo causal, sin embargo, se puso de presente que se está ante un régimen de responsabilidad subjetiva por cuanto Eternit fue negligente y ello es causa adecuada del daño ocasionado.

El Reglamento de Higiene y Seguridad Industrial incorporado por la empresa el 17 de septiembre de 1974 omitió referirse al

proceso de limpieza de la dotación, imponiendo esa carga a sus trabajadores.

Afirmó el recurrente que desde 1927 se obligaba a Eternit a tomar medidas de seguridad a efectos de evitar una exposición inadecuada y mayor a la que estaban expuestos sus empleados. Los testigos manifestaron que la empresa demandada desde 1942 hasta 1980 con un solo cuarto en el cual se guardaba la ropa de calle y la de trabajo.

El Juez no se refiere cuáles fueron las medidas de cuidado respecto a los trabajadores; desconoció que la exposición al asbesto sufrida por el señor Rafael Mayorga se trasladó a sus familiares, y allí está la causa de la muerte del señor Luis Mayorga. Se ignoró la demostración exhaustiva del hecho que configura la causa adecuada del daño.

Califica de yerros inaceptables las conclusiones del *a quo*, tales como dar por probado que en el periodo en el que trabajó el señor Rafael Mayorga existía la obligación de no hacer traslado de los uniformes al hogar la cual no se sustenta en ninguna prueba, de otra forma se encuentra probado por los testimonios que era obligación de los trabajadores llevarse sus uniformes para que los lavaran y plancharan. Anota que no se entiende de donde se extrae por parte de la juzgadora la regla que determina la obligación de los mismos trabajadores de salvaguardar su vida por las actividades y riesgos desplegados en sus funciones, expresión que a veces del disidente contraría los postulados básicos de subordinación laboral, el conocimiento del empleador de la actividad desarrollada y de sus riesgos, y de la concreción de los riesgos.

Dentro de la oportunidad concedida por el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandante sustentó el recurso de apelación, en extenso escrito en donde desarrolla los reparos que en su momento le hizo a la sentencia de primera instancia, y con fundamento en ellos pidió revocarla y acceder a las pretensiones.

De esa sustentación se le corrió al apoderado de la parte demandada, quien expresó que el recurrente introdujo un reparo

adicional como lo es el de pretender que la Ley 1968 de 2019 se aplique de manera retroactiva. Igual, se pronunció uno a uno frente a los argumentos del apelante.

#### **IV. 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 el recurso de apelación propuesto.

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 este Tribunal, atendiendo la pretensión impugnaticia que rige el recurso de apelación de conformidad con lo regulado en los artículos 320, 327 y 328 del Código General del Proceso.

3. Para emprender el análisis y resolver los reparos que a la sentencia se le hacen, en primer lugar, debe la Sala establecer si la temática que involucra este asunto es una actividad peligrosa, de cuyo examen dependerá el manejo que ha de dársele al tipo de responsabilidad que se invocó, para cuyos efectos y soporte se acude, inicialmente, a la exposición de motivos del proyecto de Ley 61 de 2017<sup>5</sup>, denominado “*Ana Cecilia Niño*”, radicado con el propósito de obtener la abolición del asbesto en nuestro país, que finalmente se convirtió en Ley de la República, sin pretender darle a la misma una aplicación retroactiva, únicamente para apoyarse la Sala en los estudios que allí aparecen, los que no se pueden desconocer toda vez que fueron realizados con anterioridad y que resultan conclusivos acerca de los efectos nocivos de ese mineral.

3.1 Se dijo en aquella exposición de motivos, dentro de la introducción que:

---

5

<http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/proyectos%20de%20ley/2017%20-%202018/PL%20061-17%20Albesto.pdf>

“El término «Asbesto» designa un grupo de minerales naturales fibrosos, que han tenido o siguen teniendo un uso comercial debido a su extraordinaria resistencia a la tensión, su escaso termo conductividad y su relativa resistencia al ataque químico, por estos motivos, el asbesto se utiliza en el aislamiento de los edificios, como componente de diversos productos (tejas, tuberías de agua, mantas ignífugas y envases médicos), como aditivo de los plásticos y en la industria automovilística (revestimiento de embragues y frenos, juntas y amortiguadores). Se clasifican en dos variedades: Serpentina (ASBESTO CRISTILO O AMIANTO BLANCO) Y Anfíboles (CROCIDOLITA, AMOSITA, TREMOLITA, ANTOFILITA, ACTINOLITA).

La creciente utilización de este material en la industria alertó acerca del posible impacto de éste frente a la salud de la población expuesta, teniendo como resultado una construcción científica que da fe de una variedad de patologías relacionadas a la manipulación de asbesto.

Estos descubrimientos médicos, que determinan que todas las formas de asbesto son cancerígenas para el ser humano y que la exposición laboral causa más de 107. 000 muertes anuales por cáncer de pulmón relacionado con el asbesto, mesotelioma y asbestosis han llevado, a que se haga un llamado internacional para la sustitución de este material y la prohibición de su manipulación de este mineral, es así, como en la actualidad más de 50 países de todo el mundo han prohibido el amianto, incluyendo todos los miembros de la Unión Europea.

En Colombia, a pesar de que se calcula que mueren cerca de 320 personas al año a causa de alguna enfermedad relacionada con el asbesto, las regulaciones normativas en relación al asbesto en nuestro ordenamiento jurídico, se remiten al convenio internacional de la OIT aprobado por la ley 436 del 11 de febrero de 1998, convenio que tiene por objetivo esencial, "prescribir las medidas que habrán de adoptarse para prevenir y controlar los riesgos para la salud debidos a la exposición profesional al asbesto y para proteger a los trabajadores contra tales riesgos", que posteriormente fue regulado con la resolución número 007 de 4 de noviembre de 2011. De tal forma que se implementa un esquema precario de "uso seguro", que día a día, se proyecta como una amenaza a la salud pública y además desconoce el avance de carácter internacional del "uso seguro" a la prohibición absoluta a partir de la resolución 34 de 15 de junio de 2006 de la OIT."

En el acápite de "IMPACTO DEL ASBESTO EN LA SALUD", se trajo a referencia el "CONCEPTO DE LA OMS", así:

La Organización Mundial de la Salud considera que "Todas las formas de asbesto son cancerígenas para el ser humano. La exposición al asbesto, incluido el crisotilo, es causa de cáncer de pulmón, laringe y ovario, así como de mesotelioma (un cáncer del revestimiento de las cavidades pleural y peritoneal). La exposición al asbesto también puede causar otras enfermedades, como la asbestosis (una forma de fibrosis pulmonar), además de placas, engrosamientos y derrames pleurales.

En el mundo hay unos 125 millones de personas expuestas al asbesto en el lugar de trabajo. Según los cálculos más recientes de la OMS, la exposición laboral causa más de 107 000 muertes anuales por cáncer de pulmón relacionado con el asbesto, mesotelioma y asbestosis.

Se calcula que la mitad de las muertes por cáncer de origen laboral son causadas por el asbesto. Además, se calcula que cada año se producen varios miles de muertes atribuibles a la exposición doméstica al asbesto.

También se ha demostrado que la exposición conjunta al humo del tabaco y a las fibras de asbesto aumenta el riesgo de cáncer de pulmón, y que el riesgo es tanto mayor cuanto más se fuma.

En su **resolución WHA58.22** sobre prevención y control del cáncer, la Asamblea de la Salud instó a los Estados Miembros a que prestaran especial atención a los cánceres relacionados con exposiciones evitables, en particular la exposición a sustancias químicas en el lugar de trabajo o en el medio ambiente.

En su **resolución WHA60.26**, la Asamblea de la Salud pidió a la OMS que llevara a cabo campañas mundiales para eliminar las enfermedades relacionadas con el asbesto, teniendo en cuenta un enfoque diferenciado en la reglamentación de sus diversas formas, de conformidad con los pertinentes instrumentos jurídicos internacionales y los datos científicos más recientes relativos a las intervenciones eficaces. **Las intervenciones costo efectivas para prevenir las enfermedades pulmonares laborales debidas a la exposición al asbesto se encuentran entre**



**las opciones de política para aplicar el plan de acción mundial para la prevención y el control de las enfermedades no transmisibles (2013-2020) , aprobado en 2013 por la 66.a Asamblea Mundial de la Salud en su resolución WHA66.10.**

*La eliminación de las enfermedades relacionadas con el asbesto tiene dos componentes principales: la asistencia a los países que siguen utilizando el crisotilo y la asistencia relacionada con las exposiciones derivadas del uso histórico de todas las formas del asbesto.”*

Luego se trajo a colación el estudio del INSTITUTO NACIONAL DE CÁNCER DE EE.UU., “RIESGOS A LA SALUD EXPOSICIÓN A ASBESTOS”<sup>6</sup>, donde se lee:

*Es posible que la gente esté expuesta al asbesto en su trabajo, en su localidad o en sus hogares. Si los productos que contienen asbesto se sacuden, fibras pequeñas de asbesto se desprenden en el aire. Cuando se inhalan las fibras de asbesto, es posible que se alojen en los pulmones y que permanezcan ahí por mucho tiempo. Con el tiempo, las fibras pueden acumularse y causar cicatrices e inflamación, lo cual puede dificultar la respiración y llevar a serios problemas de salud (6).*

*El asbesto ha sido clasificado como un cancerígeno humano reconocido (sustancia que causa cáncer) por el Departamento de Salud y Servicios Humanos de los Estados Unidos, por la Oficina de Protección Ambiental y por la Oficina Internacional para la Investigación del Cáncer (2, 3, 7, 8). Según las investigaciones, la exposición al asbesto puede incrementar el riesgo de cáncer de pulmón y mesotelioma (cáncer poco común del revestimiento delgado del pecho y del abdomen). Aunque es un cáncer raro, el mesotelioma es el tipo de cáncer asociado más comúnmente con la exposición al asbesto. Además del cáncer de pulmón y mesotelioma, algunas investigaciones sugieren que existe una relación entre la exposición al asbesto y el cáncer colorrectal y gastrointestinal, así como un riesgo mayor de padecer cáncer de garganta, de riñón, esófago y vesícula biliar (3, 4). Sin embargo, las pruebas no son contundentes.*

*La exposición al asbesto puede también aumentar el riesgo de asbestosis (enfermedad inflamatoria que afecta los pulmones y causa dificultad para respirar, tos y daño permanente al pulmón) y otros trastornos no cancerosos de la pleura y de los pulmones, incluso las placas pleurales (cambios en las membranas que rodean el pulmón), el engrosamiento de la pleura y los derrames pleurales benignos (acumulación anormal de líquido entre las capas delgadas de tejido que revisten el pulmón y la pared de la caja torácica). Aunque las placas pleurales no preceden al cáncer de pulmón, existen pruebas que sugieren que las personas con enfermedad de la pleura causada por la exposición al asbesto pueden tener un riesgo mayor de cáncer de pulmón (2, 9)”*

El comentado proyecto, luego de los trámites correspondientes se convirtió en la Ley 1968 del 11 de julio de 2019 “Por el cual se prohíbe el uso de asbesto en el territorio nacional y se establecen garantías de protección a la salud de los colombianos”; y en su artículo 1°. Consigna que: “La presente ley tiene por objeto preservar la vida, la salud y el ambiente de los trabajadores y todos los habitantes del territorio nacional frente a los riesgos que representa la exposición al asbesto para la salud pública, colectiva e individual en cualquiera de sus modalidades o presentaciones”; prohibición que se hace efectiva a partir del 1° de enero de 2021, conforme al artículo 2°.

---

<sup>6</sup> <http://www.cancer.gov/espanol/cancer/causas-prevencion/riesgo/sustancias/asbesto/hoja-informativa-asbesto>

3.2 Por su parte, la Corte Constitucional, en su sentencia C-493/98 al examinar la congruencia del Convenio con la Constitución que finalmente Colombia aprobó mediante la Ley 436 de febrero 17 de 1998 *“Por medio de la cual se aprueba el convenio 162 sobre la utilización del asbesto en condiciones de seguridad”*, adoptado en la 72 reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra 1986, resaltó que:

*“- El Convenio tiene por objetivo esencial, “prescribir las medidas que habrán de adoptarse para prevenir y controlar los riesgos para la salud debidos a la exposición profesional al asbesto y para proteger a los trabajadores contra tales riesgos” (art. 3-1).*

*De igual modo se dispone en el Convenio que “la legislación nacional deberá prever las medidas necesarias, incluyendo sanciones adecuadas, para garantizar la aplicación efectiva y el cumplimiento del presente Convenio” (art. 5-2).*

*Entre dichas medidas de protección, el artículo 10 del Convenio señala:*

*“a) Siempre que sea posible, la sustitución del asbesto o de ciertos tipos de asbesto o ciertos productos que contengan asbestos por otros materiales o productos o la utilización de tecnologías alternativas, científicamente reconocidos por la autoridad competente como inofensivos o menos nocivos”;*

*“b) la prohibición total o parcial de la utilización del asbesto o de ciertos tipos de asbesto o de ciertos productos que contengan asbesto en determinados procesos de trabajo”.*

*Una vez prescritas las regulaciones que debe adoptar el Estado, dirigidas a prevenir y proteger los efectos nocivos del asbesto en la salud de los trabajadores, el Convenio responsabiliza a los empleadores ( arts. 13, 19, 20, 22-3) de la aplicación de tales medidas, pero de igual modo, también involucra a los trabajadores y los conmina a “que observen las consignas de seguridad e higiene prescritas para prevenir y controlar los riesgos que entraña para la salud la exposición profesional al asbesto” (arts. 6 y 7).*

*- Como se puede concluir de los textos referenciados, el Convenio contiene un conjunto de formulaciones de especial trascendencia y significación para la protección de la vida y la salud de los trabajadores y, aún, de la población en general, nada de lo cual entra en contradicción con los principios y postulados de la Constitución y ni siquiera con los ordenamientos de nuestra legislación interna. Tanto es así, que se advierte una clara identidad entre la mayoría de sus disposiciones y las prescripciones establecidas en el decreto ley 1295 de 1994, que constituye el estatuto general de la organización y operación del sistema general de riesgos profesionales. El sistema, es oportuno señalarlo, centra sus objetivos en el diseño de mecanismos preventivos destinados a evitar y controlar los riesgos y mejorar las condiciones de trabajo y salud del sector laboral del país.”*

3.3 Establecido lo anterior, tenemos que el artículo 2356 del Código Civil, que consagra la responsabilidad por las denominadas actividades peligrosas, al prever que:

*“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 la descubre en la calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan 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.”*

La relación que contiene el artículo en comento es enunciativa, no taxativa, así lo ha puesto de presente la Corte Suprema de Justicia desde tiempos inmemoriales:

*“(…) esos ejemplos o casos explicativos corresponden, y hasta ahora sobra observarlo, a la época en que el código se redactó, en que la fuerza del hombre como elemento material y los animales eran el motor principal, por no decir único, en la industria, en las laborales agrícolas, en la locomoción, todo lo cual se ha transformado de manera pasmosa en forma que junto con sus indecibles favores ha traído también extraordinarios peligros(…)”*

*(…)*

*Un depósito de sustancias inflamables, una fábrica de explosivos, así como un ferrocarril o un automóvil, por ejemplo, llevan consigo o tienen de suyo extraordinaria peligrosidad de que generalmente los particulares no pueden escapar con su sola prudencia (…)*<sup>7</sup>

Posteriormente, lo reiteró: *“La enumeración del artículo 2356, no es taxativa aunque aporta elementos suficientes para establecer por analogía las situaciones que comprende la norma (…)*<sup>8</sup>

En otra oportunidad, consignó:

*“(…) Los avances de la industria y las creaciones tecnológicas reafirmaron la necesidad de ajustar las directrices de la responsabilidad civil, reavivando su carácter relativo, cambiante y su adaptabilidad histórica, en pos de lo cual como hicieran en su momento antiguos jurisconsultos, se postuló la asignación de las cargas propias del beneficio de una actividad (qui sentit commodum, sentire debet et onus) y la asunción de los riesgos inherentes a ésta (periculum incurrere nemo tenetur) (…)*<sup>9</sup>

3.4 En consideración a lo anterior, y teniendo en cuenta que la sociedad demandada, Eternit S.A., en desarrollo de su objeto social utiliza minerales los que, conforme a los estudios científicos desarrollados desde hace varias décadas, resultan ser nocivos para la salud no solo de sus empleados, sino también para sus familiares y, en general, para el entorno social donde se ubican sus

---

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia – Sala de Negocios Generales – Bogotá, abril diez y ocho de 1939 MP. Pedro A. Gómez Naranjo G.J.t- XLVIII

<sup>8</sup> CSJ. Sent. Cas Civ. Exp. 4345 MP Carlos Esteban Jaramillo Scholss G.J., T LIX pág 1120, de 22 de febrero 1995

<sup>9</sup> CSJ. Sent. Cas Civ. Agost. 24/2009, Expediente 11001-3103-038-2001-01054-01 MP. WILLIAM NAMÉN VARGAS

...

instalaciones, se puede concluir que, como lo alega la parte demandante, se trata de una actividad peligrosa, cuya responsabilidad se debe manejar conforme a los parámetros que ha establecido la ley y ha desarrollado la jurisprudencia sobre ella.

3.5 Temática donde la jurisprudencia, con algunos matices, ha sido reiterativa en decir que, tratándose de actividades peligrosas, la víctima o perjudicado se encuentra exento de la prueba de la culpa, en razón a que esta se presume en quien ejerce la actividad peligrosa.

Así para los años de 1938 y siguientes la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Negocios Generales, sostuvo:

*“(...)el artículo 2347 del C.C. establece el principio de la responsabilidad por hechos ajenos, y el artículo 2356 del mismo texto, sienta esta norma, bien se trate de responsabilidad directa o indirecta: “Por regla general todo daño que puede imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”.*

*Los ejemplos que allí se mencionan son ilustrativos y se refieren a hechos en que el daño aparece en la cosa misma, por cierta peligrosidad que en ella se trasparenta.*

*La corte ha sostenido la doctrina de que conforme a la disposición del artículo 2356 del C.C., existe una presunción de responsabilidad en contra del agente respectivo, en los casos de daños causado por ciertas actividades que implican peligros, inevitablemente anexos a ellos, responsabilidad por la cual no se exonera de la indemnización sino en cuanto se demuestre caso fortuito, fuerza mayor o intervención de elementos extraños.*

*(...)*

*El fundamento básico de la sentencia y el modo como ha sido acusada lleva a la Corte necesariamente al estudio de la teoría de la responsabilidad basada en la culpa presunta y su conexión con la carga de la prueba a la luz de las disposiciones pertinentes del C.C., especialmente los artículos 2341 y 2356 de dicha obra. Nada más indicado que la reproducción de la doctrina sentada por la Corte en sentencia del 14 de marzo último y que en lo pertinente dice así: (Gaceta Judicial, número 1934)*

*“El artículo 2356 ibidem, que mal puede reputarse como repetición de aquél (el 2341), ni interpretarse en forma que sería absurda si a tanto equivaliese, contempla una situación distinta y la regla, naturalmente, como a esta diferencia corresponde.*

*Así es de hallarse desde luego en vista de su redacción y así lo persuaden, a mayor abundamiento, los ejemplos que aduce o plantea para su mejor inteligencia, a manera de casos en que especialmente se debe reparar el daño a que esta disposición legal refiere, que es todo lo que ‘pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona’.*

*“Exige, pues, tan solo que el daño **pueda imputarse**. Esta es la única exigencia como base o causa o fuente de la obligación que enseguida pasa a imponer.*

*(...)*

*“La teoría del riesgo, según la cual al que lo crea se le tiene por responsable, mira principalmente ciertas actividades por los peligros que implican, inevitablemente anexos a ellas y miran a la dificultad, que suele llegar a imposibilidad, de levantar las respectivas probanzas a los damnificados por hechos ocurridos en razón o con motivo o con ocasión del ejercicio de esas actividades.*

*(..)*

*De ahí que los daños de esa clase se presuman, en esa teoría, causados por el agente respectivo, como sería en estos ejemplos el autista, el maquinista, la empresa ferroviaria, etc. Y de ahí también que tal agente o autor no se exonere de la indemnización, sea en parte en algunas ocasiones, sea en el todo en otras veces, sino en cuanto demuestre caso fortuito, fuerza mayor, o intervención de elementos extraños (...)*

**Porque, a la verdad, no puede menos de hallarse en nuestro citado artículo 2356 una presunción de responsabilidad, de donde se sigue que la carga de la prueba, onus probandi, no es el del damnificado sino del que causó**

**el daño, con sólo poder éste imputarse a su malicia o negligencia”<sup>10</sup>(negritas del texto de la gaceta)**

Ya para la década de los años 1990, y aún antes, se encuentran pronunciamientos de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, como el siguiente:

*“Resumiendo las que son sus directrices básicas y los principios que en últimas lo justifican, de aquél régimen especial de responsabilidad y sus alcances tiene dicho la Corte, subrayando repetidamente el valor fundamento de equidad que lo inspira dadas las dificultades que por lo común tiene la prueba positiva de la falta imputable al demandado frente a evento dañosos de tipo de los que se dejan descritos, que sin abandonar el criterio de la responsabilidad subjetiva que campea en el título XXXIV del Libro Cuarto del Código Civil, la doctrina jurisprudencial, al abrigo del artículo 2356 del mismo cuerpo legal, ha deducido “...que existe una presunción de culpa en quienes se dedican al ejercicio de actividades peligrosas. Considerando, pues, que no es la víctima sino el demandado quien crea la inseguridad de los asociados al ejercer una actividad que, aunque lícita, es de las que implican riesgos de tal naturaleza que hacen inminente la ocurrencia de daños, (...) que en tales circunstancias, se presume la culpa en quien es agente de actividad peligrosa, de tal suerte que demandada la indemnización por perjuicio causado por quien ejerce actividades de este linaje, a la víctima les basta con demostrar:*

*a) El daño, y  
b) la relación de causalidad entre éste y el proceder del demandado, pues en tal evento se presume el tercer requisito que es la culpa ...”, agregándose en aras de la claridad que, “...esta construcción jurisprudencial no entraña aceptación de la teoría de la culpa objetiva o del riesgo creado, pues de un lado descansa en la existencia de culpa del demandado, aunque ésta sea presunta, y de otro, admite su exculpación demostrando que el daño ocurrió por fuerza mayor, por intervención de un tercero o culpa exclusiva de la víctima ...” (G.J.T- CXLII, pág. 173)”<sup>11</sup>*

Para el año 2000, se encuentran pronunciamientos similares:

*“...No obstante, tratándose de las denominadas actividades peligrosas, la labor probatoria por ese particular aspecto habrá de orientarse por el inciso 1o. del artículo 2356 del Código Civil, en cuanto preceptúa que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de una persona, debe ser reparado por esta, disposición que se aplica “...en aquellos casos en que el daño proviene de un hecho que la razón natural permite imputar a la incuria o imprudencia de su autor” -G. J. CLII, pág. 108-, y que releva entonces a la víctima de probar la culpa, que se presume, bastándole entonces acreditar el daño y la relación de causalidad entre este y el proceder del demandado (...)”<sup>12</sup>*

Diez años después, esa Alta Corporación lo reproducía:

*“...La Corporación de modo reiterado tiene adoptado como criterio hermenéutico el de encuadrar el ejercicio de las actividades peligrosas bajo el alero de la llamada presunción de culpabilidad en cabeza de su ejecutor o del que legalmente es su titular, en condición de guardián jurídico de la cosa, escenario en el que se protege a la víctima relevándola de demostrar quién tuvo la responsabilidad en el hecho causante del daño padecido cuyo resarcimiento reclama por la vía judicial, circunstancia que se explica de la situación que se desprende de la carga que la sociedad le impone a la persona que se beneficia o se lucra de ella y no por el riesgo que se crea con su empleo. El ofendido únicamente tiene el deber de acreditar la configuración o existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y la conducta del autor, pudiéndose exonerar solamente con la demostración de la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o la intervención de un tercero. ...”<sup>13</sup>*

---

<sup>10</sup> Corte Suprema de Justicia – Sala de Negocios Generales – Bogotá, abril diez y ocho de 1939 MP. Pedro A. Gómez Naranjo G.J.t- XLVIII, ya citada

<sup>11</sup> CSJ. Sent. Cas Civ. Junio 4/1992 Exp. 3382 MP. Carlos Esteban Jaramillo Scholss

<sup>12</sup> CSJ. Sent. Cas Civ- Mar14/2000 Exp. 5177 MP Manuel Ardila Velásquez.

<sup>13</sup> CSJ. Sent. Cas Civ. Agost. 26/2010 exp. 4700131030032005-00611-01 MP. Ruth Marina Díaz Rueda

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.

4. 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 y que da surgimiento a la dinámica en que se tensan las razones de la dialéctica, cuya conclusión debe resolverse a favor de una de ellas y en contra de la otra, conforme la robustez de sus asertos.

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.

Se articula de este modo el sistema con el principio de la carga probatoria establecido 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 la órbita de los contradictores, el gravamen de asumir las actuaciones tendientes a dotar de certeza al juzgador sobre los hechos que alega y en los que edifica sus pretensiones.

5. En el caso examinado se debe recordar que la acción indemnizatoria la fundó la parte demandante en la responsabilidad que le atribuye a la entidad demandada en el deceso del señor Luis Alfonso Mayorga Hernández (q.e.p.d.), quien era hijo de Rafael

Alfonso Mayorga Donoso, persona que laboró en Eternit Colombia S.A., en el periodo del 2 de junio de 1971 al 30 de noviembre de 1980, es decir, 9 años y 5 meses.

5.1 El origen del daño lo señala la parte demandante al hecho de que el señor Rafael Alfonso Mayorga Hernández llevaba la ropa de trabajo a su casa para ser lavada y sus hijos, entre ellos Luis Alfonso, tenían contacto con los overoles al ayudar en el lavado y jugar con ellos, quedando expuesto a las partículas de asbesto, lo que a veces de la actora ocasionó que en enero de 2004 (cuando tenía 36 años) se registraran los primeros síntomas relacionados con la enfermedad cancerígena que finalmente determinó la muerte.

Indiscutible es que la responsabilidad que se pide declarar es por el deceso de Luis Alfonso Mayorga, por tanto, gravitaba en la parte actora, la carga de demostrar que el supuesto contacto que pudo tener en su niñez con la ropa de trabajo de su padre, le generó la patología “*mesotelioma epiteliode pleural*”.

La literatura aportada con la demanda da cuenta de las características, propiedades, patogenia y fuentes de exposición del asbesto, reseñando de estas que puede ser de tres fuentes: laboral, ambiental y paralaboral, siendo esta última por exposición doméstica (limpieza de ropa) y vecindad. Así mismo se aportaron estudios acerca de las enfermedades pleuropulmonares asociadas con la inhalación de asbesto, en la que se consigna:

*“Determinación de la concentración intrapulmonar de asbesto.*

*La importancia de establecer el origen ocupacional de esta patología es evidente en función de su repercusión médico-legal y sus implicaciones preventivas. Aunque la historia laboral es una buena herramienta para identificar la exposición, la variada aplicación del asbesto en ocasiones dificulta su recogida. La observación y cuantificación de las fibras de asbesto en las muestras biológicas constituyen una información relevante.*

*Identificación de cuerpos ferruginosos en secreciones pulmonares. Los cuerpos ferruginosos (CF) son fibras inorgánicas recubiertas de ferropoieína. Dado que en más del 95% de los casos el material inorgánico presente en el interior del CF corresponde a una fibra de asbesto, en la práctica clínica los términos CF y cuerpo de asbesto suelen considerarse sinónimos. El estudio cualitativo de CF en las secreciones respiratorias (esputo, aspirado bronquial o lavado broncoalveolar) expresa el resultado como presencia o ausencia de CF, y es útil para identificar a individuos expuestos, pero es insuficientemente preciso para determinar si el depósito de amianto en el tejido pulmonar tiene una concentración suficiente para causar enfermedad. El estudio de CF en el esputo o el aspirado bronquial es muy poco sensible y solamente será positivo cuando la exposición laboral haya sido de elevada intensidad y se asocie a recuentos muy elevados en el tejido pulmonar, y aun en esta situación el examen del esputo únicamente permitirá identificar correctamente un máximo del 50% de los casos con una concentración de asbesto en el parénquima pulmonar capaz de causar enfermedad.*

*El estudio cualitativo de CF en el lavado broncoalveolar requiere la realización de una broncoscopia, pero la aplicación de esta técnica semiinvasiva puede conseguir una mayor precisión en la identificación de los sujetos con depósitos de asbesto en el parénquima pulmonar en concentraciones suficientes para generar enfermedad cuando el examen cualitativo se complementa con el recuento de CF en el lavado.*

*(...) La concentración de CF en el lavado broncoalveolar tiene una buena correlación con el contenido de CF en el tejido pulmonar y permite identificar correctamente a los sujetos con un contenido de CF en el parénquima suficientemente elevado para poder causar enfermedad pleuropulmonar. (...) Por tanto, aunque la observación de CF en el examen cualitativo de alguna muestra de secreciones respiratorias puede ser útil para identificar la existencia de un depósito intrapulmonar clínicamente significativo, no debe considerarse suficiente para el estudio diagnóstico de los pacientes con sospecha de enfermedad pleuropulmonar relacionada con el amianto.*

*Identificación de CF en el tejido pulmonar. El examen del contenido de CF en el parénquima pulmonar es la técnica más recomendable para el estudio de las patologías relacionadas con el asbesto, cuando existe disponibilidad de tejido pulmonar para su estudio. En este contexto también se hace necesario realizar la medición de la concentración de CF en el tejido pulmonar, ya que se ha observado repetidamente la presencia de CF en el parénquima pulmonar en concentraciones bajas, insuficientes para causar enfermedad, en sujetos no expuestos laboralmente al amianto, tan sólo por ser habitantes de zonas urbanas.*

*(...) El recuento de la concentración de CF en el tejido pulmonar requiere de muestras pulmonares de mediano tamaño, por lo que no puede aplicarse sobre biopsias transbronquiales. Se puede realizar esta medición sobre muestras quirúrgicas o necrópsicas, examinando una zona de parénquima pulmonar sano alejada de la lesión principal, cuando ésta exista (neoplasia), y no inmediatamente subpleural.*

*Identificación de fibras de asbesto en el tejido pulmonar. En el parénquima pulmonar únicamente el 1% de las fibras de amianto se recubren de ferroproteína dando lugar a CF, ya que éstos se forman únicamente sobre fibras largas (...) y los fragmentos de fibra de menor tamaño no se recubren con facilidad. Este hecho determina que en ocasiones haya una diferencia significativa entre la concentración de CF y de fibras de asbesto en el tejido pulmonar, fundamentalmente cuando predominan las fibras de asbesto de menor tamaño, que pueden alcanzar concentraciones elevadas capaces de generar asbestosis en ausencia de CF visibles al microscopio óptico. Ante esta situación puede hacerse recomendable la determinación de la concentración de fibras de asbesto en el tejido pulmonar, fundamentalmente en el caso de pacientes con sospecha de enfermedad pleuropulmonar relacionada con el asbesto en los que la determinación de CF en el tejido pulmonar no muestre una concentración capaz de causar la enfermedad. Las técnicas de microanálisis permiten contar la cantidad de fibras presentes en una muestra biológica, conocer su composición atómica e identificar el tipo de fibra, pero todas ellas requieren la utilización de microscopía electrónica con análisis dispersivo de energía, una técnica compleja y disponible en pocos laboratorios, lo que hace que su uso deba restringirse a situaciones seleccionadas.*

*(...) Alteraciones del aparato respiratorio relacionadas con la exposición a asbestos.*

*Las fibras de asbesto retenidas en la porción distal del aparato respiratorio pueden inducir cáncer y fibrosis en el pulmón y/o la pleura (tabla I). Que se desarrolle uno u otro proceso depende de factores exógenos, relacionados con la intensidad de la exposición y las características del mineral inhalado, y de factores del huésped que pueden condicionar una susceptibilidad especial.”<sup>14</sup>*

Ese mismo documento relaciona las afecciones relacionadas: manifestaciones pleurales no malignas, placas pleurales, derrame pleural benigno, engrosamiento pleural difuso, atelectasias redondas, sus síntomas, métodos de diagnóstico, tratamiento. También, se alude a las enfermedades como la enfermedad pulmonar por exposición a amianto: asbestosis; enfermedad neoplásica relacionada con la inhalación de asbesto, mesotelioma maligno, cáncer de

---

<sup>14</sup> Folios 129-131, cuaderno 1



pulmón, haciendo alusión a los signos clínicos, diagnóstico, hallazgos, exposición. Respecto del mesotelioma maligno se indicó:

*“Ante la sospecha de mesotelioma, es recomendable remitir el paciente al neumólogo, y el primer paso debe dirigirse a investigar antecedentes de exposición al asbesto, tanto en su vida laboral como una posible exposición paraocupacional o ambiental. En la figura 7 se refleja el procedimiento diagnóstico. La biopsia pleural proporciona el diagnóstico en pocos casos. En la mayoría se precisan fragmentos del tumor obtenidos mediante pleuroscopia o minitoracotomía. Es un hecho peculiar la diseminación de este tumor a las incisiones quirúrgicas, cuya biopsia puede proporcionar el diagnóstico. La estadificación del tumor, según el sistema del International Mesothelioma Interest Group (IMIG), es necesaria para valorar la posibilidad de cirugía y la administración de poliquimioterapia, así como para emitir un pronóstico. (...) En relación con su etiología, el mesotelioma puede atribuirse a la inhalación de asbesto si existen marcadores como la coexistencia de otra patología relacionada (asbestosis, placas pleurales) o presencia de fibras de asbesto en el tejido pulmonar.”<sup>15</sup>*

En el documento “El amianto: hacia una prohibición mundial”, acerca del mesotelioma pleural señala que “es un cáncer primitivo de la pleura (y muy excepcionalmente del peritoneo y pericardio) Este tumor particularmente maligno es casi específico de la exposición al amianto”<sup>16</sup>

#### “EVALUACION Y DIAGNÓSTICO:

*Al ser el asbesto una fibra, esto determina que su localización y aspecto radiológico es distinto a la observada en otras enfermedades como la silicosis y la neumoconiosis del trabajador del carbón. En la asbestosis, el predominio es basal y periférico, y a menudo forma una imagen ‘en puercoespín’ alrededor de la silueta cardíaca. La imagen radiológica no se acompaña de adenopatías mediastínicas ni hiliares, tampoco se asocia a calcificaciones parenquimatosas., pero sí se relaciona bastante a menudo a la presencia de acropaquia. Las fibras del asbesto que consiguen penetrar hasta las vías respiratorias inferiores, pueden formar cuerpos ferruginosos, que son fibras recubiertas de ferroproteína. Los cuerpos ferruginosos, al contrario que las fibras de asbesto, son visibles con facilidad mediante microscopio óptico, y constituyen un marcador inestimable de exposición al asbesto. De hecho, el hallazgo en el tejido pulmonar de más de un cuerpo ferruginoso por campo en un paciente con fibrosis pulmonar se considera suficiente para el diagnóstico de asbestosis. Del mismo modo, el hallazgo de cuerpos ferruginosos en el esputo, en el broncoaspirado o en el lavado procoalveolar confirma la existencia de un antecedente laboral significativo, aunque este hallazgo debe tenerse en cuenta sólo como un marcador de exposición, no de enfermedad. Ante un derrame pleural en el paciente con antecedente de contacto con asbesto en el que el diagnóstico no sea evidente, la exploración con mayor rendimiento diagnóstico será la pleuroscopia, que permitirá observar la superficie pleural y tomar muestras biopsicas en los sitios morfológicamente patológicos. Los bajos niveles de asbesto pueden medirse en la orina, las heces, líquidos mucosos o en lavados pulmonares de los individuos. Los niveles mayores al promedio tolerado de fibras de asbesto en tejidos, pueden confirmar la exposición, pero no pueden predecir si afectará a la salud.”*

En el artículo titulado “Asbestosis: epidemiología, prevención y tratamiento” sobre el diagnóstico se anotó:

*“La biopsia y el lavado broncoalveolar pueden ser muy útiles para confirmar el diagnóstico. En estos estudios se pueden hallar los cuerpos de asbestos, que son fibras de asbestos recubiertas por proteínas ricas en hierro, los cuerpos ferruginosos son cuerpos fibrosos recubiertos de hierro que se forman sobre fibras de por lo menos 10 um de largo. La presencia de dos o más cuerpos de asbestos por campo de tejido sugiere exposición ocupacional.*

*(...) El lavado broncoalveolar es más útil ya que por el tamaño de la muestra recupera mas fibras de asbesto y adicionalmente arroja mejor información acerca del compromiso.”<sup>17</sup>*

---

<sup>15</sup> Folios 134-135, cuaderno 1

<sup>16</sup> Folio 323, cuaderno 1

<sup>17</sup> Folio 519-526

En tanto el informe del Coordinador Unidad de Apoyo Especializado en Neumología de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Colombia, en respuesta a la petición del apoderado de la parte demandante, ilustró: “*El mesotelioma es usualmente, **pero no siempre**, relacionado a dosis acumulativas de minerales específicos que forman las fibras de asbesto.*”<sup>18</sup> (destaca la Sala)

Y el doctor Plutarco García Herreros, Neumólogo del Instituto Nacional de Cancerología, informó “*SOBRE EL MESOTELIOMA PLEURAL MALIGNO: ES UNA ENFERMEDAD TUMORAL MALIGNA DE BAJA INCIDENCIA RELACIONADA EN SU MAYOR PARTE CON EXPOSICION A LAS FIBRAS DE ASBESTO,*”<sup>19</sup>

Determinar que el origen del Mesotelioma epiteloide pleural, patología que llevó a la muerte al señor Mayorga Hernández, fue la inhalación de partículas o fibras de asbesto, era carga probatoria que pesaba en el demandante; allí radicaba la demostración del nexo causal, pues al margen de si se examina la controversia desde la óptica de la presunción de culpa (culpa presunta) o de la no existencia de tal presunción (culpa probada), para predicar la responsabilidad es indispensable que el demandante pruebe el hecho generador, el daño y el nexo de causalidad que permita imputar el daño a la conducta (acción u omisión) del agente generador.

5.2 El nexo causal se entiende como la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado, tema que para su mejor ilustración acude el Tribunal a la doctrina y a la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. La primera<sup>20</sup>, sostiene que los requisitos que debe tener la relación causal “para dar la talla de la teoría de la adecuación” son:

**“Debe ser cierto”:** *el “incierto no es sino una conjetura o una indagación insuficiente o incompleta. En cualquier caso, cuando el vínculo causal aparece borroso, inasible, explicado mediante adjetivos, pero difícil según el curso ordinario de las cosas o desprovisto de datos científicos que lo abonen, puede pasar dos cosas: o no se ha analizado lo suficiente el tema, o se ha conjeturado una relación causal allí donde realmente no la había. Ambas posibilidades son perturbadoras e inconvenientes y deben ser descartadas, porque ambas implican el incumplimiento del requisito de certeza del nexo casual.”*

---

<sup>18</sup> Folios 483-487, cuaderno 1

<sup>19</sup> Folios 488-489, cuaderno 1

<sup>20</sup> López Mesa. *La Responsabilidad Civil. Sus presupuestos*. Edit. IB de F, Montevideo, Buenos Aires. Pág. 449 y ss.

**“Debe ser directo:** Normalmente el nexo causal entre la conducta del dañador y el daño de la víctima es directo, lo que no origina problemas, porque así debe ser naturalmente. Los problemas aparecen, cuando la causalidad es mediata o indirecta, en cuyo caso, con la teoría de la adecuación no cabe imputar tales daños causados medita o indirectamente al agente primario.”, acá pone como ejemplo los daños en cascada.”

**“Debe estar probado”:** para tenerlo por cierto. “Esa prueba normalmente será de tipo científico, surgiendo por ejemplo de una pericia practicada en la Litis; también podrá emanar la certeza buscada sobre el nexo causal de comprobaciones estadísticas; en último caso, podrá surgir de lo que marca el principio de normalidad ..., esto es, lo que es normal o acostumbrado, en ese caso, según las máximas de la experiencia. Pero, habrá ocasiones en que “la prueba de la inasible causalidad se satisfaga a través de presunciones de hecho precisas y concordantes para formar la convicción del juez (...)”

**“No debe estar interrumpido o fracturado:** ... pues en tal caso se produce la exoneración de responsabilidad del agente (...) 1. Caso fortuito o fuerza mayor, ... 2. La intervención de un tercero, ...y 3. La acción del propio perjudicado.

A tono con lo anterior, 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.*

*Pero si hay consenso en la necesidad de esa relación causal, la doctrina, acompañada en este punto de complejas disquisiciones filosóficas, no ha atinado en ponerse de acuerdo sobre qué criterios han de seguirse para orientar la labor del investigador –jueces, abogados, partes- de modo que con certidumbre pueda definir en un caso determinado en el que confluyen muchas condiciones y antecedentes, cuál o cuáles de ellas adquieren la categoría de causa jurídica del daño. Pues no ha de negarse que de nada sirve el punto de vista naturalístico, conocido como teoría de la equivalencia de las condiciones -defendida hace algún tiempo y hoy abandonada en esta materia-, según el cual todos los antecedentes o condiciones (y aún las ocasiones), tienen ontológicamente el mismo peso para la producción del resultado. Semejante posición deja en las mismas al investigador, pues si decide mentalmente suprimir uno cualquiera de los antecedentes, con seguridad llegará a la conclusión de que el resultado no se hubiera dado, a más de la necesaria arbitrariedad en la elección de la condición a suprimir, dado que no ofrece la teoría criterios concretos de escogencia.*

*De las anteriores observaciones surgió la necesidad de adoptar otros criterios más individualizadores de modo que se pudiera predicar cuál de todos los antecedentes era el que debía tomar en cuenta el derecho para asignarle la categoría de causa. Teorías como la de la causa próxima, la de la causa preponderante o de la causa eficiente –que de cuando en cuando la Corte acogió- intentaron sin éxito proponer la manera de esclarecer la anterior duda, sobre la base de pautas específicas (la última condición puesta antes del resultado dañoso, o la más activa, o el antecedente que es principio del cambio, etc). Y hoy, con la adopción de un criterio de razonabilidad que deja al investigador un gran espacio, con la precisión que más adelante se hará cuando de asuntos técnicos se trata, se asume que de todos los antecedentes y condiciones que confluyen a la producción de un resultado, tiene la categoría de causa aquél que de acuerdo con la experiencia (las reglas de la vida, el sentido común, la lógica de lo razonable) sea el más “adecuado”, el más idóneo para producir el resultado, atendidas por lo demás, las específicas circunstancias que rodearon la producción del daño y sin que se puedan menospreciar de un tajo aquellas circunstancias azarosas que pudieron decidir la producción del resultado, a pesar de que normalmente no hubieran sido adecuadas para generarlo.*

*En fin, como se ve, la gran elasticidad del esquema conceptual anotado, permite en el investigador una conveniente amplitud de movimiento. Pero ese criterio de adecuación se lo acompañó de un elemento subjetivo que le valió por parte de un sector de la doctrina críticas a la teoría en su concepción clásica (entonces y ahora conocida*

como de la “causalidad adecuada”), cual es el de la previsibilidad, ya objetiva o subjetivamente considerada. Mas, dejando de lado esas honduras, toda vez que su entronque con la culpa como elemento subjetivo es evidente, y éste es tema que no se toca en el recurso, el criterio que se expone y que la Corte acoge, da a entender que en la indagación que se haga -obviamente luego de ocurrido el daño (la amputación de la pierna)- debe realizarse una prognosis que dé cuenta de los varios antecedentes que hipotéticamente son causas, de modo que con la aplicación de las reglas de la experiencia y del sentido de razonabilidad a que se aludió, se excluyan aquellos antecedentes que solo coadyuvan al resultado pero que no son idóneos per se para producirlos, y se detecte aquél o aquellos que tienen esa aptitud.”<sup>21</sup>

Pronunciamiento reiterado posteriormente, por ejemplo, en la decisión del 15 de enero de 2008, expediente 67300 01, con ponencia del magistrado Edgardo Villamil Portilla.

6. Conforme a lo anterior y tal como se ha venido argumentando, en ninguno de mencionados escenarios de la comprobación de esos presupuestos está exonerado quien hace la imputación, de allí que la afirmación que hiciera en el hecho 81° de la demanda la parte actora, en cuanto a que la enfermedad que causó el deceso del señor Luis Mayorga, “fue producida por la inhalación de asbesto o amianto en su niñez”, debía probarse, conforme a la carga de la prueba de la que no se encuentra liberada.

Al tenor de la literatura que al expediente se acompañó, folios 129 y siguientes, que de cierta manera permite conocer las patologías que causa el asbesto, su evolución, diagnóstico y tratamiento, se encuentra que en relación con la determinación de concentración intrapulmonar de ese mineral dice que “La observación y cuantificación de las fibras de asbesto en las muestras biológicas constituye una información relevante...; hay identificación de cuerpos ferruginosos (fC) en secreciones pulmonares, que “fibras inorgánicas recubiertas de ferroproteína. Dado que en más de los 95% de los casos el material inorgánico presente en el interior del CF corresponde a una fibra de asbesto”(..); “el examen del contenido el CF en el parénquima pulmonar es la técnica más recomendable para el estudio de las patologías relacionadas con el asbesto, cuando existe disponibilidad de tejido pulmonar para su estudio”; (...) “la tomografía computarizada (TC) y sobre todo con técnica de alta resolución (TCAR) es el procedimiento más adecuado para ponerlas en evidencia y resolver los diagnósticos diferenciales...”(..); son procedimientos más sensibles, detectan enfermedad intersticial en el 10-20% de los sujetos sintomáticos con radiografía de tórax normal y permiten una

---

<sup>21</sup> CSJ. Sent. Cas Civ. Sep. 26/2002 Exp. 6878 MP Jorge Santos Ballesteros

mejor valoración de las alteraciones pleurales acompañantes, pero su uso únicamente se recomienda para la evaluación de casos individuales. Mediante su utilización se han observado 5 tipos e imágenes bilaterales relacionadas con la asbestosis: a) líneas curvilíneas subpleurales en áreas no dependientes, paralelas a la pleura pero a 1 cm de ella; b) engrosamiento de los aspectos interlobulares e interlobulares en la periferia del pulmón; c) densidades subpleurales no dependientes, que son un indicador inespecífico de enfermedad intersticial; bandas parenquimatosas que se extienden desde la pleura hacia el interior del parénquima pulmonar, y e) panalización con quistes de paredes finas de localización preferente en zonas posteriores y áreas no dependientes del pulmón. Cuando además de alguna de ellas se observan placas pleurales, la probabilidad de que el proceso esté en relación con una exposición a asbesto se incrementa.”; **“El diagnóstico de certeza es histológico, requiere que como mínimo se evidencien focos de fibrosis en las paredes de los bronquiolos, junto a la presencia de fibras o cuerpos de asbesto.”**.(negrita intencional)

Acá, dentro de los múltiples exámenes y estudios diagnósticos que se le realizaron al señor Luis A. Mayorga Hernández, se encuentra una “Biopsia simple”, que obra a folio 801, en descripción microscópica, se lee: *“pleura con infiltración tumoral por células de aspecto epiteloide regulares de citoplasma rosada con mitosis atípicas escasas y estroma desmoplásico, Marcadores de Inmunohistoquímica muestran positividad para CK5/6, CK/, WT1, Calretinina, Trombomodulina, con negatividad para CEA, TTF1 y CK20. Este inmunoperfil descarta origen metastásico y favorece origen primario maligno mesotelial”*.

En las observaciones de estudio refiere que: *“A solicitud del médico tratante se realizó estudio de inmunohistoquímica adicional para CD117 y CD10 que fueron negativos. La vimentina es positiva en el estroma y focalmente en el epitelio. Estos hallazgos en conjunto con los estudios previos no favorecen origen renal (...)”*

Para abril de 2011, como aparece a folio 627 se encuentra la escanografía de tórax con medio de contraste, en sus hallazgos se lee: *“Se observa engrosamiento de los septos interlobulares comprometiendo el lóbulo superior derecho, asociado con infiltrados de*

*ocupación alveolar en la base pulmonar del mismo lado. Existe derrame pleural derecho de aspecto libre (...) No se identificaron adenomegalias mediastinales*” “CONCLUSIÓN: HALLAZGOS EN RELACIÓN CON PROCESO NEUMONICO BASAL DERECHO DERRAME PLEURAL DERECHO”

En la intervención quirúrgica denominada: “DECORTICACIÓN Y PLEURECTOMIA +SEGMENTECTOMIA PULMONAR (CUÑA) POR TORACOSCOPIA” del 05/04/2011 (fol. 644), se encontró: “LIQUIDO CETRINO LIBRE Y UNA PARTE ENCAPSULADO EN REGION SUBPULMONAR CON ADHERENCIAS PLEURALES MULTIPLES Y GENERALIZADAS DE ASPECTO INFALMATARIO PRINCIPALMENTE DEL LOBULO INFERIOR DERECHO AL DIAFRAGMA, PLEURA PARIETAL CON ALGUNOS MICRONODULOS BLANCOS LOS CUALES SE RESECAN, NODULO PULMONAR EN SEGMENTO BASAL POSTERIOR DEL LOBULO INFERIOR DERECHO”.

En la Anatomopatología, del informe adicional a esa intervención, (fol. 648); en la descripción microscópica “*se observa en: A. Pleura parietal con inflamación crónica, fibrosis e hiperplasia mesotelial moderada, reactiva, con focos de inflamación aguda asociada. B-D Pulmón con dilatación y ruptura de septos alveolares y ganglio linfático intrapulmonar fibroantracrónico con hiperplasia sinuhistiocitaria, pigmento antracrótico y áreas de fibrosis. No hay evidencia de malignidad.*” Y, en el diagnóstico: *1.PLEURA PARIETAL, BIOPSIA: INFLAMACIÓN CRÓNICA CON HIPERPLASIA MESOTELIAL REACTIVA Y ACTIVIDAD INFALAMATORIA FOCAL SIN EVIDENCIA DE MALIGNIDAD. 2. PULMÓN. NODULO, RESECCIÓN EN CUÑA: GANGLIO LINFÁTICO INTRAPULMONAR FIBROANTRACÓTICO SIN EVIDENCIA DE MALIGNIDAD*” (FOL. 648)

TAC de Tórax, 9 de abril de 2011, folio 657: “*No se identifican adenomegalias mediastinales. Identifica derrame pleural basal derecho con presencia de aire al interior. Opacidad parenquimatosa basal derecha con broncograma aéreo que puede corresponder a consolidación, sin embargo, no se descarta atelectasia. Atelectasia laminar basal izquierda. No se identifican otras alteraciones parenquimatosas pulmonares izquierdas. Enfisema del tejido celular subcutáneo de hemitórax derecho. Estructuras óseas sin alteraciones aparentes.*”

*Opinión: Derrame pleural derecho anterior de aspecto no libre con presencia de aire e imagen que sugiere realce (empiema?). Derrame pleural basal derecho con presencia en el interior. Consolidación versus atelectasia basal derecha.”*

*Radiografía de Tórax, 9 de abril de 2011 (fol. 658): Se observa extensa radio opacidad que compromete los dos tercios inferiores del hemitórax derecho, por derrame pleural y signos de broncograma aéreo, por consolidación parenquimatosa. Pobre expansibilidad pulmonar. (...) OPINIÓN: PROCESO PARENQUIMATOSO CONSOLIDADO ASOCIADO CON DERRAME PLEURAL EN LA BASE PULMONAR DERECHA”*

*El 26 de abril de 2011, folio 688, aparece el resultado de la intervención “DECORTICACIÓN PULMONAR DERECHA + TORACOSCOPIA EXPLOTARIA”, donde se encontró: “Engrosamiento pleural parietal y visceral pulmonar derecho, Atrapamiento pulmonar del lóbulo inferior derecho. Colección subpulmonar, lateral y mediastinal de aproximadamente 700 cc de hemotorax coagulado sobreinfectado. Membranas fibrinopurulentas y múltiples adherencias pleuropulmonares. Se encontraron algunos micronódulos por toda la superficie pleural de aspecto granulomatoso tuberculoso los cuales se enviaron a patología. Colección subpleural apical derecha drenada a la cavidad pleural.”*

*“ESCANOGRAFIA DE TÓRAX DE ALTA RESOLUCIÓN”, el 24 de agosto de 2011” “datos Clínicos: TBC pleural tratada. Engrosamiento pleural residual.*

*“Se realizan cortes axiales con técnica helicoidal de multidetectores desde el estrecho torácico superior hasta las bases pulmonares. Se adicionan reconstrucciones multiplanares. Se practica comparación de hallazgos con estudio escanográfico previo del 24 de Abril de 2011.”*

*“Disminución comparativa del volumen del pulmón derecho con múltiples tractos fibro atelectásicos apicales, engrosamiento septos interlobulillares y consolidaciones de los segmentos medial y lateral del lóbulo medio y basales lateral y posterior del lóbulo pulmonar inferior derecho. Discreto derrame pleural de aspecto tabicado en el lado derecho.”*

*“Calcificación lineal en el tercio medio del margen posterior externo del pulmón derecho ya visualizada en el estudio previo y aspecto residual.*

*No se aprecian otras lesiones parenquimatosas pulmonares ni pleurales en el lado izquierdo...No se identifican masas ni adenomegalias mediastinales.*

*CONCLUSION: CONSOLIDACIÓN EL LÓBULO MEDIO NO VISUALIZADA EN EL ESTUDIO PREVIO. CONSOLIDACIÓN DEL LÓBULO PULMONAR INFERIOR DERECHO YA VISUALIZADA ANTERIORMENTE Y SIN VARIACIONES RESPECTO DEL MISMO; AL IGUAL QUE CALCIFICACIÓN LINEAL PLEURAL Y DERRAME PLEURAL IPSILATERAL”*

La historia clínica de señor Luis Alfonso Mayorga es abundante en los exámenes y procedimientos, siendo los citados algunos ellos, pero esos documentos no son conclusivos en señalar que la única y exclusiva causa de **Mesotelioma Epitelioide Pleural** lo es la exposición al asbesto; el mismo demandante así lo admitió en el hecho 24°, cuando anotó que *“Se ha establecido como principal causa del mesotelioma”*, (se subraya); y conforme al sustrato científico arrimado la presencia del mineral en el tejido pulmonar puede establecerse a través del estudio cualitativo en secreciones respiratorias: esputo, aspirado bronquial o lavado broncoalveolar; sin embargo, a Luis Alfonso Mayorga Hernández, padre y esposo de los aquí demandantes, análisis de esa naturaleza no le practicaron, o al menos no fueron traídos al expediente; es más, en ninguno de los resultados de los exámenes aparecen las señales características del cáncer causado por asbesto, reseñadas en los estudios que la misma parte demandante aportó. Sólo la demandante Flor Riaño narró que días después del diagnóstico positivo del mesotelioma, el oncólogo les indagó acerca de cuándo Luis Alfonso estuvo expuesto al asbesto; comentario que quedó en el vacío pues no informó el nombre del especialista que, según su dicho, de esa forma se expresó, y en el historial clínico no hay anotación al respecto.

Y no se diga que al médico sólo le corresponde establecer el diagnóstico, o que no era factible ni posible la práctica de tales estudios clínicos, pues el mismo extremo demandante arrimó los que varios años atrás, en noviembre de 1996, le hicieron al padre de Luis Alfonso, al señor Rafael Mayorga Donoso, a quien le practicaron: Rx



de Torax; ecografía de toráx, “Se tomaron muestra (sic) para laboratorio de patología un lavado bronqueal, biopsia bronquial asbestosis pulmonar; Cortes muestran fragmentos de tejido pulmonar con engrosamiento septal en parches por depósito de colágeno maduro y escasa celularidad de histocitos y Neutrofilos con presencia de cuerpos de asbesto en estas áreas, además se observa antracosis perivascular y hacia la luz alveolar macrofagos pardos y hemosidrofagos. Lavado brocoalveolar, macrofagos 74, Linfocitos 8, Neutrofilos 18, coloración para hierro, se observan hemosidrofagos y cuerpos de asbesto, lavado bronquial PAP1, lavado brocoalveolar neutrofilia por asbesto positiva. El paciente se le realizó toracocentesis no obtuvo ningún líquido se llevó a video toracosopia, se tomaron muestras de pleura y muestras para patología, las muestras de patología muestran tejido pleural, con fibrosis, las muestras pulmonares muestran fibrosis pulmonar por asbesto y granulomas no caseificantes escasos.”<sup>22</sup>, evidentemente era factible, posible y además recomendable y necesario la práctica de exámenes de laboratorio clínico que permitieran establecer que Luis Alfonso Mayorga Hernández inhaló asbesto.

Tampoco hay un dictamen pericial que permita establecer que todos aquellos hallazgos encontrados en los exámenes y procedimientos realizados al precitado, conforme a su historia clínica, sean coincidentes con aquellos que la abundante literatura que también se trajo al proceso señalan como característicos de las enfermedades que produce la aspiración del asbesto.

Y en esas condiciones, no puede entrar la Sala a conjeturar, como lo pretende el recurrente, que el mesotelioma epiteloide del señor Luis Alfonso tuvo como origen la inhalación de asbesto al lavar los overoles de su padre y jugar con las lonas que éste llevaba a su casa; porque como lo sostiene la jurisprudencia citada:

*“(...)cuando de asuntos técnicos se trata, no es el sentido común o las reglas de la vida los criterios que exclusivamente deben orientar la labor de búsqueda de la causa jurídica adecuada, dado que no proporcionan elementos de juicio en vista del conocimiento especial que se necesita, por lo que a no dudarlo cobra especial importancia la dilucidación técnica que brinde al proceso esos elementos propios de la ciencia –no conocidos por el común de las personas y de suyo sólo familiar en menor o mayor medida a aquellos que la practican- y que a fin de cuentas dan, con carácter general, las pautas que ha de tener en cuenta el juez para atribuir a un antecedente la categoría jurídica de causa. En otras palabras, un dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole, entre otras pruebas, podrán ilustrar al juez*

---

<sup>22</sup> Folio 552, 563 cuaderno 1

sobre las reglas técnicas que la ciencia de que se trate tenga decantadas en relación con la causa probable o cierta de la producción del daño que se investiga. Así, con base en la información suministrada, podrá el juez, ahora sí aplicando las reglas de la experiencia común y las propias de la ciencia, dilucidar con mayor margen de certeza si uno o varios antecedentes son causas o, como decían los escolásticos, meras condiciones que coadyuvan pero no ocasionan. De la misma manera, quedará al abrigo de la decisión judicial, pero tomada con el suficiente conocimiento aportado por esas pruebas técnicas a que se ha hecho alusión, la calificación que de culposa o no se dé a la actividad o inactividad del profesional, en tanto el grado de diligencia que le es exigible se sopesa y determina, de un lado, con la probabilidad de que el riesgo previsto se presente o no y con la gravedad que implique su materialización, y de otro, con la dificultad o facilidad que tuvo el profesional en evitarlo o disminuirlo, asuntos todos que, en punto de la ciencia médica, deben ser proporcionados al juez a efectos de ilustrarlo en tan especiales materia(...)(Sep. 26/2002 Exp. 6878)

7. Entonces, no es cierto que en la decisión se haya descartado o desconocido los documentos científicos que demuestran los efectos del uso del asbesto, muchos menos que se haya pasado por alto. Por el contrario, basta observar la parte considerativa de la sentencia concretamente la pagina 5 y siguientes, en donde además de hacer citas de la Organización Internacional del Trabajo y la Organización Mundial de la Salud, se indica: *“...no es un hecho desconocido que a nivel mundial se han adelantado gestiones, tramites y propuestas para demostrar que el asbesto, causa daños graves, importantes e incluso mortales para las salud...(...) tales tramites, gestiones, intentos por esa demostración y los ingentes esfuerzos de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales a nivel mundial, no se desconocen...”*. (Destacado fuera del texto)

Tampoco es cierto que se haya omitido realizar un análisis en conjunto del material probatorio aportado al expediente, pues como se observa allí se hace mención de cada una de las pruebas individualmente y en conjunto como corresponde.

Ahora, si bien es cierto en la sentencia se afirma que los médicos no indicaron el origen de la patología diagnosticada, pero en la historia clínica visible a folio 633 aparece la constancia de *“...antecedentes de exposición crónica a asbesto”*, debe anotarse que tal afirmación no es contradictoria si se tiene en cuenta que lo que aparece allí no es el resultado de un examen, sino la información registrada en la historia clínica por la versión recibida del mismo paciente u otra persona. Al punto, que la historia clínica a que se refiere el apelante, que data del 5 de abril de 2011, dicha expresión se repite tanto en la parte de *“DIAGNOSTICO ACTUAL”* y *“I. PARACLINICOS”*, y líneas más abajo se anotó simplemente como diagnóstico actual *“CX TORAX”*, *“I PARACLINICOS: PACIENTE DN*

*DERRAME PLEURAL, **SIN DIAGNOSTICO EXACTO**, POR LO QUE REQUIERE DRENAJE Y LIMPIEZA DEL MISMO Y TOMA DE MUESTRA PARA ESTUDIO HISTOLOGICO Y ASI TENER DIAGNOSTICO PARA DEFINIR TRATAMIENTO". (resalta la Sala)*

Asimismo, a folio 796 el médico Juan Pérez expidió incapacidad al señor Luis Mayorga con diagnóstico de "PAQUIPLEURITIS SIN ASBESTOSIS", el 13 de agosto de 2012.

Fue con el resultado de la biopsia simple, obrante a folio 801, validado el 21 de agosto de 2012 que se concluyó: "DIAGNOSTICO: PLEURA DERECHA-BIOPSIA: POSITIVA PARA MALIGNIDAD, COMPATIBLE CON MESOTELIOMA EPITELIODE-VER DESCRIPCION MICROSCOPICA". Llama la atención una nota final: "paciente solicita todo el material incluyendo patologías anteriores 40627601, bloque 40627648/42713705. Se hace entrega de láminas y bloques en su totalidad. regresa todo el material de nuevo NOTA no lo revisaron finalmente. 20/09/2012"

Tampoco es cierto que el testigo Jorge Hernán Estrada (médico) haya concluido que la enfermedad diagnosticada a la víctima como "mesotelioma pleural" haya sido adquirida concretamente por la exposición al asbesto. Por el contrario, si anotó que una de las causas para adquirir esta enfermedad podía darse por varios factores, además de la exposición, como eran hereditarios, virus o el consumo de cigarrillo; y no el 100% de los mesoteliomas se causaban por la exposición al asbesto, tan solo el 70%.

En cuanto a las conclusiones a que se refiere el abogado de la parte apelante, debe anotarse que no tiene la connotación que pretende darle, en razón a que, tal como allí lo afirma, el asbesto es un elemento natural que se ha utilizado para infinidad de actividades, pero el grado de afectación al ser humano su uso ha sido regulado.

Con todo, debe anotarse que dicho tema es ajeno al eje central del problema jurídico, porque recuérdese que el señor Luis Alfonso Mayorga Hernández no laboraba con ETERNIT COLOMBIANA S.A.; sin embargo, tanto el testigo como algunos de los documentos que

están en el expediente indican que la enfermedad de Mesotelioma se podría generar por *“altas exposiciones”*.

Frente a la exposición al asbesto en el documento denominado *“SALUD DE LOS TRABAJADORES ASBESTO MODULO DE ADIESTRAMIENTO CENTRO PANAMERICANO DE EXOLOGIA HUMANA Y SALUD ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD”* se indica que *“La inhalación de fibras de asbesto produce fibrosis pulmonar intersticial difusa. Para que esto ocurra, la exposición debe ser durante varios años y en forma continua”* [figura 60] (folios 194 cuaderno 1).

Documento que igualmente señala que los estándares OSHA frente a la exposición del asbesto son:

*“El promedio debe ser menos de:*

*2 fibras/ml x 8 horas*

*Con crestas no mayores de:*

*10 fibras/ml x 15 minutos”*

Donde se explica que: *“El valor umbral límite establecido por la Administración de Seguridad y Salud Ocupacional de los Estados Unidos de América a que puede estar expuesto un trabajador en jornadas de 8 horas diarias es de 2 fibras por mililitro de aire ambiental, con incremento no mayores de 10 fibras por mililitro de aire en periodos de 15 minutos”*. [figura 61] (folio 195 *ibídem*)

Documento que frente al *“Mesotelioma”*, señala:

*“1- periodo de latencia. 3-55 años.*

*2- periodo medio de latencia 37 años”*.

Anotando, que *“El mesotelioma puede comprometer tanto la pleura como el peritoneo; el periodo de latencia es extremadamente variable fluctuando entre 3 a 55 años a partir de la primera exposición”*. [figura 99] (folio 207 *ibídem*)

Concluye dicho trabajo, que: *“en el caso del mesotelioma no hay tratamiento efectivo y el pronóstico es fatal dentro de los 8 meses*

*siguientes después de establecer el diagnostico*". [figura 101] (folio 211)

Respecto a la declaración del señor Luis Eduardo Bigoya a quien le atribuye el abogado de la parte demandante fue el testigo que dijo que los uniformes se impregnaban de asbesto y respecto del cual anota el *a quo* no dijo nada, debe anotarse que no solo ese testigo se refirió el tema, obsérvese que el señor Jacob Cardozo Rodríguez, relató sobre los overoles y los petos que les daban de protección y a la lavandería que colocaron en una sección a mediados del año de 1985 y en otra 1985, y los vistieres, persona que también reconoció que en el reglamento de trabajo había sanciones para los trabajadores que se llevaran los sacos donde venía el asbesto.

Igualmente, se tiene como el mismo señor Luis Eduardo Bigoya explicó como desde que el ingresó a la empresa año 1959, la entidad le hizo entrega de las primeras mascarillas, las cuales aclaró se tenían que asegurar con esparadrapo y a veces se las quitaban porque no los dejaba respirar. Persona que igualmente explicó que a mediados de 1962 les entregaron otras, marca 3m, que eran mejores y luego con unos aspiradores la situación mejoró.

Conforme a lo anterior, no observa la Sala que se configure la falencia en que se funda el reparo; ahora, en cuanto a la posible inconsistencia mecanográfica de si la responsabilidad es objetiva o subjetiva, se tiene que dicha disyuntiva carece de fuerza para quebrar la sentencia.

Por lo tanto, pese a que lo argumentado resultaría suficiente para confirmar el proveído apelado, conforme a los antecedentes que se relataron en la demanda, el señor Luis Alfonso Mayorga Hernández para la época en que laboró su padre señor Rafael Alfonso Mayorga Donoso en ETERNIT (1971 a 1980), tan solo tenía 3 años al momento que ingresó a la empresa su progenitor y cuando se le terminó el contrato tenía 12 años; y respecto a la actividad de la que se afirma adquirió la enfermedad, ninguno de los testigos da cuenta de la periodicidad con que lo hacía, como para predicar una exposición constante al asbesto y por largos años, en las labores de aseo de los overoles de su progenitor, como se extracta de la literatura que la misma parte adjuntó.

Respecto de lo anotado, la única testigo Nohora Marlen Mayorga, hermana del fallecido, narró que cuando su padre llevaba los overoles a casa ellos “*tenían que echarlos a la ponchera para lavar cuando mi mamá nos mandaba*”; y que les parecía muy divertido mover las bolsas por que les parecía estar jugando con nieve. Pero también narró como fue la enfermedad de su padre, para decir que la de su hermano fue diferente porque primero los médicos dijeron que era tuberculosis y nunca se detuvieron a mirar que la causa fuera por asbesto; que su mamá sufre de Epoc; ella tuvo un tumor medular, endometriosis, tres tumores, carcinoma papilar de tiroides; su abuelo falleció de un cáncer cerebral; una tía paterna de cáncer de estómago; un tío de cáncer de próstata, reconociendo así que su familia tiene antecedentes de varias muertes por esa grave enfermedad; aspectos que refuerzan el argumento, respecto de la ausencia del nexos causal, pues, en esas condiciones, resultaba necesario la prueba indicativa de que el cáncer que padeció el señor Luis Alfonso, lo fue por inhalación de fibras de asbesto.

Otra la situación si en este asunto se hubiera aportado la prueba que se echa de menos, pues si bien la demandada por lucrarse de una actividad que produce riesgos en la salud de trabajadores y terceros está presumida de culpa, sí debió quedar diáfananamente establecido el nexos de casualidad, esto es, que el cáncer que padeció el señor Luis Alfonso fue como consecuencia de la inhalación de fibras de asbesto, conexidad que no se probó y por ende no se configura la responsabilidad que se pedía fuera declarada.

8. Por lo expuesto se confirmará la sentencia apelada, al encontrarse ajustada al sustento fáctico, jurídico y probatorio discutido en el proceso; y se impondrá la consecuente condena en costas de esta instancia a cargo del recurrente, conforme lo consagrado en el artículo 365 del C.G.P., propósito para el que la Magistrada Sustanciadora señala la suma de \$2´635.133, equivalente al 0,1% del valor de las pretensiones confirmadas, conforme lo establecido en el numeral 1.1 del artículo sexto del Acuerdo 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:**       **CONFIRMAR** la sentencia que profirió el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá el 31 de mayo de 2019 dentro de este asunto.

**SEGUNDO:**       **CONDENAR** en costas de esta instancia a la parte recurrente. Practíquese su liquidación en la forma prevista en el artículo 366 del C.G.P., e inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$2´635.133 M/Cte.

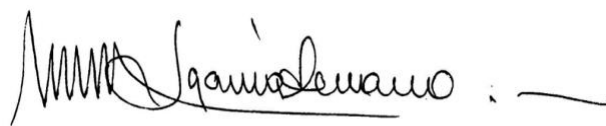
**NOTIFÍQUESE,**



**MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA**  
Magistrada



**JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS**  
MAGISTRADO



**MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO**  
Magistrada

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.**

**SALA CIVIL**

Bogotá D.C., catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020)

*Rad. N° 11001 31 03 003 2016 00726 01*

Tomando en consideración el artículo 8° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020<sup>1</sup>, y conforme a lo dispuesto en los artículos 3°, 103 y 107, parágrafo 1° del Código General del Proceso, se señala la hora de las **10:30 a.m. del 1° de septiembre de 2020**, para adelantar la audiencia de sustentación y fallo de que trata el artículo 327 del mismo compendio normativo, la cual se realizará a través del servicio de audiencias virtuales y sobre lo cual se les informará oportunamente a los abogados.

En firme el presente proveído ingrese a Despacho para continuar con su trámite.

**Notifíquese y Cúmplase,**

*Adriana Ayala Pulgarin.*  
**ADRIANA AYALA PULGARIN**

Magistrada

---

<sup>1</sup> Emitido por la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura y "Por medio del cual se adoptan medidas para el levantamiento de los términos judiciales y se dictan otras disposiciones por motivos de salubridad pública y fuerza mayor".



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

**MAGISTRADO PONENTE:**  
**LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Bogotá D.C., catorce de agosto de dos mil veinte

De conformidad con lo establecido en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, procede el Tribunal a decidir el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia emitida el 4 de diciembre de 2019 por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia.

**ANTECEDENTES**

1. La sociedad Constructora JF SAS solicitó que se condene al demandado Bancolombia S.A., a restituirle los valores que pagó en el proceso de adquisición de una maquinaria para tomarla en arriendo leasing, así como la suma que, automáticamente, debitó de su cuenta corriente, y que se sancione a la convocada por la inserción de cláusulas abusivas en el convenio de arrendamiento financiero.

2. Como sustento de tales peticiones señaló que el convocado no cumplió con la obligación de entregar el bien objeto de arrendamiento financiero, puesto que cuando estaba siendo transportado por el proveedor, la cosa fue hurtada, no obstante lo cual se realizaron varios cobros y la compensación de una suma de dinero, actuación que, en

su criterio, no era procedente, al paso que –denuncia– en el contrato se incluyeron cláusulas abusivas que trasladaron al locatario toda responsabilidad en relación con la pérdida del bien, a lo que se aúna que existió, de parte del banco demandado, abuso de posición dominante, puesto que se le cobró el seguro de transporte de la mercancía –que se constituyó a favor del arrendador– pero no se le giró a la aseguradora.

2. Bancolombia S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, señalando que cumplió con la carga que tenía en relación con la maquinaria que se daría en locación, al haber autorizado al proveedor a realizar su entrega, de acuerdo con las instrucciones previamente definidas por el locatario. Adicionalmente expuso que el contrato de seguro al que hace relación el escrito inicial, no fue tramitado por esa entidad.

3. La autoridad de primera instancia denegó las pretensiones de la demanda, con apoyo en los siguientes fundamentos:

3.1. De conformidad con el clausulado del contrato de leasing, el locatario aprobó quién serviría de proveedor del bien, mientras que Bancolombia únicamente actuó como intermediario para la adquisición del activo, de acuerdo con las instrucciones dadas por el demandante, quien, además, admitió en su interrogatorio de parte que fue el encargado de seleccionar, directamente, a la empresa que abastecería la máquina. En este orden –añadió el *a quo*– el demandado emitió la autorización correspondiente, atendiendo las instrucciones del locatario, para que efectuara la correspondiente entrega material, la cual no se agotó porque el artefacto fue hurtado cuando era transportado. Por lo tanto, no es viable extraer que Bancolombia haya

incurrido en responsabilidad en relación con ese acto, ya que este no corría por su cuenta.

3.2. En relación con la contratación de un seguro para amparar el viaje de la máquina, destacó que los correos electrónicos hacían referencia a una póliza colectiva o global que protegía los activos dados en locación, más no el transporte de los mismos para su entrega y, además, no hubo cotización de ese tipo de aseguranza, puntualizando que el cobro que se realizó por un concepto similar fue erróneo, dado que se estaban tramitando otros contratos con el demandante. En todo caso –agregó– la factura en que se realizaba el cobro de una póliza, fue pagada el 19 de junio de 2014, cuando ya había ocurrido la pérdida del bien, así que, si se aceptara que la misma se trataba de un seguro de transporte, éste carecía de objeto.

3.3. Sobre la exigencia del anticipo e intereses, destacó que la cláusula quinta del contrato reguló la posibilidad de que Bancolombia recobrara el costo que el proveedor exigiera para poner el bien en las condiciones exigidas por el locatario, cifra que causaría réditos. Por lo tanto, es viable que se reclamaran ambos conceptos, de los cuales solamente se acreditó el pago de los causados hasta el 21 de mayo de 2018, más no el costo del anticipo, lo que posibilitaba su reclamo, temática de la que también relievó que ese monto fue aceptado por las partes, y además se constata con la cuenta enviada por el productor del bien y el correo de la misma fecha en el que JF Constructora autorizó ese desembolso.

3.4. Finalmente, en torno a la compensación sobre la cuenta corriente, puso de relieve que esta se encuentra autorizada por el artículo 1385 del C. de Co., aunado a que no se restringió esa habilitación legal en el contrato de leasing. Y frente al tema de las cláusulas abusivas,

explicó que ese ataque se planteó de manera genérica para denunciar que se le trasladaba al arrendador toda responsabilidad frente al bien, sobre lo cual, en criterio de la delegatura de primera instancia, no había elemento que permitiera calificar algún segmento del pacto como vejatorio.

4. Con el propósito de que se revoque la determinación de primera instancia y se acceda a las condenas reclamadas, el accionante propuso recurso de apelación, desarrollando los argumentos de reparo ante la autoridad de primera instancia, los cuales se resumen de la siguiente manera:

4.1. Se analizó de manera simplista la factura en la que se cobró la póliza que “ampara lo concerniente al contrato de leasing 164032, ya que el mencionado documento nunca fue tachado de falso o desconocido por el banco”.

4.2. El hecho de que Bancolombia haya cobrado tardíamente esa póliza es una conducta atribuible a esa entidad y no al demandante. Su valor debió debitarse de la cuenta corriente.

4.3. La entidad bancaria debió hacer uso de la póliza y afectarla, en su calidad de beneficiario, para garantizar la reparación de la pérdida sufrida.

4.4. Sí existió una conducta abusiva al debitar el valor del anticipo puesto que el contrato de arrendamiento financiero no contempla esa posibilidad. Además, dado que no se había cumplido el objeto del contrato, no existían obligaciones exigibles recíprocas que justificaran esa gestión.

5. El demandado solicitó, a través de correo electrónico del pasado 28 de julio, la remisión de la sustentación del recurso de alzada, no obstante que mediante proveído del 15 de julio esta Corporación puso en conocimiento el memorial de desarrollo de los reparos, el cual fue publicado, junto con el auto, en el estado del día 16 del mismo mes.

## **CONSIDERACIONES**

1. Como primera medida, es preciso puntualizar que la demandante, dentro del término oportuno de los tres días siguientes a la emisión del fallo de primera instancia, desarrolló con suficiencia, claridad y completitud los argumentos de disenso frente a la sentencia emitida – previamente resumidos– los cuales se dieron a conocer a su contraparte mediante providencia del 15 de julio del año en curso, gestión que, en criterio de la mayoría de la Sala, es idónea para tener por debidamente sustentado el recurso de alzada, al exponer las razones de discrepancia, como insumo que va a orientar la decisión de segunda instancia, postura que salvaguarda el acceso a la administración de justicia del interesado y la efectiva prevalencia del derecho sustancial, en los términos del artículo 11 del CGP, a lo que se adiciona que reclamar del censor una doble sustentación, encarna un exceso ritual innecesario.

Este pensamiento ha sido reiteradamente avalado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, vía acción de tutela, como se recordó en sentencia STL-3915 del 10 de junio del año cursante, al resaltar que tal orientación “no solo se garantiza el derecho al debido proceso y el acceso a la administración de justicia, ‘sino a un proceso justo, y recto’, materializándose así el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas”. Por lo tanto, tal y como se concluyó en dicho pronunciamiento, “el recurso de apelación que se interponga en

contra de la providencia dictada por el juez de primer grado, puede ser sustentado de forma oral o escrita, y, por lo mismo habiéndose considerado por el *a quo* que la sustentación de la alzada se hizo en debida forma, no existía ningún obstáculo para que el Tribunal accionado procediera a desatar la controversia sometida a su consideración”.

No pierde de vista el Tribunal que mediante comunicado de prensa No. 35 de 2019, se informó, a grandes rasgos, que en la sentencia SU418 de ese año se consignó que “el recurso de apelación debe sustentarse ante el superior en la audiencia de sustentación y fallo, y la consecuencia de no hacerlo así, es la declaratoria de desierto del recurso”. No obstante, a la fecha esa determinación no ha sido publicada y, por ende, no ha adquirido fuerza vinculante, como quiera que el comunicado de prensa, solamente “tiene un carácter eminentemente informativo...para servir de órgano de comunicación de este Tribunal y, en consecuencia, no sirven de sucedáneo a la notificación legal de dichos fallos”, según se explicó en auto 521 de 2016 por esa colegiatura, de allí que “su propósito eminentemente informativo no les confiere fuerza vinculante de ninguna índole”, según se afirmó en auto 283 de 2009.

2. No obstante que en materia contractual la ley confiere poder a los sujetos de derecho para darle vida al negocio jurídico, como acto de disposición de sus intereses con el propósito de satisfacer un interés social o económico, sin embargo, conviene recordar que esa potestad no es libérrima, pues su ejercicio puede confinarse o reducirse por designio del legislador, a través de normas de orden público, con el propósito de proteger determinados sectores de la población o de la economía, condición predicable de las relaciones de consumo, en respuesta a la insuficiencia de las normas clásicas del derecho privado

para sentar el necesario y justo equilibrio entre las partes, dada la desigualdad o asimetría obrante entre ellas, por lo que en la Constitución de 1991 se diseñó una regulación especialmente tuitiva del extremo débil de esa relación económica, que se hizo patente con la expedición de las leyes 1328 de 2009 y 1480 de 2011, que contemplan la presencia de variados mecanismos de amparo, aplicables de manera especial ante el supuesto cierto de la debilidad que se predica de uno de los extremos de ese acuerdo, especialidad proteccionista que se manifiesta en la regulación de los negocios en los que interviene un sujeto con la condición de consumidor –común o financiero-, calidad ésta definida por el literal d), artículo 2 de la ley 1328 de 2009 como “todo cliente, usuario, o cliente potencial de las entidades vigiladas”, cuya protección “se inspira en el deber de fortalecer sus derechos frente a los productores y distribuidores, dada la desigualdad y la asimetría en que se desenvuelve la persona que acude al mercado, de cualquier bien o servicio, para satisfacer sus necesidades”, como lo explicó la Corte Constitucional en sentencia C-909 de 2012, parámetros que van a regir el análisis que realizará el Tribunal para definir la contienda.

3. El demandante presentó como base fáctica de la pretensión indemnizatoria la existencia de cláusulas leoninas en el contrato leasing celebrado, al trasladar la responsabilidad derivada de la pérdida del bien al arrendatario; que el banco demandado incurrió en abuso del derecho y posición dominante; que al bien dado en leasing debe aplicarse la normatividad civil en lo relativo a los riesgos por la pérdida de la cosa y que, en consecuencia, se debe condenar a la entidad arrendadora a la restitución del dinero pagado y debitado de manera ilegal de su cuenta corriente.

La Superintendencia de conocimiento negó las extractadas aspiraciones al valorar, en esencia, que la actuación del banco se ajustó a los términos pactados, por cuanto la selección del artefacto objeto del arrendamiento financiero estaba a cargo del actor; que la pérdida del bien no le era imputable a la demandada; que para el aparato no se había solicitado ni convenido un seguro de transporte; que su pérdida ocurrió antes del pago de la prima realizado por cuenta de otra aseguranza, justificando esta conclusión en el error en que incurrió el banco en la confección del recibo de pago 9007, en el que consta que esa erogación se realizó para cancelar un seguro de transporte. Así mismo, puntualizó que la modalidad de pago utilizada por el banco está autorizada por el contrato, con respaldo en el artículo 1385 comercial, y que no existen cláusulas abusivas.

4. No obstante que el debate se orientó, de manera principal, por el fenómeno del riesgo en la pérdida del objeto contractual, del que el actor anhela se rija por las normas civiles, sin embargo, la inconformidad total exteriorizada en los reparos se extiende a la responsabilidad que se desgaja por la omisión del banco de tomar el seguro de transporte que la demandante tuvo la intención que se adquiriera para amparar el bien –supuesto que no se propuso en las pretensiones–. Sin embargo, tal viraje puede asumirse en la definición de las relaciones de consumo, en las que el juzgador no está confinado por la congruencia y le es dable resolver haciendo abstracción de los lindes que las partes hubieran impuesto, tal como autoriza el artículo 58 de la ley 1480 que sienta las normas que disciplinan la actividad procedimental y sustancial.

En este orden, se plantea en la apelación que como el recibo de pago de la póliza no fue tachado de falso, del mismo se desprende la plena prueba del: *i)* “consentimiento ... de negociar y querer que planta



dosificadora (sic) contara con una póliza de transporte”; *ii*) el valor y pago de la prima y *iii*) que esta recaía en el contrato leasing, temática sobre la que importa destacar que es verdad que el demandado no acusó de falsedad el mencionado recibo de pago, pero tampoco puede dejarse en el olvido que al responder el hecho 2.6. de la demanda, destacó el error que se cometió al incluir en la referencia “pago seguro de transporte”, explicando que esa solución se “asoció al contrato No. 164032 siendo el número de contrato de leasing correcto el No. 174216 cuyo titular es la hoy demandante y sobre el cual se negociaron unos activos diferentes y sobre el cual el locatario dio expresa autorización para la inclusión en la póliza colectiva”.

Por lo tanto, el convocado cuestionó el contenido del escrito con la explicación de que el mismo obedece a un error, atacando su propensión para demostrar el supuesto fáctico de la autorización para que se tomara el seguro de porte o por lo menos la intención de que así se actuara, materia sobre la que, en los reparos, se realiza especial énfasis para obtener la revocatoria de la sentencia. Sobre el punto, observa la Sala que para lograr ese cometido desestimatorio del referido documento no era necesario proponer tacha de falsedad, pues gran diferencia existe entre el documento que dolosa o intencionalmente se falsea, de aquel en el que, sin intención, se ha cometido un error en la transcripción de la información o se ha incluido un texto que no corresponde a la realidad. Con tal orientación, aclara la Sala que la tacha de falsedad se reclama para atacar el documento cuando su materialidad ha sido objeto de adulteraciones, adiciones, enmendaduras, suplantaciones, etc., diferente, por completo, de la ausencia de verdad en la declaración contenida en el instrumento que, simplemente exige el cuestionamiento de lo consignado en el escrito a través de los medios ordinarios de prueba para desvirtuar la falaz

expresión, carga que le corresponde a quien alega la ausencia de correspondencia de lo declarado con la realidad.

5. Así las cosas, la circunstancia cierta de que el demandado no propuso tacha de falsedad, no conduce a que se deba tener por cierto el hecho que se describe, como quiera que a pesar de que el valor formal del documento no admita reproche, su mérito expresivo está condicionado a la certitud de los hechos que representa, esto es, a su alcance probatorio, que únicamente se relaciona con el contenido del elemento demostrativo, a fin de corroborar la realización de los hechos que a través suyo han quedado plasmados, para lo que ninguna importancia tiene que el medio de convicción tenga, formalmente, pleno valor probatorio, porque a pesar de ello, el mismo no conduce, necesariamente, a demostrar los hechos afirmados por su oferente, ya que el escrito resulta ineficaz para probar en la misma medida en que lo sea lo que en él se incorpora; de ahí que si éste es fruto de un error o el mismo es ilegible o recae sobre situaciones sin importancia para la contienda, etc., entonces nada revela en favor de lo alegado, sin interesar a quién sea imputable tal deficiencia, debate que, entonces, se plantea sobre la real existencia de esa equivocación, tarea que procede a desarrollar la Sala, para sentar si el artefacto dado en leasing debió ampararse para los riesgos del transporte –como auténtica pérdida de oportunidad–o si esa atestación recaía sobre otros bienes y diferente clase de seguro.

En desarrollo de lo expuesto, como el memorado documento proviene del demandado, para que esa manifestación pública le sea inoponible es necesario que exista prueba de la ausencia de coincidencia entre la realidad y lo manifestado, probanza que en el sub judice quedó debidamente establecida, porque a pesar de que en el recibo se hizo constar que se pagaba “seguro de transporte-mercancías”, lo cierto es

que esa aseveración no corresponde a la previa solicitud de que se tomara esa tipología de aseguranza –ni siquiera a la intención del actor que frustró la demandada, que de existir aquella quedó en su fuero interno, sin entidad para obligar a la contraparte– porque los antecedentes de la expedición de ese documento de pago –con presunción de autenticidad– reflejan un contexto distinto.

Sobre la toma de seguros, es usual que como elemento accidental del contrato de leasing, se convenga que sea el arrendatario quien los contrate con el fin de amparar los riesgos sobre la cosa misma, los derivados de la responsabilidad civil frente a terceros, cuya tenencia detenta el locatario, u otro que cubra las contingencias que se generan por el transporte, ya que dada la peculiar naturaleza del contrato de arrendamiento financiero el arrendador funge como propietario hasta tanto no se haga uso de la opción de compra y, por ende, desea permanecer indemne frente a los futuros avatares que puedan ocurrir durante el pacto y ejecución del acuerdo, al paso que el locatario también puede aspirar a salvaguardar su propio interés que, por intermedio del seguro, se quiere resguardar.

Por igual, para la Sala es perfectamente claro que el arrendatario también podría evaluar su efectiva necesidad de tomar un seguro de porte, ante la presencia de un interés asegurable propio pues, debe memorarse que su relación con la cosa puede generar, deterioro, pérdida, destrucción, etc., gestándole un perjuicio, el cual puede ser objeto de aseguranza, ya que, no en vano, “desde la perspectiva propia del contrato de seguro, en una operación de arrendamiento financiero pueden observarse diversos intereses en relación con el bien entregado: de una parte el de la sociedad arrendadora, como titular del derecho real de dominio y, de otra, el del arrendatario como tenedor del bien obligado a su restitución”

(circular externa 007 de 1996), lo que explica la posibilidad de su contratación por cuenta propia según el objeto que se quiere proteger.

6. Con el propósito de absolver la divergencia propuesta por el actor, se observa que dentro de las estipulaciones contenidas en el contrato de arrendamiento financiero celebrado por los ahora contendientes, en la cláusula décimo octava se convino la obligación del arrendatario de “contratar y mantener siempre vigentes durante toda la vida del contrato la(s) póliza(s) de seguro descrita(s) en la Parte II Datos Generales del presente contrato, necesaria(s) para la debida protección de el(los) bien(es) objeto del mismo; así como la póliza que ampare la responsabilidad civil que eventualmente pueda generar su utilización, de la misma forma se obliga a cubrir totalmente las primas generadas al contratar dichas pólizas”, materia cuyo cumplimiento no ha sido objeto de controversia. Sin embargo, como el arrendatario puede ser titular de un interés asegurable, a guisa de ejemplo, los peligros derivados del transporte, puede tomar por su propia iniciativa o encargar al arrendador o a un tercero para que lo tome en su nombre, débito que de ser aceptado por aquel lo vincula a las secuelas indemnizatorias por su inobservancia, materia que, como ya se expresó, solo en el decurso del proceso asumió un rol pretensional, pues en el libelo introductorio no se hizo valer como tal.

Lo anterior porque en el orden jurídico se llama a responder a los sujetos de derecho por el desconocimiento o insatisfacción de obligaciones que por convenio estaban a su cargo, nacidas de la ley, del negocio jurídico o de cualquier convención válida, que por su carácter vinculante las ata a su observancia, por lo que, dispuesto tal adeudo debe ser satisfecho en los términos que se previeron, siendo ese contenido de la obligación lo que no se ha demostrado en el proceso, muy a pesar de que en el

recibo de pago 9007 se hubiera consignado que se estaba pagando una póliza de transporte.

En efecto, en los correos electrónicos cruzados entre las partes –folios 78 a 86– se consigna la autorización del demandante para “ser incluido en la póliza colectiva contrato 164032” correspondiente al cumplimiento de la obligación regulada en la cláusula 18 ya citada, en la que no existe ninguna referencia a un seguro de transporte que, como materia no prevista en la relación contractual, su gestación debía probarse, al haberse, efectivamente, estructurado –ya de manera verbal ora por escrito– para que justificara la declaración de incumplimiento del débito asumido y la certitud del ulterior registro de ese concepto en el recibo de pago 9007, supuesto que, al paso se recuerda, sí se agotó en la movilización y amparo de la torre grúa y una formaleta, como obra en los correos de fecha 21 y 22 de mayo de 2014, en los que se describen los datos necesarios para detallar el objeto del amparo y las condiciones temporales de esa específica negociación, la que, dada su anterioridad a los hechos que se litigan, sirven de muestra para sentar la forma de su celebración sin que pierda valor suasorio porque esas mercancías efectivamente se transportaron en el mes de mayo, como porfía el recurrente.

6.1. Ahora bien, de la circunstancia cierta de que en la descripción del recibo se hiciera constar que el pago recaía en el seguro de transporte-mercancías, no comprueba que la intención del actor fuera esa, pues nada consta en él sobre ese elemento volitivo y como se trata de un aspecto no documentado y para el que, ni siquiera, existe prueba testimonial o de cualquier otra clase que dejara en evidencia que esa verbal expresión de la autonomía se había materializado y que fue aceptada por el receptor, se imponía algún elemento de persuasión que rectamente o por inferencias comprobaran su afirmación, porque en

estas lides es absolutamente necesario que se patentice la fuente de la obligación cuyo desconocimiento o trasgresión ha de provocar el llamado reparatorio.

En esa tarea, era necesario aportar pruebas directas y aun indiciarias de la presencia del acuerdo dirigido a que se tomara el seguro, en particular de los antecedentes negociales surtidos, como solicitudes, cotizaciones, etc., especialmente porque la hipotética contratación se estaba realizando con una entidad bancaria y simultáneamente se adelantaban otras gestiones para la contratación del seguro colectivo que el banco ponía a disposición de la clientela, del cual si obra copiosa documentación que demuestra la referencia histórica para que el banco incluyera ese bien en la citada aseguranza.

6.2. En el mismo orden indiciario a favor de la existencia del error, ocurrida la pérdida de la mercancía ante la actuación de los delincuentes –junio 11 de 2014– no se trajo al proceso prueba de la gestión del demandante dirigida a cobrar ese concepto ante la ocurrencia del siniestro, ni tampoco comunicación alguna al arrendador para averiguar sobre las condiciones de pacto de la aseguranza, con el fin de dar el mandatorio aviso del siniestro y efectuar la reclamación correspondiente, síntoma serio de la irrealidad de haber sugerido u ordenado que se contratara este tipo de patrocinio, pues la razón natural enseña que una vez ocurrido el hecho que patentiza el siniestro –con indiscutible entidad para causar graves perjuicios económicos– se procede a hacer efectivo el amparo contratado.

6.3. Por igual, la circunstancia que se plantea para exculpar la falta de gestión de cobro de la aseguranza fundada en que el actor no era el beneficiario del seguro, lleva a puntualizar que esa previsión se circunscribió a los seguros obligatorios que debía tomar el arrendatario,

previstos en la cláusula 18, en el que no aparece el de transporte, razón por la cual, al no existir esa obligación, su adquisición directa o por interpuesta persona, debía responder a un acto de voluntad del locatario, acaso que motivaba su expresa solicitud para que pudiera exigir su cumplimiento. De lo contrario, al tomarlo sin el concurso del locatario, se estaría asumiendo un comportamiento no regulado en el convenio, al cual podría sustraerse el demandante, en tanto que tal acto respondería al designio particular de la arrendadora, sin la autorización o aquiescencia del obligado al pago de la prima.

6.4. También conspira contra esa intención de tomar el seguro que la pretensión indemnizatoria ahora ejercida tuviera como orientación la regulación que gobierna los riesgos en la entrega de la cosa arrendada y no proponerse, por lo menos de manera subsidiaria, la responsabilidad por la omisión de contratar la aseguranza.

Así las cosas, si la responsabilidad se pretende con base en no haberse respetado la intención u orden de contratar el seguro de transporte, ninguna trascendencia tiene que la oficina falladora hubiera aceptado como indicio de la falta de demostración de ese supuesto, la fecha en que Bancolombia debitó el dinero y que no se hubiera demostrado a qué seguro se imputó esa solución, porque tales argumentos se consignaron como complementarios de la fundamentación, pero no encarnan la médula o tesis central de la decisión.

7. Ahora bien, no hay error a enmendar en la desestimación del incumplimiento de Bancolombia en la entrega del artefacto, ya que en el contrato se acordó –cláusula 7– que esta la realizaría la sociedad que suministraría la maquinaria –en los términos señalados en su adquisición por el locatario– hecho que el proveedor o el arrendatario le debían comunicar al arrendador, realidad convencional que deja en

descubierto que en esa gestión no hay participación alguna de este, quien, en puridad, es un simple receptor de esa información. Tampoco fluye de esa regulación su obligación de coordinar lo necesario hasta el arribo de la máquina a la ciudad de Arauca y que, por ello, surgiera el débito de asegurar el transporte y menos se consigna que esa movilización al destino dependiera de la voluntad del locatario y de Bancolombia, supuestos fácticos expuestos en la formulación de reparos que, por carecer de respaldo normativo y factual, están llamados a fracasar.

Ante el contexto negocial convenido, consistente en que Bancolombia no tenía ninguna participación en la entrega del aparato, por simple sustracción de materia a él no se le puede llamar en una responsabilidad derivada de los riesgos que en ese acto, o en los posteriores, puedan materializarse, muy a pesar de que el actor exhiba la calidad de consumidor financiero, amparado por una normatividad que de manera sistémica establece un especial régimen tuitivo y que en los artículos 7, 9 y 11 de la ley 1328 sienta una serie de deberes que deben observar las entidades financieras, proscribiendo de manera específica, entre otros, las conductas abusivas o incluir cláusulas leoninas que produzcan un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, las cuales, en caso de concertarse, tienen como penalidad, la ineficacia de pleno derecho, previsiones normativas de orden público que, entonces, rigen de manera preferente la celebración, contenido, ejecución y terminación de estos contratos.

8. De otra parte, el desarrollo social y económico, la complejidad de los negocios, la necesidad de contratar en masa, la disminución de costos de negociación, etc., ha generado, entre otras consecuencias, que el contenido del convenio no sea libremente discutido y que al acuerdo se llegue por medio de la utilización de formas preimpresas, negocios



proforma, de adhesión, en el que una de las partes redacta la voluntad contractual, señalando, en bloque, unas condiciones generales de contratación al que se liga la contraparte, acaso en el que el papel que ésta desempeña simplemente se direcciona a aceptar el texto ofrecido, aunque con la posibilidad de acordar algunos aspectos particulares de la negociación, convenio que, de todas maneras, es vinculante para los sujetos que así actuaron, con la precisión de que de los mismos están prohibidos los nominados pactos abusivos, leoninos o vejatorios que, en el derecho ordinario y con apoyo en las normas constitucionales y el artículo 830 comercial, han sido objeto de repudio, y que, en el derecho de consumo, tienen expresa proscripción. Esta lesiva forma de contratación, reconocida por la jurisprudencia, la llevó a explicar que ella presenta “como características arquetípicas: a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe comercial -vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe probidad o lealtad-, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes” como se expresó en la sentencia S-002 de 2001.

A pesar de que el actor alega que el demandado incurrió en abuso de su posición dominante y que trasladarle los riesgos propios de la entrega constituye una cláusula y un comportamiento abusivo, lo que no se advierte es la prueba de que con ese pacto el arrendador estuviere asumiendo unas ventajas descomedidas que quebranten el equilibrio del negocio, en particular porque ese contenido preimpuesto recae sobre un contrato leasing, en el que la propiedad de la cosa permanece en cabeza del locador y la tenencia en el arrendatario y que la adquisición, importación y, en general, las diligencias que hubiere que realizar para lograr ese cometido, corrían por cuenta de éste, como expresamente se hizo constar en los antecedentes del negocio objeto de litigio, quedando

en evidencia que el arrendador simplemente financia la compra pero no interviene en las otras fases que en otros convenios podría participar, como sería la de entregar la cosa. Esa prestación no la podía cumplir pues el artefacto no se encontraba en su poder, por eso se delegó en el proveedor -real vendedor- que la efectuara.

En conclusión, no advierte el Tribunal una estipulación que produzca un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, que cercene el pleno disfrute de sus derechos, ni que haya un injusto, desmedido, y exorbitante señorío en su favor y en contra de los derechos directos del usuario y, por el contrario, guardaban consonancia con las condiciones particulares de la negociación, en la que el arrendador no detentaba la cosa.

9. En lo que dice relación con el reparo dirigido a censurar la compensación prevista en el 1385 comercial, por ausencia de pacto expreso, ha de afirmarse que esta es una permisión que concede la ley a las entidades bancarias, para lo que no se necesita autorización del titular de la cuenta y, precisamente, para que esta no proceda se requiere de “pacto en contrario”, de lo cual no se adosó algún medio probatorio y tampoco se demostró la concurrencia de alguno de los casos en que excepciona esa prerrogativa, razón por la cual es de rigor concluir que el débito que realizó el demandado es conforme a la ley.

10. Finalmente, tampoco puede beneficiarse el actor del error que cometió el banco para implorar la reparación patrimonial, pues a pesar de la materialidad de ese desliz, no se demostró, en el caso concreto, que el demandado hubiera adquirido el compromiso de tomar el seguro de porte y que con posterioridad aspirara a contravenir, desconocer o destruir la confianza que gestó en la contraparte en torno a la celebración de ese contrato, de donde resulta que no hay contradicción

entre el traspié que se cometió con la posterior alegación de que ello es producto de una equivocación, pues esta conducta no es contraria a la ley, las buenas costumbres o la buena fe, al paso que, en la actuación quedó debidamente probado que no hubo acuerdo en las partes -ni siquiera, la exteriorización de la intención de la constructora- de que el banco tomara esa aseguranza.

Además de lo anterior, la conducta desplegada no puede calificarse de extrema negligencia, sino como un simple acto fallido, el cual no es idóneo para generar algún tipo de obligación adicional y, mucho menos, de habilitar al accionante para aprovecharse de tal pifia, pues esta no es de las apellidadas como creadoras de derecho, cuyo significado “indica que si alguien en la adquisición de un derecho o de una situación comete un error o equivocación, y creyendo adquirir un derecho o colocarse en una situación jurídica protegida por la ley, resulta que tal derecho o situación no existen por ser meramente aparentes, normalmente y de acuerdo con lo que se dijo al exponer el concepto de la buena fe simple, tal derecho no resultará adquirido. Pero si el error o equivocación es de tal naturaleza que cualquier persona prudente y diligente también lo hubiera cometido, por tratarse de un derecho o situación aparentes, pero en donde es imposible descubrir la falsedad o no existencia, nos encontramos forzosamente, ante la llamada buena fe cualificada o buena fe exenta de toda culpa”, como se exployó en sentencia del 23 de junio de 1958, lo cual deja de presente que así como nadie está habilitado para aprovecharse de su propia falta -no intencional-, tampoco es aceptable que el tercero trate de sacar ventaja de la pifia de otro.

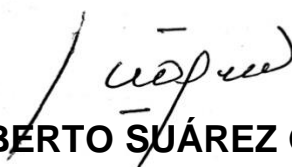
En mérito de lo expuesto, la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## RESUELVA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia impugnada.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la recurrente. Fijar como agencias en derecho de este grado el valor de un salario mínimo legal mensual vigente, al momento del pago. Liquídense en su oportunidad.

Notifíquese,



**LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Magistrado Ponente



**JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO**  
Magistrado



**JULIÁN SOSA ROMERO**  
Magistrado  
(con salvamento de voto)

**REPUBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL**



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

Bogotá D.C., catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020).

**REF. PROCESO DECLARATIVO PROMOVIDO POR  
CONSTRUCTORA JF. S.A.S. CONTRA BANCOLOMBIA S.A.  
RADICACIÓN 003-2018-02598-01.**

Con el acostumbrado respeto que me merecen los demás miembros de la Sala de Decisión, me aparto de la sentencia proferida en el asunto de la referencia, por considerar que debió declararse desierto el recurso de apelación que interpuso el recurrente ante el Juez de Primera instancia, por no haberse sustentado en esta instancia.

Descendiendo al caso concreto se colige que la parte recurrente no presentó en segunda instancia la sustentación del recurso de apelación que interpuso frente al fallo de primera instancia en los términos previstos por el artículo 322 del Código General del Proceso, que señala que: “Cuando se apele una sentencia, el apelante, al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior. Para la sustentación del recurso será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada. Si el apelante de un auto no sustenta el recurso en debida forma y de manera oportuna, el juez de primera instancia lo declarará desierto. La misma decisión adoptará cuando no se precisen los reparos a la sentencia apelada, en la forma prevista en este numeral. El juez de segunda instancia declarará desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado”.

Conforme al texto citado, para que la segunda instancia adquiera competencia funcional para decidir el recurso de apelación frente a la decisión de primera instancia, es requisito indispensable y necesario que el apelante sustente y exprese las razones de su inconformidad ante el superior, para que la contraparte también tenga la oportunidad

del ejercicio del derecho de defensa; pues de lo contrario se estaría desconociendo uno de los pilares fundamentales de nuestro estado social de derecho, como acontece con el debido proceso. No debemos olvidar que de acuerdo con el artículo 27 del Código Civil, “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

De la mencionada norma, es diáfano al preceptuar que el recurrente deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior; que se torna en una carga procesal para que se abra paso el recurso y de paso la competencia funcional del juez de segunda instancia, en los términos previstos por el artículo 328 del Código General del Proceso. “Al respecto la Corte, ha sostenido que “el legislador previó como sanción la declaratoria de desierto del recurso de apelación interpuesto contra una sentencia cuando: (i) no se precisan, de manera breve, los reparos concretos que se le hacen a la decisión, al momento de presentar la impugnación en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia y (ii) cuando no se presente la sustentación de los mencionados reparos ante el superior” CSJ STC11058-2016, 11 ago. 2016, rad. 02143-00, entre otras). Subraya la Sala. (...)” .

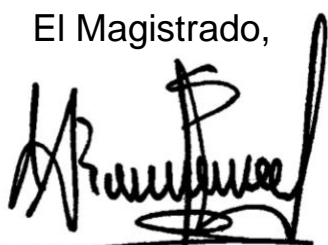
La misma Corte Constitucional, en el Comunicado No. 35, informó que en sentencia SU-418 de 2019, la Sala Plena precisó que, “para garantizar el derecho a la igualdad y la respuesta uniforme del ordenamiento jurídico, el juez de tutela debía decantarse por la interpretación que directa, sistemática y acorde con su configuración legal, surge de las disposiciones aplicables, por lo que a partir de un recuento del régimen de apelación de sentencias contenido en los artículos 322 y 327 del Código General del Proceso, estableció que el recurso de apelación debe sustentarse ante el superior en la audiencia de sustentación y fallo, y la consecuencia de no hacerlo así, es la declaratoria de desierto del recurso”.

Debe acentuarse que, las formas propias de cada juicio deben ser reguladas previamente por el legislador, y una vez definidas, deben ser acatadas por las autoridades judiciales como administrativas, al punto que la propia Corte Constitucional, ha reiterado que, “Para que la protección del debido proceso sea efectiva, es necesario que las pautas procesales estén previamente definidas por el legislador, pues, de lo contrario, la función jurisdiccional quedaría sujeta a la voluntad y arbitrio de quienes tienen la función de solucionar los conflictos de los asociados y de resolver sobre la interdependencia de sus derechos. La previa definición legal de los procedimientos que constituyen el debido

proceso ha sido llamada por la Carta Fundamental como "formas propia de cada juicio", y constituye la garantía de referencia con que cuentan las personas para determinar en qué momentos la conducta de los jueces o de la administración, se sale ilegítimamente de los cauces de la legalidad. Resulta contrario al ordenamiento jurídico el que un funcionario encargado de adelantar procedimientos judiciales o administrativos que resuelvan sobre derechos subjetivos, proceda conforme su voluntad, desconociendo las pautas que la ley le ha señalado para el ejercicio de su función. La libertad de escoger las formas de los juicios perjudicaría a los administrados, antes que agilizar y personalizar la aplicación de la justicia; traería confusión y caos en el seno de la sociedad y pondría en entredicho el pilar de la seguridad jurídica<sup>1</sup>.

En este sentido, dejo plasmado mi salvamento de voto, al considerar que la Sala no gozaba de competencia funcional para decidir el recurso de apelación que fue interpuesto frente al fallo de primera instancia, por no haber sido sustentado, y por lo tanto, el camino a seguir era declararlo desierto por el Magistrado Ponente.

El Magistrado,



JULIÁN SOSA ROMERO

<sup>1</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-428 de 1998.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL  
SALA CIVIL**

Bogotá, D.C., catorce de agosto de dos mil veinte.

**Radicado:** 11001 31 03 005 2018 **00423 01**

Se admite, en el efecto **SUSPENSIVO**, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 10 de febrero de 2020 por el Juzgado 5° Civil del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de Alicia Mayorga de Pinto y Otros contra EPS Sanitas y Otros.

Cabe advertir que, de conformidad con lo establecido en el Decreto 806 de 2020, la parte apelante cuenta con el término de cinco (5) días, a partir de la ejecutoria del admisorio, para sustentar los precisos reparos en los que fundamentó su recurso de apelación<sup>1</sup>, y que si se presenta tal sustentación, la parte no apelante tiene cinco (5) días para la réplica.

**NOTIFÍQUESE**

El Magistrado

  
**GERMÁN VALENZUELA VALBUENA**

*11001 31 03 005 2018 00423 01*

---

<sup>1</sup> Debe precisarse que, para apelación de sentencias, existió suspensión de términos desde el 16 de marzo de 2020 hasta el 24 de mayo de 2020, conforme Acuerdos emitidos por el Consejo Superior de la Judicatura (PCSJA20-11517 de 15 de marzo y PCSJA20-11556 de 22 de mayo); y que de conformidad con el artículo 2° del Decreto 564 de 2020, los términos de duración de los procesos establecidos en el artículo 121 Cgp, se reanudan un mes después, contado a partir del levantamiento de la suspensión por parte del referido Consejo.



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA**

Bogotá, D.C., catorce de agosto de dos mil veinte

*Sentencia escrita conforme a lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020*

Proceso: Expropiación.  
Demandante: Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos.  
Demandada: Carmen Rosa Méndez Montenegro y otros.  
Radicación: 110013103009201200656 01.  
Procedencia: Juzgado 3° Civil del Circuito Transitorio de Bogotá.  
Asunto: Apelación de sentencia.

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación provocado por Carmen Rosa, Leonor e Inés Méndez Montenegro que integran la parte demandada, contra la sentencia proferida el 30 de octubre de 2019 por el Juzgado 3° Civil del Circuito Transitorio de Bogotá, en el asunto de la referencia.

**ANTECEDENTES**

1. La Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos – UAESP, demandó a Carmen Rosa, Leonor e Inés Méndez Montenegro, Moisés, Álvaro y María Teresa Méndez Zamudio para que, previos los trámites de rigor, se efectuaran los siguientes pronunciamientos:

1.1. Se decrete en favor de la demandante la expropiación del predio ubicado en la Carrera 29 B No. 70-09 y con matrícula inmobiliaria 50C-1264633 de propiedad de los demandados, por motivos de utilidad pública e interés

social, cuyos linderos especiales y generales que aparecen los primeros en el numeral 1° del acápite de pretensiones de la demanda y los segundos en la Escritura Pública No. 434 del 31 de marzo de 2011, de la Notaría 12 del Círculo de Bogotá.

1.2. En consecuencia, se ordene la cancelación de cualquier gravamen hipotecario, embargo o inscripciones que recaigan sobre el inmueble.

1.3. Se ordene el registro de la sentencia de expropiación en el folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-1264633.

1.4. Se tenga como indemnización, el valor del avalúo practicado al inmueble materia de expropiación en la etapa de enajenación voluntaria, conforme a lo establecido en el numeral 6° del artículo 62 de la ley 388 de 1997.

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

2.1. La Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos hoy Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos UAESP, adoptó mediante Decreto Distrital 313 del 15 de agosto de 2006, el *“Plan maestro de Cementerios y Servicios Funerarios para el Distrito Capital – PMCSF, que en su artículo 48 establece como meta a corto plazo “2006 -2011” para ofrecer el servicio de cremación en el Cementerio del Norte e identifica el área de ampliación proyectada que contiene los equipamientos y modos del servicio funerario para dicho proyecto.*

2.2. De conformidad con el numeral 1° del artículo 49 del Decreto 312 de 2006, la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos UAES, tiene a su cargo la obra de ampliación del Cementerio Central de Bogotá y para tal fin requiere el inmueble ubicado en la Carrera 29 B No. 70-09 de Bogotá, con matrícula No. 50C-1264633 y cédula catastral, con un área privada de 84.35 m<sup>2</sup> y de construcción 99.50 m<sup>2</sup>, de acuerdo con el registro topográfico No. CN-12 elaborado por la entidad demandante, y de propiedad de los demandados.

2.3. La demandante intentó adquirir ese inmueble mediante negociación directa voluntaria, sin que haya logrado un acuerdo con los dueños, motivo por el que expidió la Resolución 520 de agosto 27 de 2012, que

ordenó la expropiación del predio por razones de utilidad pública e interés social para destinarlo a la obra Ampliación del Cementerio Central de Bogotá, decisión administrativa que fue notificada personalmente a la señora María Teresa Méndez Zamudio el 29 de agosto de 2012, a las señoras Inés Méndez Montenegro, Leonor Méndez Montenegro y Carmen Rosa Méndez Montenegro el 14 de septiembre de 2012; a Moisés Méndez Zamudio y Álvaro Méndez Zamudio mediante notificación por aviso recibido el 18 de septiembre de 2012, decisión que quedó debidamente ejecutoriada al no haberse interpuesto recursos en contra de la misma.

3. El 18 de enero de 2013, el Juzgado 9° Civil del Circuito de Bogotá admitió la demanda y ordenó correr el traslado correspondiente (folio 41 cuaderno 1).

3.1. El 4 de marzo de 2013, las señoras Carmen Rosa, Leonor y Inés Méndez Montenegro se notificaron mediante apoderado (folio 44 cuaderno 1).

3.2. El 11 de marzo de 2013, entre otras ordenes se dispuso la inscripción de la demanda en el folio de la matrícula inmobiliaria No. 50C-1264633 (folio 45 cuaderno 1).

3.3. Los señores Moisés y María Méndez Zamudio se notificaron mediante apoderado, quienes contestaron la demanda sin proponer excepciones (folios 142 a 147 cuaderno 1).

3.4. Los señores Jorge Enrique, Sandra Patricia y Nancy Méndez Martínez comparecieron al proceso anunciando su calidad de hijos del causante Álvaro Méndez Zamudio, y manifestaron que se daban por notificados de la demanda y se allanaban de las pretensiones (folios 188, 189 y 234 cuaderno 1).

3.5. Previo el emplazamiento de rigor se designó curador *ad litem* a los herederos indeterminados del demandado Álvaro Méndez Zamudio, auxiliar de justicia que se notificó del auto de apremio el 19 de marzo de 2019, y contestó la demanda oponiéndose a la expropiación hasta tanto se efectuara el pago de la totalidad de la indemnización. Igualmente, mostró su desacuerdo con la entrega anticipada, y su descontento respecto al hecho 12 y formuló la excepción previa de incumplimiento a compromiso, medio exceptivo que no fue tenido en cuenta de acuerdo con lo establecido en el numeral 5° del artículo 399 de la Ley 1564 de 2012 (folios 236, 253 a 256 y 259 cuaderno 1).

4. De conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA19-11335 del Consejo Superior de la Judicatura, el Juzgado 3° Civil del Circuito Transitorio de Bogotá asumió el conocimiento del asunto, y el 30 de octubre de 2019, dictó sentencia en la que decretó la expropiación a favor de la entidad demandante del bien inmueble con matrícula No. 50C-1264633 con destino a las obras del proyecto denominado “Ampliación del Cementerio del Norte de Bogotá”, en consecuencia, ordenó la cancelación de los gravámenes, embargos e inscripciones que afecten el bien y el registro de la sentencia en el referido folio. Ordenó la entrega del predio a la actora sin perjuicio de la indemnización que sería justipreciada en este mismo proceso, y finalmente designó peritos para que determinen el quantum de la compensación (folios 284 a 293 cuaderno 1).

### **LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Luego de hacer una síntesis del asunto, el *a quo* tuvo por cumplidos los presupuestos procesales. Refirió que la actuación adelantada por la entidad demandante estaba acorde con lo establecido en el artículo 58 de la Constitución Nacional, precisando que para el caso de expropiaciones de predios urbanos las normas aplicables son la Ley 9ª de 1989 modificada por la Ley 388 de 1997 y su decreto reglamentario 1420 de 1997.

Añadió que para que se decrete la expropiación debe haberse declarado la utilidad o interés social de un inmueble, para destinarlo, entre otros, a la ejecución de programas y proyectos de renovación urbana y provisional de espacios públicos urbanos, al igual que para la constitución de zonas de reserva para la protección del medio ambiente y de los recursos hídricos, refiriéndose a los literales “c” y “j” del artículo 10 de la Ley 9ª modificados por los artículos 58 y 59 de la Ley 388 de 1997.

Halló la legitimación por activa, con base en el artículo 11 de la Ley 9ª, modificado por el artículo 59 de la ley 388 de 1997; y la legitimación por pasiva, atendiendo el artículo 10 de la referida ley.

Añadió que la demanda debe dirigirse contra los titulares de derechos reales principales sobre los bienes y si estos se encuentran en litigio, también contra todas las partes del respectivo proceso; igualmente, se debe dirigir contra los tenedores cuyos contratos consten por escritura pública inscrita y contra los acreedores hipotecarios y prendarios que aparezcan en el certificado de registro como lo establece el numeral 2 del artículo 451 del Código de Procedimiento Civil.

Precisó, que es presupuesto para la procedencia de la expropiación la emisión del acto administrativo por la entidad legitimada para efectuarla, en que se indique contra quien se dirige la expropiación, se especifique el bien o bienes objeto de ella, y que se encuentre en firme. Añadiendo que la demanda debe presentarse dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha en la cual queda en firme la resolución que ordena la expropiación.

Frente al caso en concreto dijo que el inmueble cuya expropiación por vía judicial se solicita, se declaró de utilidad pública, por cuanto se requiere para desarrollar el proyecto denominado “*AMPLIACIÓN DEL CEMENTERIO DEL NORTE DE BOGOTÁ*” por lo que era viable acceder a las pretensiones, con las ordenes respectivas de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 456 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 62 numeral 6 de la Ley 388 de 1997.

## **LA APELACIÓN**

El abogado de las demandadas Carmen Rosa, Leonor e Inés Méndez Montenegro expuso que en este caso se configura una nulidad definitiva y no subsanable, en razón, a que el proyecto de obra propuesto en desarrollo del Decreto Distrital 190 de 2004, mediante el Decreto 313, y en especial la Resolución 054 de 2009, para adelantar los estudios y así ampliar el cementerio Distrital del Norte o Chapinero, fue desistido o archivado por la Secretaría Distrital de Planeación, tal como se extrae de la carta dirigida por ésta a la UAESP y hasta la fecha no se ha vuelto a aprobar por parte de planeación un nuevo proyecto de ampliación.

Anotó, que se pide por causa de utilidad pública la expropiación a favor de la demandante, por razón, de la AMPLIACIÓN DEL CEMENTERIO CENTRAL DE BOGOTÁ, que queda en la Calle 26 con Carrera 17 de esta ciudad, y no se entiende por qué un inmueble ubicado en la Calle 70 con Carrera 29B, tenga que ser expropiado para esa obra, y no es un error formal sino material, pues el trabajo que se planea en el Cementerio del Norte, no existe, no se ha desarrollado, ni se puede desarrollar, pues la Secretaría de Planeación Distrital no ha aprobado ningún proyecto de obra que implique el inicio de una obra en el cementerio del Norte y es posible que si sea en el Cementerio Central.

Conforme a lo anterior pide que se revoque la totalidad de la sentencia, y se condene en costas y perjuicios a la demandante.

Argumentos que reiteró ante esta instancia.

## **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. El proceso de expropiación tiene su fundamento en el inciso 4° del artículo 58 de la Constitución Política que expresa que “[P]or motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa” y que “[E]sta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio”.

2.1. Por expropiación “[S]e entiende la desposesión que realiza el estado de un derecho real de propiedad por motivo de utilidad pública a cambio de una indemnización (Martínez Marín, J. Martín Martín, C. Ávila, Diccionario de términos jurídicos. Granada, Edit. Comares. 1994, pág. 175”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Procesos Declarativos, Arbitrales y Ejecutivos. Sexta Edición. Editorial Temis. 2016. Pag. 335. Ramiro Bejarano Guzmán.

De allí que el proceso de expropiación tiene por objeto forzar al particular a cumplir la decisión de la administración condensada en el acto administrativo por medio del cual se decretó la expropiación de un bien, mueble o inmueble, por motivos de utilidad pública o de interés social definidos previamente por el legislador.

2.2. La Corte Constitucional en su sentencia C-358 del 14 de agosto de 1996 se refirió a la expropiación de la siguiente manera:

*«La expropiación implica el ejercicio de una potestad, de la cual es titular el Estado Social de Derecho, que le permite, con el cumplimiento de los requisitos constitucionales, quitar la propiedad individual sobre un determinado bien del beneficio del interés colectivo. De conformidad con los preceptos fundamentales, la expropiación común u ordinaria solo se aplica si el legislador, por vía general, ha señalado los motivos de utilidad pública o de interés social; si se ha adelantado un proceso judicial; si se ha pagado previamente la justa indemnización a la que tiene derecho el afectado.»*

Entonces el objetivo de este proceso es cumplir con la finalidad del principio de primacía del interés general sobre el particular, el cual se encuentra consagrado en la norma de normas.

3. El artículo 451 del Código de Procedimiento Civil, vigente para el momento de la presentación de la demanda, advertía que la misma debía acompañarse, además de los anexos propios de cualquier demanda, los siguientes documentos: a) Copia de la resolución o acto administrativo que decretó la expropiación; y b) Si se trata de un bien sujeto a registro, un certificado del registrador acerca de la propiedad y los derechos reales constituidos sobre ellos, por un periodo de veinte años, si fuere posible.

La demanda se dirigirá contra los titulares de derechos reales principales, los tenedores cuyos contratos consten en escrituras públicas inscritas, y los acreedores hipotecarios y prendarios inscritos en el certificado inmobiliario.

4. Dando cumplimiento a esas exigencias la Unidad demandante adosó a su libelo:

(i) Certificado de libertad y tradición No. 50-1264633<sup>2</sup>, correspondiente al predio materia de expropiación, en el que se registran como titulares de dominio los demandados y,

(ii) avaluó del inmueble ubicado en la carrera 29 B No. 70-09. Barrios Unidos<sup>3</sup>.

(iii) la Resolución No. 520 de 27 de agosto de 2012 *“Por medio de la cual se ordena una expropiación por vía judicial”*<sup>4</sup> expedida por la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos; acto en el que con cimiento en el Decreto 313 de 15 de agosto de 2006 *“Plan maestro de cementerios y servicios funerarios para el D.C”* dentro del cual se *“establece como meta a corto plazo (2006-2011), ofrecer el servicio de cremación en el Cementerio del Norte e identifica el área de Ampliación proyectada que contiene los equipamientos y nodos del servicio funerario para el proyecto de Ampliación del Cementerio Norte de Bogotá, D.C.”*<sup>5</sup> y con tal propósito se requiere *“el inmueble ubicado en la Carrera 29 B No. 70-09 con un área de terreno de 84.35 M2 y de construcción de 99.50 M2 de acuerdo con el Registro Topográfico CN-012B elaborado por la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, con cédula catastral 70 35 1 y matrícula inmobiliaria No. 50C-1264633 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, zona centro.”*<sup>6</sup>

Con el precedente sustento resolvió *“Ordenar por motivos de utilidad pública y de interés social la expropiación judicial el (sic) inmueble ubicado en la Carrera 29 B No. 70-09 con un área de terreno de 84.35 M2 y de construcción de 99.50 M2 de acuerdo con el Registro Topográfico CN-012B elaborado por la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, con cédula catastral 70 35 1 y matrícula inmobiliaria No. 50C-1264633 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, zona centro que se encuentra alinderado como aparece en el numeral 17 de la parte considerativa de esta Resolución, con destino al proyecto de Ampliación del Cementerio del Norte de Bogotá D.C. de propiedad de Carmen Rosa Méndez Montenegro, Leonor Méndez Montenegro, Inés Méndez Montenegro, Moisés Méndez Zamudio, Álvaro Méndez Zamudio y María Teresa Méndez Zamudio”*.

Dicho acto administrativo fue notificado a los propietarios personalmente así: el 29 de agosto de 2012 a María Teresa Méndez<sup>7</sup>, Inés, Leonor y Carmen Méndez Montenegro el 14 de septiembre de ese año<sup>8</sup>; y mediante

---

<sup>2</sup> Folios 4 y 5

<sup>3</sup> Folios 6 a 12.

<sup>4</sup> Folios 23 a 25.

<sup>5</sup> Numeral 7 de las consideraciones de la resolución, folio 23 vuelto del cuaderno 1

<sup>6</sup> Numeral 14 de las consideraciones de la resolución, folio 24 del cuaderno 1

<sup>7</sup> Folio 29 del cuaderno 1

<sup>8</sup> Folios 26 -28 del cuaderno 1



aviso entregado el 18 de septiembre de 2012 a Moisés y Álvaro Méndez Zamudio<sup>9</sup>; lo que además aceptó la entidad demandante en el hecho 17° de su libelo introductorio.

Así mismo se indicó por el actor que contra el mencionado acto administrativo no se interpuso recurso alguno “*quedando debidamente ejecutoriado*” (hecho 18°); lo que tuvo ocurrencia transcurridos 5 días hábiles después de su notificación, “*como lo dispone el artículo 74 del Código Contencioso Administrativo y la Ley 388 de 1997*”, se advirtió en el artículo 3° de la Resolución<sup>10</sup>, esto es, el 27 de septiembre de 2012.

Sin embargo, la demanda sólo vino a ser radicada el 12 de diciembre de 2012<sup>11</sup>, cuando ya se había desbordado el plazo para ejercer la acción, como pasa a examinarse.

5. Según el artículo 21 de la ley 9ª de 1989, el representante legal de la entidad adquirente, dentro de los dos meses siguientes al agotamiento de la etapa de enajenación voluntaria directa, expedirá resolución motivada en la que se ordene la expropiación, y el artículo 25 *ibídem*, vigente para cuando se impetró la demanda origen de este proceso, en su inciso primero establecía: “*La demanda de expropiación será presentada por el Representante Legal de la entidad expropiante mediante abogado titulado e inscrito ante el juez competente dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha en la cual quedare en firme la Resolución que ordenare la expropiación*”.

El mencionado artículo 25 contiene un término de caducidad, pues fue establecido para evitar la incertidumbre sobre la medida que pesa sobre el derecho de propiedad, es por ello que por el paso del tiempo se produce la expiración del plazo para accionar.

De esta manera, a pesar que el interés público que irradia esta clase de proceso impide a la parte demandada proponer excepciones de cualquier índole, en la tarea de hacer cumplir la resolución de la administración que decreta la expropiación, al juez le corresponde controlar y verificar el estricto acatamiento de las formalidades que envuelve la expropiación en su conjunto, razón por la cual la caducidad de la acción que brilla en este asunto, no puede pasarse por alto al definir la controversia.

---

<sup>9</sup> Folio 30-32 del cuaderno 1

<sup>10</sup> Folio 25 del cuaderno 1

<sup>11</sup> Folio 40 del cuaderno 1

La gestión del juzgador en el proceso de expropiación no se reduce a visar la expresión de voluntad de la Administración recogida en la resolución de expropiación, porque desde esta óptica dejaría de lado el control de los presupuestos básicos que el legislador estableció, respecto de los cuales el juez no es un simple espectador; entender que en esta clase de procesos el papel del juez se limita a asentir lo que pide la entidad expropiante implicaría anular su labor a la hora de determinar si el demandado es el propietario del predio, o verificar si el bien raíz se identifica jurídica y materialmente con el ordenado expropiar, entre otros aspectos; cuando conforme al artículo 230 de la Carta Política la autoridad judicial sólo esta sometida al imperio de la ley.

Dentro de este contexto, como quiera que en el *sub lite* la Unidad demandante dio lugar a la caducidad de la acción, ésta debía ser declarada de oficio, y como consecuencia de ello debían negarse sus pretensiones. Esta circunstancia no fue advertida por el *a quo* de allí que, conforme lo señala el artículo 328 de la obra procesal civil vigente deba pronunciarse la Sala, lo que implica revocar la decisión impugnada y adoptar las determinaciones que la reemplacen.

## 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:

**REVOCAR** la sentencia emitida el 30 de octubre de 2019, por el Juzgado 3° Civil del Circuito Transitorio de Bogotá. En su lugar se DISPONE:

**PRIMERO: DECLARAR** la caducidad de la acción en los términos del artículo 25 de la ley 9ª de 1989.

**SEGUNDO: ORDENAR** la cancelación de la inscripción de la demanda de expropiación anotada en el folio inmobiliario 50C-1264633.

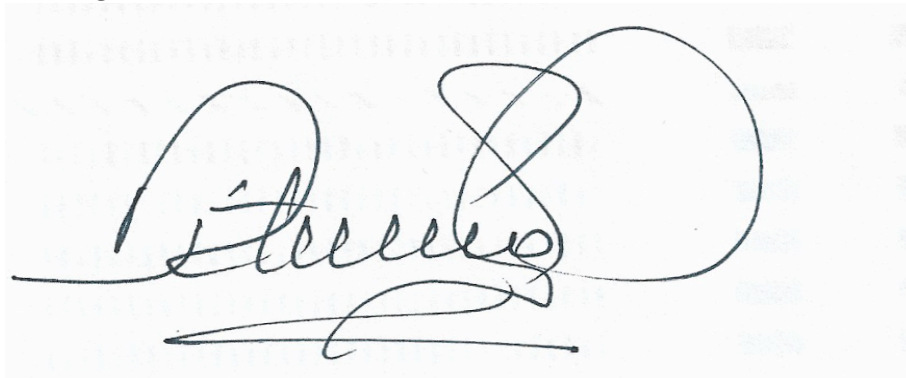
**TERCERO: CONDENAR** a la parte demandante al pago de los perjuicios causados con la medida cautelar, numerales 5°, 10° inciso 3° y parágrafo del artículo 597 de la ley 1564 de 2012.

**CUARTO:** Devuélvanse a la demandante los dineros que consignó a órdenes de este proceso.

**QUINTO: CONDENAR** en costas de ambas instancias a la parte demandante.

La Magistrada Sustanciadora señala como agencias en derecho de esta Sede, la suma de \$2'000.000,00.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**



**RUTH ELENA GALVIS VERGARA**  
Magistrada



**MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA**  
Magistrada



**JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS**  
MAGISTRADO

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

**MAGISTRADO PONENTE:  
LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Bogotá D.C., catorce de agosto de dos mil veinte

De conformidad con lo establecido en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, procede el Tribunal a decidir el recurso de apelación formulado por la parte demandada contra la sentencia emitida el 12 de diciembre de 2019 por el Juzgado Veintiséis Civil del Circuito de esta ciudad.

**ANTECEDENTES**

1. El señor Luis Enrique Ulloa Niño solicitó que se declare la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio sobre el apartamento 101, que hace parte “del bifamiliar de dos niveles, denominado Apartamentos Ulloa”, con la nomenclatura “128 A 21 y 128 A 23 de la transversal 54 de esta ciudad”, sobre el que viene ejerciendo posesión desde 1999, que cuenta con un área privada de 142.085 m<sup>2</sup>, correspondiéndole un índice de copropiedad del 30.43%. Expuso que ha ejercido actos de señor y dueño, como mejoras al inmueble, pago de servicios públicos, impuestos, cuidado y mantenimiento y lo ha mejorado, pues, entre 1999 y 2000 demolió y construyó una planta en la parte trasera del inmueble, que en la actualidad es una edificación de tres niveles; en 2008 cambió algunos pisos, reparación de estuco y pintura, lámparas, cerramiento en

aluminio y vidrio en la terraza; y, en el año 2011, montó una acometida eléctrica independiente para el apartamento 101.

De igual manera manifestó que al momento de fallecer la propietaria Sara Niño de Ulloa, junto con sus hermanos habitaban el bien, “en razón de lo cual decidieron hacerle algunas adecuaciones...para adaptarlo a las necesidades de cada uno de los que lo ocupaban, quedando de común acuerdo con los demás que [Luis Enrique] ocuparía el primer piso del bifamiliar”. Adicionalmente, expresó que en 1998 se estableció el reglamento de propiedad horizontal del bien, lo cual generó la existencia de tres apartamentos diferentes, data desde la que, a su parecer, “continúa hasta la fecha con la posesión material, quieta, pacífica, exclusiva e ininterrumpida”.

2. Los convocados Gloria Marina, Marco Antonio, Nevardo Antonio y Francisco Ulloa Niño se opusieron a la prosperidad de la demanda, señalando que los actos de adecuación, mantenimiento y mejoras realizados por el accionante han sido consentidos por todos los propietarios, resaltando que en 1996 ellos protocolizaron una escritura pública en la cual se realizó la “división imaginaria del bien”, en la que se dispuso la proporción que a cada uno de los herederos le correspondía, quedándole a Luis Enrique una hijuela sobre el inmueble de la Transversal 54 No. 128-21, documento en el que, así mismo, se realizaron varias transferencias entre ellos, y en su cláusula quinta se señaló que todos los habitantes autorizaban las remodelaciones. Por igual, tacharon de falsa la escritura pública de constitución de propiedad horizontal, poniendo de relieve que no obstante tener como fecha el año 1998, la misma fue registrada apenas 7 meses antes de la contestación de la demanda. De manera concomitante don Francisco Ulloa contrademandó, solicitando la

reivindicación de la heredad, de la cual, denunció, se encuentra privado de su posesión.

3. El juzgador de primera instancia declaró el fracaso de la usucapión, con fundamento en que no hay identidad entre el objeto a prescribir y lo poseído, al no coincidir el área y descripción del fundo, ya que en el escrito inicial se enunció que el mismo era de dos niveles, con área privada de 142.085 m<sup>2</sup> y común de 24.37m<sup>2</sup>, para un total de 166.46 m<sup>2</sup>, no concordante con las dimensiones detectadas en la inspección judicial con intervención de perito, oportunidad en la que se corroboró la presencia de una edificación de 3 pisos y un área de 232.94m<sup>2</sup>. También negó la reivindicación, con sustento en la diferencia entre lo poseído y solicitado en esa acción, aunado a que no se demostró que el bien era de propiedad exclusiva del reivindicante, obrando prueba en contrario, en tanto que el certificado de tradición y libertad da cuenta que el señor Francisco tiene un derecho de cuota, siendo copropietario con los demás herederos.

4. El demandante principal apeló para que se revoque la decisión de primera instancia y, en su lugar, se acceda a la prescripción adquisitiva, manifestando que está probada la identidad del inmueble por su nomenclatura, área y linderos, en la medida que obra en el expediente la escritura pública que recoge la sucesión de su progenitora, como, igualmente, el reglamento de propiedad horizontal, materia sobre la que no se planteó discusión por la contraparte, sin que en esta clase de procesos sea necesario identificar las construcciones que existen en el fundo. Añadió que ese error del *a quo* impidió analizar los demás requisitos para el triunfo de la usucapión, a los cuales hizo mención en su alegato conclusivo, el cual reprodujo tanto en el escrito de reparos radicado ante el juzgado como en el desarrollo de los mismos efectuado ante esta Corporación,

poniendo de presente, en esa transcripción, su opinión sobre las pruebas testimoniales, inspección judicial y dictamen pericial, así como indicando que “por no haber prosperado la tacha de falsedad formulada por los demandados dentro del proceso de pertenencia, se le solicitó al juez, que se aplicara la sanción prevista en el artículo 274 del código General del Proceso”

5. En oposición a los fundamentos de la impugnación, el extremo demandado expresó que, de acuerdo con las pruebas recaudadas, la posesión ejercida por el actor no fue exclusiva, a lo que agregó que no se acreditó el ánimo de señor y dueño, puesto que la permanencia en el bien por parte de don Luis Enrique obedeció al acuerdo logrado con sus hermanos. Además, indicó que no es factible que el juzgador enmiende las imprecisiones en que se incurrió en la demanda sobre la identificación del bien, ya que, de lo contrario, se trasgrediría el principio de la congruencia.

### **CONSIDERACIONES.**

1. En verdad, uno de los presupuestos para el éxito de la declaración de pertenencia estriba en que haya identidad entre el bien objeto de posesión y el que materialmente existe, pues sobre ese rubro no solamente concurre el compromiso probatorio que la ley le impone a las partes para sacar avante sus pretensiones, sino porque, en esta clase de contradictorios entran en pugna los derechos de terceros, en tanto que la sentencia estimatoria produce efectos erga omnes, razón que explica que cuando se declare que la propiedad de determinado bien se ha ganado por la vía de la usucapión, es menester que se haya establecido que el predio poseído es prescriptible; que coincide con el descrito en el registro inmobiliario; que se hayan consignado las circunstancias que lo identifican, como son los linderos particulares

que lo especifican y los generales del globo de mayor extensión, para que fundado en la certeza, se concluya que la cosa poseída corresponde a la materialmente detentada, que para los bienes raíces es necesario partir del referente que ofrecen los folios inmobiliarios, en los que se puntualizan, con detalle, la extensión, ubicación y demás datos de importancia para esta tipología de proceso.

2. El juzgado desestimó la usucapión al encontrar que no hay coincidencia en el área consignada en el registro público sobre el apartamento 101 –166.46 m<sup>2</sup>, comprensiva de antejardín y área privada– con la que se acreditó en el dictamen pericial desarrollado en el contradictorio –232.94 m<sup>2</sup>–, concepto profesional en el que también se puso de relieve que la edificación cuenta con tres plantas, conclusiones que ameritan las siguientes reflexiones:

2.1. Delanteramente, debe precisarse que en esta clase de juicios para la identificación de los predios no se requiere de una prueba específica, tal como se explicó en sentencia del 27 de abril de 1964 en la que se señaló que “la convicción acerca de tal identificación puede producirse también por medio de...confesión, declaraciones de testigos, contenidos de escrituras, etcétera”, a lo que se adiciona que, para adelantar los procesos de declaración de pertenencia, el artículo 407 del Código de Procedimiento Civil – vigente durante la etapa probatoria– exige que al contradictorio se anexe una certificación del registrador de instrumentos públicos –regla incorporada en el artículo 375 del Código General del Proceso–, documento que, en tal condición, da fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en él hace el funcionario que lo autoriza, en los términos del artículo 264 del Código de Procedimiento Civil –pauta igualmente plasmada en el artículo 257 del Código General del Proceso–, escrito que, en este tipo de contradictorios,



tiene entre otros cometidos, determinar los propietarios actuales del inmueble y los titulares de derechos reales principales; garantiza la publicidad del proceso con la inscripción de la medida cautelar que forzosamente debe practicarse, además que identifica el inmueble, demuestra la existencia del predio y la posibilidad legal de que pueda ser ganado por prescripción.

Del requisito probatorio en estudio, al proceso se adosó el certificado del bien 50N-111476, sobre el cual se constituyó el reglamento de propiedad horizontal, emanando de allí tres nuevas matrículas, dentro de ellas la 50N-2070053 –folio 6– el cual da fe de la existencia jurídica del predio pretendido por el demandante, en el cual se plasmó que el área privada es de 142.085 m<sup>2</sup>. Por igual, obra el reglamento de copropiedad –escritura 3447 de 1998– que refleja que Jaime Ariel, Nivardo Antonio, Luis Enrique, Gloria Marina, Marco Fidel y Francisco Ulloa son los propietarios de "un bifamiliar" y que lo adquirieron por sucesión –artículos 1 y 8–. En la inscripción 11 se hace constar su división en tres apartamentos: 101, 102 y 201, con sus correspondientes coeficientes 30.43, 47.57 y 22% –artículo 27–.

2.2. En consonancia con lo anotado, para comprobar la plena correspondencia entre la descripción material del inmueble consignada en la demanda y lo poseído por el demandante inicial, es procedente analizar la documentación, pruebas testimoniales y declaraciones de parte, en tanto que, a partir de ese material, examinado en conjunto, puede lograrse la individualización del bien, encarnando, la ausencia de réplica por parte de los accionados frente a las características del bien descritas en la demanda, un inicial elemento de convicción sobre la cuestionada identidad aunado a que en la contrademanda uno de ellos hizo alusión a la misma dirección de ubicación del inmueble –Transversal 42 No. 128 A 21– a la que se

refirió la demanda principal, factor del que se desprende un indicio adicional sobre la concreción del objeto material de la postulación.

2.3. Por igual, la doctrina jurisprudencial acepta que no es indispensable que haya consonancia absoluta o que de la medición se obtenga como resultado matemático la misma superficie señalada en los títulos, certificaciones públicas o instrumentos en que se identifique el inmueble, como quiera que es suficiente colegir que “...razonablemente se trate del mismo predio con sus características fundamentales”, según lo puntualizó el alto tribunal en fallo del 25 de noviembre de 1993, reconociendo que esa dimensión “puede variar con el correr de los tiempos, por segregaciones, variaciones en nomenclatura y calles, mutación de colindantes, etc. Precisamente la Corte en el punto ha sostenido que queda en abrigo de cualquier duda que para hallar la identidad del fundo reivindicado (aplicable a la pertenencia) no es de rigor que los linderos se puntualicen de modo absoluto sobre el terreno; o que la medición acuse exactamente la superficie que los títulos declaran; o que haya coincidencia matemática en todos y cada uno de los pormenores por examinar”.

2.4. De otra parte, la pretensión del actor se dirigió a que se decretara la prescripción extraordinaria de dominio sobre el apartamento 101 que hace parte del conjunto bifamiliar de 2 niveles, con plena citación de sus linderos particulares, el cual tiene un área privada de 142.085 m<sup>2</sup> y área común de antejardín de 24.370 m<sup>2</sup>, e índice de copropiedad de 30.43% y hace parte del edificio “Apartamentos Ulloa” que consta de tres viviendas y está sometido a propiedad horizontal, aspiración que tiene pleno respaldo en el instrumento público correspondiente, quedando claro que el punto de la disputa se reduce a la diferencia de área construida, ajena a la realidad en cuanto a la individualización e identificación del bien

objeto del proceso. Planteada en esos precisos términos la discordia, ello obliga a aquilatar que la eventual discrepancia entre el área pretendida por el demandante principal y la probada en la actuación, no era elemento suficiente para obstar su prosperidad, en primer lugar porque el demandante no puede reclamar más terreno del que reporta el título del demandado y, de otro lado, porque la descripción que se realiza en títulos puede variar por muchas razones –nuevas construcciones, como ya se anunció, segregaciones, adiciones, etc.– sin que se altere la identificación registral, con la precisión de que tales cambios, cuando las normas reglamentarias lo exigen, deben ser reportados en la oficina correspondiente, quedando superado, entonces, el impedimento que halló el juzgador para declarar la pertenencia.

2.5. En todo caso, es útil puntualizar que la diferencia entre las dimensiones que el juzgador relevó, con las que indicó el perito, es aparente, puesto que en el concepto profesional quedó claramente especificado que el “área de terreno” es de 166 m<sup>2</sup>, según la evocada escritura No. 3447, que corresponde con la sumatoria que hizo el juez entre las medidas del antejardín y el área privada –166.46 m<sup>2</sup>–, de donde se desprende que hubo plena coincidencia en este punto. Además, también se observa con claridad que el área de 232.92 m<sup>2</sup> fue mencionada por el experto como “total área de construcción”, en la información general del inmueble, y refrendado en el acápite de descripción del mismo, al puntualizar que esa medida es el “área privada” de la heredad, de allí que, naturalmente, se incorpore no solamente la superficie del área privada –142.085 m<sup>2</sup>–, sino también la construcción levantada en tal suelo, segmentos susceptibles de adquirir por prescripción, cúmulo de información que, en su conjunto, permiten la adecuada identificación del bien, sin que en ese ejercicio se incurra en inconsonancia –como aduce el sector convocado– ya

que, por el contrario, la correcta individualización del fundo emana del contraste entre los datos sentados en el escrito inicial y la documentación legalmente adosada como elemento de prueba al debate.

3. Así mismo, para el triunfo de la usucapión, además de la identificación del inmueble, es necesario que en el proceso milite la prueba de la posesión del demandante durante el tiempo exigido en la ley, detentación que debe ser ininterrumpida, exclusiva y excluyente, con ánimo de señorío, esto es, sin el reconocimiento de dominio ajeno, ejercicio que se integra de dos elementos esenciales, que son los actos materiales o externos ejecutados sobre el bien singular – *corpus*–, y la intención de apropiarse de ella –*animus*–. De este último requisito, caracterizado por su carácter volitivo, tiene dicho la Corte Suprema de Justicia, constituye un “elemento interno, psicológico o intención del *dominus*, que por escapar a la percepción directa de los sentidos es preciso presumir a partir de la comprobación plena e inequívoca de los comportamientos materiales y externos ejecutados continuamente y por todo el lapso que dure aquella”, por ende, “los citados elementos, por constituir manifestación visible del señorío, llevan a inferir la intención o voluntad de hacerse dueño, mientras no aparezcan circunstancias que demuestren lo contrario”, pensamiento recaudado en sentencia SC16946 de 2015, anotación pertinente en la medida en que, en criterio de la Sala, ese elemento cognitivo se satisface en el caso estudiado, conforme pasa a explicarse:

3.1. De acuerdo con la prueba documental acopiada, para la Sala es claro que la detentación material de los diversos segmentos del globo inmobiliario se “repartió”, de común acuerdo, entre los diferentes comuneros, quienes realizaron una “partición ideal”, asignándose prerrogativas con suficiente poder de disposición,

exclusivas y excluyentes del diseño de los demás, tanto así que en la cláusula quinta, titulada “remodelación de las dos porciones de la casa”, manifestaron **“las partes acuerdan autorizar a sus actuales ocupantes a continuar con la remodelación de las porciones asignadas...a fin de que se ajusten en mejor forma a sus necesidades personales, cada una de las partes correrá con los costos que acarrear las respectivas remodelaciones. Al terminar los trabajos, las partes se comprometen a protocolizar los planos correspondientes”**. Así mismo, en tal documento –escritura pública 1942 del 26 de abril de 1996–, la cual se puede valorar como indicio a pesar de no haberse inscrito, se plasmó que **“son propietarios de la porción número uno, en la proporción que se señala, los señores Luis Enrique Ulloa Niño, con una (1) hijuela”** y **“el señor Francisco Ulloa Niño, con media (1/2) hijuela”**, segmento de terreno que correspondía a “la casa de la transversal 54 No. 128A-21 [que] comprende...garaje en el antejardín para 2 carros y el área de construcción del primer piso según planos aprobados y la construcción en sus diferentes niveles del patio tercero”, agregando que ese espacio venía siendo ocupado por Luis Enrique y Francisco Ulloa Niño.

Lo anterior se desarrolló dentro de la comunidad fruto de la sucesión de la progenitora de los contendientes, en el que los herederos manifestaron haber recibido el derecho de propiedad sobre todo el inmueble, consenso del que es necesario determinar si responde a un acto de benevolencia que, como tal, refuta la calidad de poseedores sobre el segmento que, en particular, se repartieron, puesto que si la detentación se edifica “en relaciones de amistad, de condescendencia, de parentesco, de coparticipación o de comunidad ... , de vecindad, de familiaridad ... , de benevolencia, de ocasión, o de licencias que otorga el titular del derecho de dominio; todos los

cuales no tienen eficacia posesoria, por su carácter circunstancial, temporal o de mera cortesía, o por su naturaleza anfibológica o ambigua (posesión propia del heredero y posesión del heredero en nombre de la herencia; posesión en nombre del comunero y posesión del comunero en nombre de la comunidad; posesión propia del socio o accionista y posesión del socio en nombre de la sociedad)” no es posible concluir que quien así actúa sea poseedor, como explicó la Corte en sentencia SC17221-2014.

Aplicado lo anterior al caso concreto, observa la Sala que la recíproca autorización que realizaron los comuneros fue contundente en sentar derechos individuales, independientes, con indiscutible grado de absolutez sobre los segmentos prediales, abandonando los derechos que se pudieran tener sobre los mismos, sin que se debilitara esa concesión con algún condicionamiento, o que estuviera inspirado en la simple benevolencia, altruismo, o favorecimiento sin contraprestación, que llevaran a concluir que esa permisión era infértil para gestar posesión. Por el contrario, a ese beneplácito –que, indudablemente puede entrañar perjuicio para el propietario respecto de esa cesión–, se le adosaron notas definitivas, permanentes, incondicionales, predicables de un auténtico ánimo de despojarse, de renunciar y transmitir los derechos de posesión que se pudieran detentar, lo cual no permite calificar que responda a la simple tolerancia o condescendencia, superándose, por demás, la ambigüedad que puede presentarse entre el actuar a nombre propio y el hacerlo a título de comunero.

3.2. De otro lado, en la escritura pública 3447 de 1998 de constitución y reglamento de la propiedad horizontal –registrada en la oficina correspondiente el 21 de marzo de 2013– cuya autenticidad y proveniencia no fue desvirtuada, consta que los hermanos Ulloa Niño

manifestaron, entre otras cosas, que todos ellos son los propietarios de la edificación; “la construcción de los apartamentos se realizó con recursos propios”; y que la misma se dividía en tres áreas – apartamentos 101, 102 y 201–.

3.3. Así mismo, obran las versiones de los testigos Sandra Martínez, Álvaro Becerra, Mónica Ulloa Peña y Dilma Peña –estas últimas, hija y compañera permanente, respectivamente–, quienes señalaron que don Luis Enrique había realizado varias obras en el bien, de lo que también reposa copiosa documentación en la que se describe al demandante como pagador de materiales y obras, sin que se aportara por el señor Francisco Ulloa algún elemento de convicción para acreditar que, como alegó, el mejoramiento del predio haya sido con dineros de una sociedad en la que él participaba con el accionante, a lo que se aúna la incorporación de varios recibos de servicios públicos, la solicitud de conexión de energía eléctrica e impuestos prediales.

4. Ahora bien, es importante resaltar que en el derecho colombiano se reconoce la posibilidad de la prescripción entre comuneros y, también, la que se predica a favor de todos ellos. Para el primer fenómeno es necesario acreditar plenamente la posesión pública y pacífica del bien por tiempo no inferior a los diez años ininterrumpidos, demostrando igualmente la calidad de poseedores “pro suo”, que es la que, en este contradictorio se procura hacer valer, pues no en vano entre los coherederos existió el designio común de dividir materialmente el bien y se asignaron varios segmentos, lo que da vía libre a que el demandante ejerciera actos de señor y dueño sobre la porción del inmueble que se le asignó, por cuanto en ese instante se disgrega o separa la posesión pro indiviso para pasar a la individual, actualizándose “la inequívoca significación de que el comunero en

trance de adquirir para sí por prescripción, los ejecutó con carácter exclusivamente propio y personal, desconociendo por añadidura el derecho a poseer del que también son titulares 'pro indiviso' los demás copartícipes sobre el bien común, vale decir de conductas repetidas constantemente que por su contenido visible sirvan para poner en evidencia que aquello que pudo ser un estado inicial de coposesión derivado de la apertura de una sucesión, desapareció por entero y que uno de los herederos, desconociendo la indivisión, pasó a ser poseedor material exclusivo, desenlace éste último que expresándolo con ayuda de un conocido pasaje desde antiguo repetido muchas veces por la jurisprudencia francesa, necesita de prueba concluyente en orden a establecer la realización, por parte del que pretende adquirir a título privativo, de actos '...exteriores y contradictorios, agresivos y perseverantes que, por una manifestación inequívoca, pongan al copropietario en mora de defender su derecho...' pues de otra suerte '...debe reputarse que aquél representa a la comunidad y que goza en virtud de su título tanto para sí como para la comunidad...' (Laurent Principes, T. 32, núm. 292 G.J. N° 2467, T. CCXXVIII, Pág. 34, citada en la sentencia del 24 de enero de 1994).

5. Ante la revocatoria de la decisión cuestionada, procede la Sala a analizar las defensivas propuestas por los demandados, comenzando por la titulada "mala fe" por parte del demandante, la cual no se abre paso pues la gestión desarrollada por el actor para lograr el dominio reclamado respecto del apartamento 101, además de haber sido consensuada, en el expediente no hay prueba que logre derribar la presunción de buena que tiene matiz constitucional (artículo 29 C.P). Por igual, en lo que atañe a la tacha de falsedad de la escritura pública de constitución de la propiedad horizontal, los demandados al desistir del análisis grafológico que se pretendía practicar para



soportar ese medio de defensa, abandonaron ese medio defensivo, exorando que se citara a la audiencia para alegatos, en los que solicitó que no se impusiera el correctivo previsto en el artículo 274 del Código General del Proceso, sin que existiera reproche del actor en ese instante procesal, lo que conduce a que no haya necesidad de abordar ese pronunciamiento y, en consecuencia, que no obre declaración del fracaso de la tacha, razón por la cual la sanción no procede.

Por consiguiente, demostrada la calidad de poseedor exclusivo y excluyente, por parte del señor Luis Enrique Ulloa, entre los años 1999 y 2000, y en tanto que este se acogió a la prescripción decenal – como se desprende de la pretensión primera de la demanda–, al tenor de lo reglado en el artículo 41 de la Ley 153 de 1887, contabilizando el término desde el 27 de diciembre de 2002, fecha en que entró a regir la modificación introducida al artículo 1 de la Ley 791 de 2002, hasta el 3 de mayo de 2015, se concluye que el demandante cumplía, además de los requisitos de la detentación material y el ánimo de dominio, el tiempo suficiente para el éxito de su pedimento, razones por las que se revocará la decisión de primera instancia para, en su lugar, declarar la prescripción adquisitiva de dominio, que es el único reparo propuesto.

En armonía con lo expuesto, la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la ley,

## **RESUELVE**

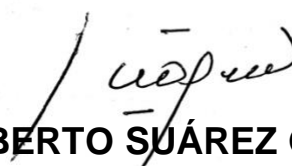
**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia impugnada.

SEGUNDO: DECLARAR que el señor Luis Enrique Ulloa Niño adquirió por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio el inmueble identificado con matrícula inmobiliaria 50N-20700532, apartamento 101 del inmueble denominado Apartamentos Ulloa, cuya matrícula de mayor extensión es 50N-111476.

TERCERO: ORDENAR la inscripción de esta sentencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá. La secretaría de primera instancia libre la comunicación correspondiente.

CUARTO: Costas de ambas instancias a favor de la parte demandante. Como agencias en derecho de este grado el magistrado sustanciador señala el valor de \$1.000.000.

Notifíquese,

  
**LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Magistrado Ponente

  
**JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO**  
Magistrado

  
**JULIÁN SOSA ROMERO**  
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

Magistrada Sustanciadora  
**MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA**

Bogotá D.C., catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020)

**Asunto: Proceso Ordinario de MARIO ALBEIRO MONTOYA OSORIO  
contra CEMEX COLOMBIA S.A.  
Exp. 019 2015 00783 02.**

*Sentencia escrita conforme al artículo 14 del Decreto 806 de 2020*

Se decide el recurso de apelación que interpusieron las partes contra la sentencia que profirió el Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá el 10 de octubre de 2019, dentro de la actuación incidental.

**ANTECEDENTES**

1. Mediante escrito que posteriormente subsanó el señor MARIO ALBEIRO MONTOYA OSORIO solicitó que previo trámite incidental se condene a la sociedad CEMEX COLOMBIA S.A. a pagar la suma de \$ 1.361'004.626 que estableció la Sociedad Colombiana de Arquitectos de Antioquia, mediante peritaje y como monto de sus honorarios, discriminado de la siguiente manera:

i) La suma inicial de \$671'490.950 como honorarios al arquitecto, demandante, “por el contrato de mandato por las gestiones desplegadas” en favor de la demandada.

ii) Los intereses moratorios desde el mes de septiembre de 2016, por la suma de \$689'513.676, establecidos en el trabajo pericial.

2. Como sustento fáctico de las anteriores pretensiones, adujo que el 23 de marzo de 2018 el Juzgado 19 Civil del Circuito de esta ciudad dictó sentencia en la que ordenó establecer, a través de peritos, la tasación del monto

correspondiente a la labor o gestión que desplegó en favor de la convocada según el artículo 283 del Código General del Proceso, providencia que confirmó el Tribunal.

Que, conforme a lo ordenado en dicha providencia, contrató “*con la SOCIEDAD COLOMBIANA DE ARQUITECTOS DE ANTIOQUIA... para que realizaran el peritaje del cálculo de honorarios, el cual se realizó basado en el reglamento de honorarios para los trabajos de arquitectura Decreto 2089 de 1989*”, estableciendo la suma de \$671´490.950, la que con intereses asciende a \$1.361´004.626.

De igual modo, refirió que los profesionales avalados por la citada entidad manifestaron no tener vínculos laborales, familiares o de afinidad con el demandante y que actuaron de buena fe con criterio técnico y jurídico, enmarcado en estándares éticos y profesionales.

3. Al recorrer el traslado del incidente la sociedad demandada se opuso a esas pretensiones, y para ello argumentó que hay una diferencia conceptual insuperable entre lo que se ordenó en la sentencia y lo que se pretende en el incidente; que el dictamen es abstracto porque estableció el valor de honorarios que se hubieran generado para el proyecto inmobiliario Ecociudadela de Las Américas Apartadó, no los específicos causados por la labor desplegada por el señor Mario Albeiro Montoya Osorio, en razón a que se debían liquidar por la labor desplegada, no por la que debió desplegarse; y que, por esa razón, el incidentante dilapidó la oportunidad que la ley le brindó para obtener el reconocimiento que en el trámite del proceso no pudo acreditar.

Agregó, que el artículo 226 del Código General del Proceso consagra que el dictamen lo debe presentar un perito, pero el aportado fue elaborado por un triunvirato interdisciplinario en contravía de esa disposición; no contiene aspectos que requieran conocimientos técnicos, científicos o artísticos; comienza con un acápite de metodología y definiciones del cálculo financiero que se contrae a aspectos jurídicos, que van en contra de la citada norma; no alude a hechos que ocurrieron, sino a hipótesis de lo que hubiera podido ocurrir; y la conclusión más relevante proviene de la publicación de un tercero, a más de que se aportó con el dictamen un plano licenciado del mandato, documento que es sorpresivo en cuanto a su aducción y viola los principios de preclusión, debido proceso y contradicción.

Manifestó que la sociedad demandada no se encuentra en ninguno de los supuestos del artículo 1608 del Código Civil para que se predique en su contra

la mora de la obligación, menos aún cuando no se logró liquidar el monto de la obligación principal; y, además, en el trabajo pericial se transcriben normas del proceso de ejecución y de la constitución en mora a partir de la notificación del mandamiento de pago al ejecutado, aspectos ajenos al incidente; y que como el monto establecido no es razonado y careció de fundamento el juramento estimatorio, se deben aplicar en contra del demandante las consecuencias adversas previstas en el artículo 206 del C.G.P.

Una vez resuelto de modo adverso el recurso de reposición que promovió contra el auto que corrió traslado del incidente, reiteró los anteriores argumentos, agregando que como no se tenía certeza de la exigibilidad de las obligaciones a cargo de la demandada antes de la ejecutoria de la sentencia que así lo reconoció, es equivocado predicar la mora de obligaciones, pues sólo fue con la culminación de las dos instancias que se estableció la condición de deudora respecto de los honorarios del actor, cuyo monto se debía establecer con la prueba pericial, momento a partir del cual se podría pensar en la causación de intereses, no antes, a más que no debieron ser estimados los de mora sino únicamente los plazo; y que la pretensión de obtener el reconocimiento y pago de intereses carece de razonabilidad y sustento “*de cara a los elementos que fundamentan la misma y los hechos que rodean el caso particular*”.

4. Agotado el trámite incidental, la juez de primera instancia profirió sentencia.

#### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

A vuelta de hacer alusión al contenido del inciso 3° del artículo 283 del C.G.P., recordó lo que consideró en la sentencia del 22 de marzo de 2018, que se confirmó por el Tribunal el 8 de marzo de 2019, refirió que el demandante allegó prueba pericial frente a la cual la demandada formuló los que denominó unos reproches concretos; que según el artículo 228 del C.G.P., ese extremo podía solicitar la comparecencia del perito y/o aportar otro dictamen; que los peritos que comparecieron declararon sobre su idoneidad, contenido de la experticia y metodología, a partir de los planos licenciados y con base en ellos establecieron la suma de \$671'490.950 por concepto de honorarios y \$689'513.676 por intereses.

Adujo que la parte convocada no cuestionó los dictámenes periciales, sino solamente el interés allí tasado, así como que su realización se debió efectuar por un solo perito; que según el artículo 226 del C.G.P., los peritos

son idóneos; y con fundamento en ese trabajo pericial, fijó en el valor por el que fueron dictaminados y no controvertidos por las partes, empero, desestimó los intereses allí calculados.

## **EL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconformes, ambas partes apelaron y presentaron los reparos, así:

### ***Parte incidentante:***

**i)** En audiencia expuso que el señor John Fredy Álvarez, perito, precisó las circunstancias por las cuales se liquidaron intereses moratorios con fundamento en la Ley 43 de 1990, aplicable a su profesión de contador; por ende, solicita que se tenga en cuenta su argumentación jurídica.

Mediante escrito que presentó dentro de la oportunidad prevista en el artículo 322 del C.G.P., adujo que:

**ii)** El dictamen cumplió con los requisitos del numeral 5° del artículo 226 del C.G.P., porque en él se expusieron los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones; además, en el auto que convocó la audiencia se hizo alusión a que se presentara alguno de los peritos encargados de la elaboración “*a lo que la parte demandada no se opuso*”.

**iii)** Los intereses de mora sobre los honorarios se deben liquidar desde la fecha en que se hicieron exigibles y se causaron, esto es, desde la realización de las gestiones; lo contrario, beneficiaría al deudor con la pérdida del poder adquisitivo del dinero.

Al sustentar los reparos, recordó que las sentencias proferidas dentro del proceso condenaron a la demandada al pago de honorarios en razón del contrato de mandato comercial, los que generan intereses moratorios que deben ser reconocidos como resarcimiento del perjuicio causado de manera mal intencionada por la contraparte, al desconocer el encargo encomendado pretendiendo el no pago de concepto alguno en su favor.

Que si bien no hay una cifra sobre la cual tasar los intereses moratorios, una vez fijada, los mismos se deberán pagar de manera retroactiva, “*liquidados con el valor que se logre determinar dentro del incidente desde la fecha de*

*incumplimiento por parte de la demandada*”; y que también se debe reconocer el aspecto inflacionario o de corrección monetaria.

**Parte incidentada:**

En audiencia expresó:

**i)** A pesar de que al inicio de la audiencia la Juez reconoció que en la tasación de los honorarios participó una profesional que no compareció a la misma, y a su finalización refirió que no era necesaria su comparecencia, no se probó que los honorarios ascendieran a \$671´490.950 ni a otro valor, en razón al procedimiento “espurio” que se aplicó por medio de un link, para llegar a esa conclusión.

**ii)** El dictamen no tiene un método, ni investigación, en la medida que se llegó a la cifra en él contenida a través de un link de la Sociedad Colombiana de Arquitectos, lo que descarta que esté soportado.

Por escrito reparó en lo siguiente:

**iii)** “**Se desconocieron normas de disciplina probatoria**”, concretamente los artículos 13 y 164 del C.G.P., al admitir un dictamen presentado por un número plural de personas y no por uno solo, como lo consagra el ordenamiento jurídico.

**iv)** “**Se cercenó el derecho de contradicción de la parte incidentada**”, porque en el auto que abrió a pruebas el proceso se ordenó citar a alguno de los peritos, pero de los tres que lo rindieron no asistió la arquitecta, quien era la idónea para dar respuesta al cuestionario que se le formuló a los comparecientes, quienes manifestaron no haber participado en el capítulo concerniente a los honorarios; además, por cuanto la juzgadora indicó que citaría a dicha profesional a otra audiencia, pero al finalizar la realizada, consideró que ello no era necesario. Esa conducta, se acomoda a lo previsto en el artículo 228 del C.G.P., cuya aplicación solicita.

**v)** “**No hubo prueba del valor de los honorarios que se habrían causado a favor de MARIO ALBEIRO MONTOYA OSORIO. Se desnaturalizó el alcance del trabajo aportado al expediente como anexo del incidente de regulación de honorarios**”, al ser elaborada la experticia por tres profesionales de distintas áreas, de los que concurrieron dos que se pronunciaron sobre puntos de derecho, a pesar de estar ello limitado en el artículo 226 del C.G.P.

**vi) “Se desnaturalizó en el dictamen pericial el verdadero alcance de lo que oficiosamente ordenaron las sentencias cuando decretaron ese medio probatorio”**, por cuanto éstas ordenaron valorar los honorarios que se habrían generado en favor del actor con ocasión de las gestiones y trámites ante las autoridades locales, en lo relacionado con el proyecto Ecociudadela de Las Américas Apartadó, pero lo dictaminado fueron los honorarios por las construcciones que se levantaron o debieron levantarse en dicho proyecto, pese a que en realidad no hubo obra alguna ejecutada por el demandante.

**vii) “Se soslayó la necesidad de explicar el soporte técnico del dictamen pericial”**, porque no hubo explicación alguna de los métodos, cálculos, ecuaciones, etc., que sirvieron a los peritos para fijar el valor de los honorarios.

**viii) “Los peritos no hicieron el trabajo encomendado sino otra cosa”**, en atención a que los honorarios los fijó un aplicativo de la Sociedad Colombiana de Arquitectos, cuya idoneidad no fue acreditada, como tampoco el soporte normativo de su participación en el dictamen con su firma, punto en que, destacó, la responsabilidad del perito no se puede ceder o endosar a un tercero así sea muy acreditado.

**ix) “Carecen de idoneidad para elaborar un dictamen pericial como el decretado de oficio, profesionales como un contador y un abogado”**, en tanto lo fue para valorar los honorarios por gestiones y trámites que adelantó el demandante en desarrollo del proyecto Ecociudadela de Las Américas Apartadó, siendo inidóneos.

**x) “El perito contador fue contratado no para fijar honorarios, sino para calcular intereses”**, con lo que queda confirmado el desenfoque de la prueba pericial; además, el perito abogado fue contratado para soportar jurídicamente el dictamen, lo que tampoco hizo, pues su intervención se limitó a explicar por qué debían contabilizarse intereses moratorios.

**xi) “La no manifestación en contra de algunos aspectos del incidente o de la prueba pericial en el escrito con el que se recorrió el traslado, no le añade valor probatorio al dictamen que lo acompañó”**, ni denota que esté de acuerdo con su contenido o conclusiones; a más que no absuelve al sujeto que aporta ese medio de convicción de la carga de la prueba. El desconocimiento de las normas procesales genera un enriquecimiento sin justa causa a favor del actor.



**xii) “Los trabajos descritos en los numerales 1.1.1., 1.1.2., y 1.1.3. del Decreto 2090 de 1989, invocado como soporte normativo del trabajo pericial, se asemejan más a lo que se ordenó oficiosamente en las sentencias, que a lo que dictaminó la experticia”,** porque en el dictamen se afirmó que no hay soporte probatorio en el número 10° del acápite denominado metodología para cálculo de honorarios por mandato, que es, en realidad, el dictamen en la parte de los honorarios; contradicción con la que se incurre en el vicio formal denominado petición de principio *“consistente en incluir la conclusión en las premisas del silogismo”*.

**xiii) “En el numeral 12 del dictamen se llega al extremo de calificar la conducta del incidentante”** de manera elogiosa al afirmar que cumplió a cabalidad con sus funciones de mandato, concluyendo lo principal, aseveraciones que rompen groseramente con las exigencias normativas según las cuales la opinión del perito es independiente y debe contar con imparcialidad.

**xiv) “En el numeral 13 se reafirman los desenfocados criterios que utilizó el dictamen”,** alejados a los determinados en las sentencias del 22 de marzo de 2018 y 8 de marzo de 2019, en la tarea de valorar los honorarios por las gestiones realizadas y trámites adelantados, pero, en contraste, valoró las obras que debieron haberse construido.

**xv) “En el numeral 15 del dictamen se vuelve a desnudar el error protuberante en que se incurrió en su elaboración”,** al concluir que el costo directo total de las 588 viviendas es de 713.937 por metro cuadrado, cuando no hubo construcción; es decir, la médula del trabajo pericial la hizo un enlace de internet de un ente prácticamente anónimo

Al sustentar el recurso de apelación, memoró los antecedentes de las sentencias que ordenaron ese trámite incidental y cuál fue su objeto, así como los aspectos normativos del Código General del Proceso, que considera vulnerados y desconocidos con el dictamen pericial al no practicarse de manera regular con lo que se desatendió la carga de la prueba.

Al efecto adujo, en síntesis, que de los tres peritos responsables del dictamen (una arquitecta, un contador y un abogado) no asistió a la audiencia la arquitecta, quien conforme a las respuestas de los otros dos, era quien podía dar explicaciones al cuestionario que intentó formular la parte incidentada, como así lo reconocieron los otros dos peritos quienes frente a los cuestionamientos del trabajo, lo que ofrecieron fue respuestas sobre puntos de derecho; que pese a que

*Exp. 019 2015 00783 02*

en el curso de la audiencia se anunció que se citaría a la arquitecta, lo cierto fue que allí se profirió sentencia con lo que se le cercenó el derecho de defensa y contradicción, aspecto que vicia el medio probatorio, y además le elimina cualquier mérito de convicción, al no cumplirse con el precepto del artículo 228 del C.G.P. según el cual “(...) *si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor*”.

Que, además, las sentencias lo que ordenaron fue la tasación de los honorarios con ocasión de las gestiones del demandante y trámites ante las autoridades locales, en lo relacionado con el Proyecto Ecociudadela de las Américas de Apartadó, pero el dictamen se enfocó a los honorarios por las construcciones que se levantaron o debieron levantarse en dicho proyecto inmobiliario, quedando sin prueba el objeto del incidente al existir total desenfoque en el dictamen, al partir del supuesto inadmisibles de que hubo construcción terminada.

Que el incidente y el dictamen, parten del supuesto erróneo de que se trataba de una indemnización de perjuicios (de ahí la causación de intereses moratorios), en el mismo se realiza un cálculo abstracto con base en algo que no es la orden judicial que se debió atender; que allí se tomó el valor individual de cada vivienda, al parecer con base en una revista Construdata, en \$713.937,00 y luego de unas operaciones que en el dictamen no se explican, toma como otro elemento de la “ecuación” el número de viviendas que tenía el proyecto que nunca llegó a construirse, 588; que el mismo trabajo pericial reconoce explícitamente que “es un referente para la realización de presupuestos por parte de los profesionales de la construcción”, *“idea que pugna con todo el andamiaje del proceso de la referencia, en cuanto se trataría de una responsabilidad civil contractual, en la que, de suyo, está excluido todo lo hipotético.”*

Que no existió explicación del soporte técnico en el dictamen pericial, respecto de los métodos, cálculos, ecuaciones, operaciones, a cargo del perito, que sirvieron para fijar el valor de los honorarios, con lo cual se vulneró el inciso quinto del art. 226 CGP., razón por la que reclamó la aplicación de las consecuencias procesales del artículo 228 ibídem, al omitirse la tarea encomendada, la cual fue sustituida por una aplicación en internet cuya idoneidad técnica no se demostró y que “impropiamente acogió la sentencia de primera instancia sin un mínimo ejercicio de ponderación, y sin dar aplicación a los lineamientos característicos de la sana crítica o de la persuasión racional, parámetros adoptados por nuestras legislaciones procesales desde 1970.”

En consecuencia, pidió revocar en su totalidad la sentencia y en su lugar se absuelva de todas las pretensiones a la demandada, pues la prueba pericial practicada carece, por completo, de mérito persuasivo.

Finalmente, cada uno de los apoderados de las partes se pronunció sobre la sustentación del recurso del otro.

## **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 Corporación se reclama.

2. Comenzará la Sala por resolver los reparos que la parte incidentada formula contra el fallo de primera instancia, pues de su resultado pende la inconformidad del convocante; y en esa tarea, recuerda que el artículo 226 *ibídem* dispone, en lo que interesa al asunto, que:

*“La prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos”; que “Sobre un mismo hecho o materia cada sujeto procesal solo podrá presentar un dictamen pericial. Todo dictamen se rendirá por un perito”; y que “No serán admisibles los dictámenes periciales que versen sobre puntos de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 177 y 179 para la prueba de la ley y de la costumbre extranjera. Sin embargo, las partes podrán asesorarse de abogados, cuyos conceptos serán tenidos en cuenta por el juez como alegaciones de ellas”.*

Así mismo establece que *“El dictamen deberá acompañarse de los documentos que le sirven de fundamento y de aquellos que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito”* y que *“Todo dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado; en él se explicarán los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones”*, a más de contener la información allí relacionada.

A su turno, el canon 228 del mismo compendio normativo consagra, entre otras cosas, que: *“La parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones. Estas deberán realizarse dentro del término de traslado del escrito con el cual haya sido aportado o, en su defecto, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento. En virtud de la anterior solicitud, o si el juez lo considera necesario, citará al perito a la respectiva audiencia, en la cual el juez y las partes podrán interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen. La contraparte de quien haya aportado el dictamen podrá formular preguntas asertivas e insinuantes. Las partes tendrán derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito, en el orden establecido para el testimonio. Si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor”*.

Y el artículo 232 *ibídem* preceptúa que *“El juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso”*.

3. Para el caso, con el escrito con el que el apoderado del demandante formuló el incidente, allegó una certificación expedida por la Sociedad Colombiana de Arquitectura, firmada por su Presidente, conforme a la cual *“la Simulación Base para el Cálculo de Honorarios Arquitectónicos”* fue realizada en el aplicativo que tiene esa institución en la página web y que ese cálculo está basado en el Reglamento de Honorarios para los trabajos de arquitectura, Decreto 2089 de 1989 (Cfr. fl. 5 C. 3).

De igual manera, aportó *“peritaje de la SIMULACIÓN BASE PARA EL CÁLCULO DE HONORARIOS DE ARQUITECTURA”* en dos folios; y el *“peritaje realizado (sic) de la SOCIEDAD COLOMBIANA DE ARQUITECTOS ANTIOQUIA de la METODOLOGÍA Y DEFINICIONES DEL CALCULO FINANCIERO”* en 113 folios (Cfr. fl. 107 *ibídem*), en el que se encuentra una declaración de responsabilidad suscrita por Claudia Marcela Ramírez Gómez, John Fredy Álvarez Sánchez y Justo Alfredo Díaz Pinto, arquitecta, contador público y abogado, respectivamente, donde manifestaron no tener vínculos laborales, familiares o de afinidad con el demandante, y contar con la independencia en relación con las partes frente a la labor contratada.

Seguido, ese trabajo registra un “*PERITAJE POR HONORARIOS*” rubricado por el citado contador público, señor John Fredy Álvarez Sánchez, donde “*se procede a establecer los honorarios al arquitecto MARIO ALBEIRO MONTOYA OSORIO*” según lo dispuesto en la parte resolutive de la sentencia de fecha 22 de marzo de 2018 proferida por el juzgado de procedencia y con fundamento en los artículos 283, 423 y 424 del Código General del Proceso, 884 y 886 del Código de Comercio, 65 y 72 de la Ley 45 de 1990 y 13 de la Ley 43 de 1990.

Allí concretó el perito contador que la suma inicial para liquidar intereses moratorios es \$671´490.950, establecida por la arquitecta constructora Claudia Marcela Ramírez Gómez, cuantía que “*parte de la base de liquidación del aplicativo*” de la página de internet de la Sociedad Colombiana de Arquitectos, Seccional Antioquia; y que dicha cuantía con intereses asciende a \$1.361´004.626 (Cfr. fls. 11 a 16 C. 3).

En otro apartado del trabajo se encuentra la nominada “*METODOLOGÍA PARA CÁLCULO DE HONORARIOS POR MANDATO*” elaborada o suscrita por la arquitecta constructora Claudia Marcela Ramírez Gómez, donde se encuentran registradas una serie de consideraciones con base en las cuales elaboró esa parte o porción del trabajo pericial, donde concluyó que el valor de los honorarios por aplicación de la plataforma de la Sociedad Colombiana de Arquitectos es la suma de (\$671´490.950)<sup>1</sup>.

Las actuaciones dan cuenta que, en auto del 17 de septiembre de 2019, el juzgado de primer grado abrió el trámite a pruebas; puso en conocimiento de la parte convocada el dictamen pericial que obra a folios 5 a 103; y ordenó citar a “*alguno*” de los peritos que lo elaboraron a fin de que sustentara la experticia el día de la audiencia, a la que comparecieron únicamente John Fredy Álvarez Sánchez, Justo Díaz Pinto, el representante legal de la convocada y los apoderados de las partes.

Es decir, a esa vista pública no concurrió la arquitecta constructora Ramírez Gómez, pese a que era la profesional que tenía el conocimiento técnico sobre la tasación del valor de los honorarios del demandante, con base en lo dispuesto en las sentencias de primera y segunda instancia, situación que lejos de encontrar justificación en el contenido del proveído que

---

<sup>1</sup> Cfr. fls. 24 y 25 C. 3  
Exp. 019 2015 00783 02

convocó a la audiencia, por la citación de “*alguno*” de los peritos, denota que no es posible otorgar al dictamen pericial el valor probatorio esperado por el extremo convocante, por razón de lo dispuesto en el artículo 228 de la ley adjetiva vigente, pues como ya quedó reseñado, *si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor.*

En este punto, se podría pensar que por la citación de “alguno” de los peritos que elaboraron la experticia, eventualmente podría estar justificada la inasistencia de la arquitecta constructora a la citada audiencia; empero, sucede que fue ella quien elaboró el concepto técnico en el aparte que concierne a la metodología y precisión de los aspectos con base en los cuales se estimaron los honorarios del señor Montoya Osorio en la cuantía antes mencionada y, por ende, era la llamada a responder el cuestionario que sobre ese puntual aspecto le formularía el apoderado de la incidentada, en desarrollo de la contradicción del dictamen prevista en el canon 228 adjetivo.

Ello, en razón a que los demás peritos que sí comparecieron en esa oportunidad manifestaron no tener los conocimientos acerca de los criterios y técnica con base en los cuales la arquitecta constructora tasó los honorarios en la forma y términos contenidos en el informe. El contador, por cuanto tomó como base el valor por ella determinado a título de honorarios, para cuantificar exclusivamente los intereses de mora sobre ese monto de acuerdo con lo establecido en los artículos 884 y 886 del Código de Comercio, pues según una respuesta que otorgó no fue contratado para calcular honorarios, sino los intereses sobre ellos (Cfr. Min. 10:32 CD fl. 144 C. 3), a partir de la estimación efectuada por la citada profesional de arquitectura. Y el abogado, quien refirió que asesoró a los otros dos profesionales en sus labores, pero sin precisar aspecto alguno relativo a la tasación de los honorarios, en la medida que su intervención estuvo centrada en hacer valer la viabilidad de la estimación de los intereses moratorios y en defender la aplicación del Decreto 2090 de 1989 y demás normas en que se fundó el trabajo pericial.

En esas condiciones, el dictamen pericial no puede ser acogido pues al margen de que haya sido rendido por tres profesionales, al parecer designados por una entidad reconocida en el ámbito de la construcción, circunstancia que tampoco quedó debidamente acreditada, lo cierto es que no está sustentado en cuanto tiene que ver con el objeto para el que fue decretado, a saber, la estimación de los honorarios que se debían reconocer en favor del señor Montoya Osorio, evidenciado que ese estimativo lo elaboró y concretó una profesional que no compareció a la audiencia escenario propicio

*Exp. 019 2015 00783 02*

para tal fin, en cumplimiento de lo que prevé el artículo 228 comentado sobre ese puntual aspecto, al prever que si el citado no concurre a la audiencia, el dictamen no tendrá valor.

Además, la citada auxiliar de la justicia no justificó su inasistencia a la audiencia con antelación o con posterioridad a su realización; y que conforme lo manifestaron los demás profesionales que intervinieron en dicha elaboración, fue quien concretó el valor de los honorarios.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, es evidente que encuentran acogida los reproches formulados por la parte incidentada contra la providencia de primer grado, en la medida que avaló el contenido y conclusiones de un dictamen pericial que no satisfizo los presupuestos legales para tal fin, especialmente en lo que respecta a su sustentación por la profesional encargada de determinar el valor de los honorarios ordenados en la sentencia del 22 de marzo de 2018.

Y no es posible acoger ese trabajo en franco desconocimiento de las antedichas circunstancias, en razón a que la jurisprudencia tiene establecido que el juzgador no puede someterse al dictamen de manera ciega y sin discriminación de ninguna especie, porque de lo contrario se caería en el absurdo de que sería el perito el que fallara la litis; además, por ser, precisamente, función del auxiliar la de exponerle al juez sus opiniones personales acerca de las cuestiones que se le han planteado, en tanto el dictamen es una simple declaración de ciencia, cuyas conclusiones no son definitivas toda vez que pueden ser o no acogidas por el funcionario judicial.

Así, el fallador goza de la potestad de fijarle al peritaje el valor que en cada caso le merece teniendo en cuenta la firmeza, precisión y calidad de los fundamentos y demás elementos probatorios obrantes en el proceso, lo cual indica que en esa ponderada apreciación que realice puede acogerlo o rechazarlo.

Al respecto, conviene recordar que la jurisprudencia ha expresado que: *“Es verdad consagrada la de que uno de los requisitos sine qua non, tiene dicho la Corporación, que debe ofrecer todo dictamen pericial para que pueda ser admitido como prueba de los hechos sobre que versa, consiste en que sea debidamente fundamentado; y que compete al juzgador apreciar con libertad esta condición, dentro de la autonomía que le es propia, no obstante que el dictamen no haya sido materia de tacha u objeción de las partes en el traslado* Exp. 019 2015 00783 02

*correspondiente...” (Sentencia de 5 de abril de 1967). Así mismo, dijo la Corporación que “el concepto emitido por el Tribunal en sentencia y la acusación al respecto y de que se acaba de hacer mérito, plantea de nuevo el problema que sobre el particular tiene ya resuelto la Corte y que además ha sido estudiado ampliamente por los doctrinantes, a saber: Hasta dónde vincula al juzgador un dictamen pericial. La fuerza vinculante de un experticio, en todo caso, y que obligue al juzgador a someterse a aquél sin discriminación de ninguna especie, no ha sido aceptada nunca por los expositores ni por nuestra legislación” (sent. 9 de mayo de 1938, G.J. Tomo XLVI, número 1935, págs. 421 y 422, sent. 17 agosto de 1944, G.J. Tomo 57 pág. 533).*

Confrontadas las anteriores directrices de orden legal y jurisprudencial con el dictamen que se allegó a la actuación pronto emerge que le asiste razón al extremo demandado en cuanto a que quedó sin fundamento probatorio la estimación de la cuantía de los honorarios en la experticia, en tanto están soportados en la aproximación efectuada por medio de un enlace de la página web, lo que descarta que contenga un método o fuente de investigación, así como sustento legal como lo prevé el artículo 228 del C.G.P.

A lo que se agrega, como ya se resaltó, que la profesional que estimó los honorarios no asistió a la audiencia del 10 de octubre de 2019 a sustentar su labor, pese a que era la persona idónea, según lo indicaron los otros profesionales que participaron en la elaboración del trabajo; no hay prueba del valor de dichos honorarios, la que no es posible derivar de la sustentación que rindieron quienes comparecieron a la audiencia, porque se limitaron a convalidar la tasación de los intereses moratorios, no la cuantía y determinación de los honorarios en favor del incidentante, concretamente con base en las gestiones y trámites que desplegó ante las autoridades locales para la estructuración del proyecto Ecociudadela de las Américas Apartadó, como se dispuso en la sentencia, en la medida que dictaminaron sobre las construcciones que se levantaron o debieron levantarse en dicho proyecto, no en la labor efectivamente realizada por el convocante.

Y si lo anterior no fuera suficiente, nótese que en verdad no hubo explicación alguna de los métodos, cálculos y ecuaciones, que sirvieron a los peritos para fijar el valor de los honorarios; las conclusiones del dictamen están fundadas en un resultado arrojado por un aplicativo de la Sociedad Colombiana de Arquitectos, cuya idoneidad no fue acreditada, como tampoco el soporte normativo de la participación de su Presidente en la certificación aportada con la demanda; y porque quedó en evidencia que la tasación de los honorarios partió



del valor base de construcción de 588 viviendas que no se construyeron, ajeno al objeto por el que se dispuso el trámite incidental.

No está en duda la experiencia y profesionalismo de los anteriores peritos, en cuanto a su intervención en la labor encargada respecta, porque los documentos anexos al dictamen y las respuestas sobre ese particular, permiten entrever que tienen acreditaciones y conocimientos en sus áreas; lo que sucede es que ninguno de ellos dio cuenta cierta de la forma y términos en que se estableció la cuantía de los honorarios ordenados en el ordinal tercero de la sentencia del 22 de marzo de 2018, determinada por la otra profesional que elaboró una parte del dictamen, se recalca.

Y es que si bien el apoderado de la convocada al descorrer el traslado del incidente solicitó la concurrencia de uno de los tres peritos que realizaron el dictamen, lo cierto es que en desarrollo de la audiencia la funcionaria de primer grado se percató y puso de presente a las partes en un primer momento que era necesaria la comparecencia de la señora Ramírez Gómez por ser la profesional concedora del aspecto técnico con que se fijaron los honorarios, pero al finalizar la misma consideró que con las declaraciones de los demás participantes en ese trabajo era suficiente para emitir sentencia de fondo, conclusión errada, a juicio de la Sala.

4. Con todo, si el Tribunal desconociera lo que hasta acá se ha argumentado, con el propósito de darle algún valor probatorio al dictamen pericial, en consideración a que fue el mismo apoderado de la parte incidentada quien reclamó *“se llame para que concurra la audiencia correspondiente, únicamente a uno (1) de los tres (3) peritos que realizaron el mismo”*, lo cierto ese trabajo pericial no se ocupó de los aspectos puntuales que consideró, tanto la sentencia de primera instancia como la de segunda, generaban honorarios para el demandante.

Así, la sentencia de primera instancia se consideró que no se podía acceder a las pretensiones del demandante relacionadas con la estructuración del proyecto de 588 unidades en el proyecto de vivienda Ciudadela de las Américas, por cuanto no había prueba de que la demandada lo hubiese contratado con ese fin; pero como consecuencia de la existencia del contrato de mandato, debía la demandada reconocer los honorarios que le correspondan por la labor desplegada al mandatario, demandante, quien realizó: *“la presentación, actúo como gestor y promotor del proyecto, se logró la aprobación,*

*obtención de las licencias respectivas, la consecución del terreno, y la viabilidad para construcción y desarrollo del mismo(..)”*

A esos puntuales aspectos debió el perito circunscribir su trabajo, que correspondían, al cumplimiento de los requisitos de la primera fase de la convocatoria 065; aspectos estos que no aparecen considerados en el comentado dictamen pericial, como tampoco quedó establecido cuáles de esas gestiones atañían a los propietarios del predio, que no era Cemex, para deducirlas del valor de los honorarios, como así se previno en la sentencia de segunda instancia.

Véase que la base para el cálculo de honorarios arquitectónicos, del simulador de donde se dedujo el monto de los mismos, parte de unos parámetros de construcción propuestos para acabados tipo A.,B,C por metro cuadro, determinando un costo directo, luego se establece el valor básico de diseño según su categoría, para arrojar un valor total de “*honorarios de diseño*”, sin atender en modo alguno las consideraciones de las sentencias que le concedieron la prerrogativa al demandante de tasar esos honorarios por fuera de la actuación principal.

En ese orden de ideas, al encontrar acogida gran parte de los reparos formulados por el extremo demandado, forzoso deviene colegir que no encuentran cabida los aspectos controvertidos por el convocante, evidenciada la errada conclusión a la que arribó la funcionaria de primer grado en torno a la presentación, sustentación y valoración del dictamen pericial aportado por el señor Mario Albeiro Montoya Osorio.

5. Colofón de lo discurrido, se revocará la decisión de primer grado y se negarán las pretensiones del incidente en su integridad, determinación que conlleva imponer condena en costas de ambas instancias a cargo del extremo actor, conforme lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., propósito para el que la Magistrada Sustanciadora señala la suma equivalente a tres (3) salarios mínimos mensuales legales vigentes de conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 5º del Acuerdo PSAA-10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

## **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:**        **REVOCAR** la sentencia que, en el proceso de la referencia, profirió el Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá el 10 de octubre de 2019, de acuerdo con lo decantado en precedencia. En su lugar, se dispone, **NEGAR** las pretensiones del incidente.

**SEGUNDO:**        **CONDENAR** en costas de ambas instancias a la parte demandante. Liquidense por el *a quo* como lo dispone el artículo 366 del C.G.P., teniendo como agencias en derecho de segunda instancia la suma de \$2'633.409.

**NOTIFÍQUESE,**

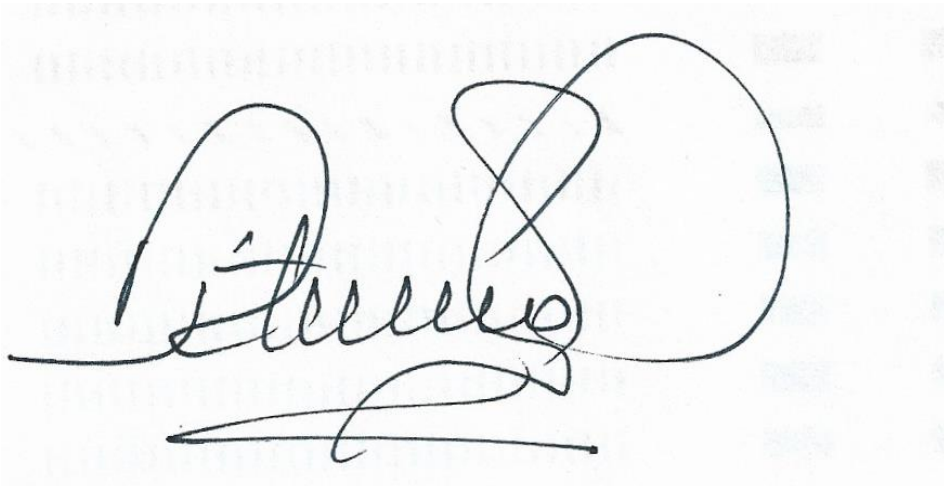


**MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA**  
Magistrada



**JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS**  
MAGISTRADO

(Salva voto)



**RUTH ELENA GALVIS VERGARA**  
Magistrada



## **SALVAMENTO DE VOTO**

*Ref: Verbal Ord. Mario A. Montoya O. contra  
Cemex Colombia S.A. Exp. 20150078301.*

*Con el debido respeto para con los restantes integrantes de la Sala y como ya lo había dejado consignado en salvamento de voto del 8 de marzo de 2020 en este mismo asunto, me aparté de la decisión mayoritaria al considerar que en el caso que nos ocupa era prevalente la aplicación de la regla contenida en el artículo 29 del C.G. del P., derivando en que la competencia corresponde a la Jurisdicción Ordinaria en la especialidad laboral. Posición que mantengo y reitero con ocasión de la segunda instancia que ahora se resuelve respecto del fallo de primer grado de fecha 10 de octubre de 2019.*

  
**JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS**  
**MAGISTRADO**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA**

Bogotá, D.C., catorce de agosto de dos mil veinte

Sentencia escrita de conformidad con el artículo 14 del Decreto 806 de 2020

*Proceso:* Verbal  
*Demandante:* Marlén Enciso Téllez  
*Demandado:* José Efraín Bohórquez Roa  
*Radicación:* 110013103020201900203 02  
*Procedencia:* Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá, D.C.  
*Asunto:* Apelación sentencia

Resuelve la Sala el recurso de apelación propiciado por la parte demandante contra la sentencia expedida el 18 de diciembre de 2019 por el Juzgado 20 Civil del Circuito en el asunto de la referencia.

**ANTECEDENTES**

1. La señora Marlen Enciso Téllez presentó demanda contra el señor José Efraín Bohórquez Roa en la que planteó como pretensiones<sup>1</sup>:

1.1. Ordenar la rendición de cuentas a la demandante por parte del demandado, “en su condición de propietario de

---

<sup>1</sup> Conforme al memorial subsanatorio de la demanda, folios 60-66 cuaderno 1

los vehículos señalados en el acápite de hechos”, en el periodo comprendido entre el 1° de febrero de 2008 hasta el 30 de junio de 2017.

1.2. Ordenar al demandado la rendición de cuentas a la demandante, respecto de los frutos que ha producido el Apartamento 202 interior 4 manzana 1 Urbanización Los Alcaparros de Sauzalito Ciudad Salitre, carrera 69 B #24-10, con matrícula inmobiliaria 50C-1214039, *“razón de los ingresos netos que producen (sic) por concepto cánones de arrendamiento, desde febrero del año 2008 y hasta el día en que rinda sus cuentas”*.

1.3. Señalar un término prudencial para que se presenten las cuentas, y rendidas darle el trámite de ley.

1.4. Advertir al demandado que de no rendirlas, *“podrán mis poderdantes estimar el saldo de la deuda que pueda resultar, bajo juramento”*.

Estimó bajo juramento en \$693'525.537,00 equivalente al *“50% de lo que le corresponde a mi poderdante del valor total de los frutos y ganancias de la sociedad patrimonial, que aproximadamente oscila en \$1.387.051.073.00”*.

2. Como sustento fáctico, expuso los hechos que se resumen así:

2.1. El Juzgado 3° de Familia de Bogotá en sentencia del 11 de diciembre de 2015, declaró que entre Marlen Enciso y José Bohórquez existió unión marital de hecho entre el 1 de marzo de 1997 y el 31 de enero de 2008.

2.2. El demandado, desde el 1° de febrero de 2008 y hasta la chatarrización de los vehículos de servicio público, el 30 de junio de 2017, *“que hacen parte de la*

*sociedad patrimonial*”, siguió con la administración y no le ha rendido cuentas a la demandante.

2.3. El demandado, desde el 1º de febrero de 2008 y hasta la presentación de la demanda se ha negado a rendir cuentas y pagarlas a la demandante respecto del apartamento 202 Interior 4 de la Urbanización Los Alcaparros de Ciudad Salitre.

2.4. Se demanda la producción de frutos para que hagan parte del haber patrimonial de: a) el vehículo de placa SHA189, marca Daihatsu, modelo 1997, afiliado a la Cooperativa de Transporte Bogotá Kennedy Ltda., avaluado en \$90'749.238,00; b) el vehículo de placa SGZ083 marca Daihatsu, modelo 1997, afiliado a la Cooperativa de Transporte Bogotá Kennedy Ltda., avaluado en \$90'749.238,00.

2.5. Los frutos del automotor SHA189 corresponden al valor del cupo o derechos de reposición por \$90'749.238,00, más los ingresos percibidos en cuantía de \$391'597.336,00; para un total de \$482.346.574,00.

2.6. Los frutos del automotor SGZ083 corresponden al valor del cupo o derechos de reposición por \$90'749.238,00, más los ingresos percibidos en cuantía de \$391'597.336,00; para un total de \$482'346.574,00.

2.7. Los *“gananciales”* del apartamento 202 interior 4 Urbanización Los Alcaparros de Sauzalito, Ciudad Salitre, predio adquirido por el demandado el 16 de julio de 1991, con avalúo comercial de \$249'000.000,00, *“de ellos los gananciales que se generaron desde 1 de marzo de 1997 hasta la fecha en que rinda cuentas la demandada”*.

2.8. Los frutos que rinda el apartamento se calcularon desde el año 2008 hasta 2019 en \$173'357.925, que



sumado al valor del apartamento arroja un total de \$422'357.925,00.

2.9. La rendición de cuentas es necesaria para establecer e incluir los valores en la liquidación de la sociedad patrimonial tramitada en el Juzgado 3 de Familia de Bogotá.

3. Subsana la demanda, fue admitida en auto del 20 de mayo de 2019 en el que se dispuso dar traslado al demandado.

4. El señor Bohórquez Roa fue notificado por aviso, sin que en la oportunidad legal hiciera uso de su derecho de defensa.

5. Enseguida se dictó sentencia que denegó las pretensiones de la demanda y condenó a la actora en costas a favor del demandado.

### **LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO**

Luego de hacer una síntesis de la actuación, la juzgadora señaló el propósito del proceso de rendición de cuentas que busca que todo aquel que en virtud de la ley o el contrato este obligado a suministrar balance de su gestión de negocios de la que pudieren derivarse obligaciones y derechos a su cargo o a su favor, presente las cuentas voluntariamente o lo haga cumpliendo la orden judicial.

Recalcó que si bien el silencio del demandado da lugar a que se dicte auto de acuerdo con la estimación, debe el juzgador examinar si el demandado esta obligado a presentar las cuentas reclamadas y la demandante a

recibir las; pues de no advertirse demostrado tal presupuesto llevaría a concluir una falta de legitimación en la causa.

En el caso examinado, la demandante finca su petición en la sentencia dictada por el Juzgado 3° de Familia de Bogotá el 11 de diciembre de 2015, providencia que declaró la existencia de unión marital de hecho entre Marlen Enciso y José Bohórquez entre el 1° de marzo de 1997 y el 31 de enero de 2008, allí mismo se declaró disuelta y en estado de liquidación, lo que al parecer no se ha cumplido. Providencia judicial de la que no se deriva la obligación de rendir cuentas, máxime cuando no se ha llevado a cabo la liquidación de la sociedad patrimonial en la que se distribuya entre los compañeros permanentes el patrimonio común. Sin que exista precepto legal del cual se desprenda la obligación de rendir cuentas.

La mera afirmación en la demanda acerca de que es el demandado quien administra los bienes no demuestra la condición de administrador con base en la cual pueda decirse que deba rendir cuentas y legitimación por pasiva.

## **EL RECURSO DE APELACION**

Inconforme el demandante planteó como motivos de su disenso los siguientes argumentos, en los que insistió ante esta Sede:

Los bienes por los que se pide cuenta siempre han estado bajo la administración del demandado, nunca ha permitido que la demandante intervenga en su manejo.

No existe indicio o prueba en este proceso o en el que se adelanta en el Juzgado 3 de Familia que permita concluir que la demandante tiene algún control o administración sobre los bienes.

El *a quo* no hizo valoración de la documental arrimada con la demanda.

En cuanto a la condena por \$3'000.000,oo el artículo 379 señala que en este caso no se aplica la sanción del artículo 206. A este respecto se observa que la demanda no ha causado perjuicios a la parte demandada.

Solicita se revoque la sentencia y se ordene al demandado rendir las cuentas, se de aplicación al numeral primero del artículo 379 y se abstenga de condenar en costas a la demandante.

### **CONSIDERACIONES**

1. Corresponde a la Sala definir el recurso de apelación formulado frente a la sentencia emitida el 18 de diciembre de 2019 por el Juzgado 20 Civil del Circuito de la ciudad, y a ello se procede advirtiendo de manera preliminar que los presupuestos procesales se han reunido cabalmente y no se observa vicio generador de nulidad de lo actuado y, por ende, se impone emitir una sentencia de fondo.

2. Circunscrita la competencia de la Sala, en los términos de los artículos 320, 327 y 328 de la ley 1564 de 2012, a los puntuales aspectos materia de reparo frente a la decisión de primer grado, sustentados en audiencia el pronunciamiento se concretará a establecer si le asiste o no la razón a los apelantes.

3. Para examinar la procedencia de las pretensiones en primer lugar debe determinarse si la demandante está legitimada para exigir la rendición de cuentas que pide y correlativamente el demandado a rendirlas.

4. Con referencia a la legitimación en la causa, presupuesto indispensable para la procedencia de la pretensión, considerada como cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, tiene establecido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil, v.gr. en SC 1182 de 2016 exp. 2008-0064 M.P. Ariel Salazar que:

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

Y resalta que:

*“Acoger la pretensión en la sentencia depende de, entre otros requisitos, que «se haga valer por la persona en cuyo favor establece la ley sustancial el derecho que se reclama en la demanda, y frente a la persona respecto de la cual ese derecho puede ser reclamado (...). Si el demandante no es titular del derecho que reclama o el demandado no es persona obligada, el fallo ha de ser adverso a la pretensión de aquél, como acontece cuando reivindica quien no es el dueño o cuando éste demanda a quien no es poseedor» (CSJ SC, 14 Ago. 1995, Rad. 4628, reiterado en CSJ SC, 26 Jul. 2013, Rad. 2004-00263-01).*

Indiscutible es que la legitimación en la causa no es cuestión baladí; se trata de un presupuesto indispensable que debe aparecer satisfecho para que se abra el camino del éxito para la pretensión.

5. En el estudio de constitucionalidad que hiciera la Corte con relación al numeral 5° del artículo 418 del Código de Procedimiento Civil, que corresponde en lo esencial al numeral 6° del artículo 379 de la ley 1564 de 2012, en torno a la naturaleza jurídica del proceso de rendición de cuentas señaló:

***“Tercera.- El proceso de rendición de cuentas. Naturaleza jurídica.***

*El proceso de rendición de cuentas, es un proceso civil especial "de conocimiento", denominado así porque en este tipo de procesos previamente se impone al juez el conocimiento de los hechos y de las pruebas, para después adoptar la declaración correspondiente.*

*Se adelanta bajo el trámite de un proceso abreviado, y persigue dos fines claramente determinados: a) Inmediato: constituido por las cuentas, esto es los ingresos y egresos, con sus respectivos soportes, de la actividad desarrollada por quien se ha encargado de administrar bienes o negocios de otra persona, sea que su origen esté en un acto de voluntad de las partes, como acontece con el contrato, o de una situación contemplada en la ley, como en el secuestre o el albaceazgo. b) Mediato: consiste en establecer quién debe a quién y cuánto, o sea, cuál es el saldo que queda a favor de una parte y a cargo de otra, llámese demandante o demandado.*

*Así, el Código de Procedimiento Civil contempla dos modalidades, una tendiente a obtener la rendición de cuentas de quien está obligado a rendirlas y no lo ha hecho, llamada también rendición provocada y la otra, para que las cuentas de aquel que debe rendirlas sean recibidas, o rendición espontánea por el obligado a rendirlas.*

*(...) 3.2. Rendición provocada de cuentas.*

*El objeto de este proceso, es que todo aquel que conforme a la ley, esté obligado a rendir cuentas de su administración lo haga, si voluntariamente no ha procedido a hacerlo (...) ”<sup>2</sup>.*

Se trata entonces en esta clase de procesos, de que una persona que detenta bienes, maneja negocios o dineros ajenos, los que ha administrado por cuenta de un tercero, le presente a éste una relación detallada y soportada de las gestiones realizadas y sus resultados. Se colige de lo anterior, lo que desde tiempo atrás reconoce esta Sala como presupuesto axiológico para el

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional, sentencia C-981 de 13 de noviembre de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, Referencia: Expediente D- 4089

proceso de rendición de cuentas que no es otro, que el deber de administración de derechos o negocios ajenos que le han sido encargados por un tercero al demandado, como por antonomasia se deriva del negocio jurídico (v gr. Mandato, negocio fiduciario, agencia oficiosa, etc.) o de la ley (albaceazgo, administración de los bienes del hijo menor de edad, etc.).

Se parte de un elemento de “legitimación en la causa” exigido a quien acciona como de quien se demanda, para la prosperidad de las pretensiones.

6. Siguiendo tales derroteros, en el primer estadio del proceso de rendición de cuentas incumbe establecer si el demandado está compelido a presentárselas a la demandante.

6.1. Como bien lo ha enseñado la jurisprudencia del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, la rendición provocada de cuentas como primer aspecto, consulta el vínculo legal o contractual entre las partes para que una de ellas las pueda exigir de la otra: *“Es evidente como desde antaño lo tiene dicho la Corte que el proceso de rendición de cuentas tiene como objeto “saber quién debe a quién y cuánto”, “cuál de las partes es acreedora y deudora”, “declarando un saldo a favor de una de ellas y a cargo de la otro, lo cual equivale a condenarla a para la suma deducida como saldo” (Sentencia de 23 de abril de 1912, XXI, 141).”*<sup>3</sup>

6.2. Conforme a la prueba documental arrojada sólo puede concluirse que entre la señora Marlén Enciso Téllez y el señor José Efraín Bohórquez Roa, existió una unión marital de hecho entre el 1º de marzo de 1997 y el 31 de enero de 2008, pues así fue declarado por el

---

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto de 20 de septiembre de 2005. MP. Edgardo Villamil Portilla. Exp. 110010203000200400729 00

Juzgado 3° de Familia de la ciudad en sentencia de 11 de diciembre de 2015<sup>4</sup>, providencia en la cual además se declaró disuelta y en estado de liquidación la sociedad patrimonial conformada entre aquellos, pero nada más.

Es cierto que una vez disuelta la dicha sociedad se forma una comunidad con respecto a la universalidad de bienes que la integraban, de donde se sigue que para su administración se han de acatar las reglas de administración de la comunidad de bienes, según las cuales la administración correspondería a ambos, **salvo que se haya nombrado un administrador común.**

Es claro que con posterioridad a la disolución de la sociedad patrimonial, la administración correspondía a ambos compañeros, salvo que se haya nombrado un administrador común; sin embargo, no hay prueba dentro del expediente que dé cuenta de qué bienes hacían parte del haber social, ni tampoco que el demandado Bohórquez Roa hubiese sido designado como el administrador.

Los bienes de cuya administración se pide cuentas, son un apartamento que adquirió el señor Bohórquez el 16 de julio de 1991, como se registra en la anotación 005 del folio inmobiliario 50C1214039<sup>5</sup>, y del que allí se registra él es el único propietario; y de los automotores, conforme a los certificados de tradición, el propietario “actual”, es el señor José Efraín Bohórquez, sin que se indique la fecha en que los adquirió. En todo caso, determinar si se trata de bienes sociales, no es cuestión que deba abordarse en este proceso, sino que corresponde dirimirse en el proceso liquidatorio de la sociedad patrimonial.

---

<sup>4</sup> Decisión que se aportó en copia simple, sin constancia de ejecutoria; folios 18-36

<sup>5</sup> Folios 41-42 cuaderno 1

El apelante ningún argumento jurídico expone tendiente a desvirtuar la hermeneútica planteada por la juzgadora de primer grado, indiscutible es que no se demostró, ni siquiera se alegó, la existencia de un vínculo contractual a través del cual la señora Enciso haya encomendado al señor Bohórquez la administración de los mencionados bienes. Tampoco surge la obligación de rendir cuentas de un imperativo legal, como quiera que no se probó que el demandado haya sido nombrado como administrador de los bienes, ni por el acuerdo de voluntades de los compañeros, ni por determinación judicial, si es que respecto de los pluricitados bienes existe una comunidad (artículos 16 y 18 de la ley 95 de 1890).

7. Se sigue de lo así examinado que no se demostró legitimación en la causa en la demandante para reclamar cuentas respecto de los varias veces mencionados bienes, y carece de legitimación el demandado, pues no se acreditó que en él recayera la obligación de presentarlas.

El restante cúmulo documental inocuo es apreciarlo, si en consideración se tiene la carencia de legitimación de las partes, ello es suficiente para despachar desfavorablemente las súplicas de la demanda sin que se imponga pronunciarse sobre los frutos deprecados.

En ese sentido, asiste razón a la juzgadora de primera instancia, sin embargo debe adicionarse la providencia para hacer pronunciamiento acerca de la falta de legitimación, como quiera que al resolver sólo indicó que se denegaban las pretensiones.

8. En cuanto al último reproche, ha de ver bien el libelista que la condena que le fuera impuesta a la demandante no es por el juramento estimatorio; se trata de la condena en costas que procede imponer a la parte



vencida en el proceso a voces del artículo 365 numeral 1° de la ley 1564 de 2012.

Sobre el tema la jurisprudencia ha dicho:

*“Siguiendo planteamientos de la doctrina nacional, la jurisprudencia de esta Corporación ha explicado que las costas, esto es, “aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial”, están conformadas por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho. Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintos al pago de apoderados. El artículo 393-2 del C.P.C. señala como expensas los impuestos de timbre, los honorarios de auxiliares de la justicia, y hace referencia genérica a todos los gastos surgidos en el curso de aquel. Por su parte, las agencias en derecho no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aún cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho. No obstante, esos valores son decretados a favor de la parte y no de su representante judicial, sin que deban coincidir con los honorarios pactados entre ésta y aquel.”<sup>6</sup>*

En el caso examinado, para afrontar la demanda en su contra presentada debió el demandado acudir a los servicios profesionales de un abogado que lo representara, y al margen de su gestión, ello implicó un gasto que ha de reconocerse. Ergo, la censura no puede tener acogida.

9. Corolario de lo explicado, se adicionará la sentencia en los términos aludidos. Ante el fracaso del recurso se condenará en costas a la parte apelante.

## **DECISION**

En atención a lo consignado en precedencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Civil,

---

<sup>6</sup> Corte Constitucional, sentencia C-089-02

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

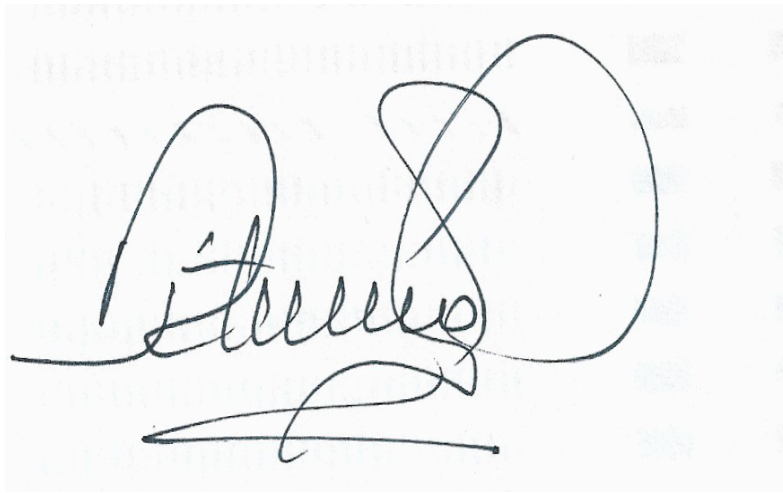
**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2019 por el Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá, D.C., para **DECLARAR** la falta de legitimación en la causa activa y pasiva.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** las restantes disposiciones de la providencia de fecha y procedencia anotadas.

**TERCERO: CONDENAR** en costas de esta instancia al recurrente vencido.

La Magistrada Sustanciadora, señala la suma de \$1'000.000,00 como agencias en derecho correspondientes a ésta segunda instancia.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ruth Elena Galvis Vergara', is written over a faint, circular official stamp. The signature is fluid and cursive, with a large loop at the end.

**RUTH ELENA GALVIS VERGARA**  
Magistrada



**MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA**  
Magistrada



**JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS**  
MAGISTRADO

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

Bogotá D.C., catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020)

**ASUNTO.** PROCESO VERBAL PROMOVIDO POR EL SEÑOR MAURICIO VIVES CARRILLO CONTRA MARÍA CLAUDIA GARCÍA BERNAL. **RAD.** 025 2017 00795 03

Teniendo en cuenta el informe de secretaría que antecede, que indica que dentro de la oportunidad prevista en el inciso 3° del artículo 14 del Decreto 806 de 2020 la parte apelante no sustentó el recurso interpuesto, a pesar de encontrarse debidamente notificada la providencia que ordenó correr ese traslado, auto del 16 de julio de 2020 notificado por estado electrónico el día 17 de ese mismo mes y año publicado en la página web de la Rama Judicial y que se enteró por medio de los correos electrónicos que obran al interior del proceso a los interesados, el Despacho con fundamento en el numeral 3° (inciso 4°) del artículo 322 del Código General del Proceso,

**DISPONE:**

**1. DECLARAR DESIERTO** el recurso de apelación instaurado por la parte demandada contra la sentencia que profirió el Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de esta ciudad el 18 de octubre de 2019

**2.** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

**Notifíquese y cúmplase,**

  
**MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA**  
Magistrada



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

Bogotá, D.C., catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020)

**Radicación:** 11001-3103-026-2014-00443-01

**Asunto.** Ordinario

**Recurso.** Apelación Sentencia

**Demandante:** Cristina Rodríguez Gómez y otro.

**Demandado:** María Victoria Ocampo Gómez.

Con respecto al memorial presentado por el apoderado del extremo demandado, ha de tener en cuenta que el proveído de 12 de junio de 2020, fue notificado a través de estado electrónico E-26 de 16 de junio de 2020, siendo, por demás, allí publicado su contenido; incluso, dicho proveído cobró ejecutoria y precluyó el término allí conferido.

De igual modo, téngase en cuenta que la prueba decretada de oficio no fue práctica por el desinterés mostrado por las partes, habiendo fenecido el término judicial conferido para tal efecto.

Ejecutoriado este auto, ingresen las diligencias al despacho.

**NOTIFÍQUESE**

  
**NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN**  
**Magistrada**



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

Bogotá, D.C., catorce de agosto de dos mil veinte.

Radicado: 11001 31 03 030 2017 **00645** 01 - **Procedencia:** Juzgado 30 Civil del Circuito.  
Verbal, Autos Halley Ltda. vs. Itaú Corpbanca.

1. Mediante auto de 14 de julio de 2020 se declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia, pues no se sustentó en lapso otorgado para ello.

2. El apoderado de dicho extremo interpuso recurso de reposición contra dicha determinación. En apoyo sostuvo que estuvo atento a la fijación de fecha para la audiencia del art. 327 Cgp y no se percató, por insuficiencia de publicidad, del Decreto 806 de 2020; que es mayor de 70 años, y por tanto, debido al confinamiento, no podía acudir a su oficina a consultar los archivos de las actuaciones judiciales y la literatura necesaria para la sustentación del recurso, circunstancia que genera una fuerza mayor o caso fortuito; que ha habido falta de conocimiento sobre las direcciones de correo electrónico de los juzgados y despachos, teniendo que dirigirse a la Presidencia del Sala para indagar por información, recibiendo respuesta para una fecha en que ya se había emitido el auto cuestionado; y que en el Cgp el momento de sustentación del recurso es ambiguo y tratadistas han tenido la posición de que los reparos ante el juez de primer grado terminan por ser una verdadera sustentación, y en ese sentido, la momento de escoger una interpretación sobre la materia, ésta haría innecesaria la sustentación en segunda instancia.

### **CONSIDERACIONES**

El recurso de reposición es un medio de impugnación procesal que tiene como propósito que el mismo funcionario judicial que emitió una

providencia, vuelva sobre ella para confirmarla, modificarla, reformarla, o reponerla, con base en argumentos y motivaciones esbozados por las partes. Sin embargo, en este caso no se advierte motivo que abra paso a reponer la decisión cuestionada, pues en ningún error fáctico o jurídico se incurrió en ella. En efecto:

1. El artículo 16 del Decreto Legislativo 806 de 2020 estableció que esa normatividad *“rige a partir de su publicación y estará vigente durante los dos (2) años siguientes a partir de su expedición”*, por lo que su aplicación debía ser inmediata y para todos los procesos<sup>1</sup>, y en esa senda, no sería dable hacer excepciones respecto de unos y otros trámites de apelación de sentencias.

Es de ver, entonces, que las disposiciones allí contenidas se expidieron para conjurar y superar dificultades acaecidas en este momento, es decir, en las circunstancias sanitarias actuales, y por tanto, desde la expedición del Decreto, los procesos deben tramitarse de acuerdo con esa normatividad.

Además, los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional en el estado de emergencia actual han sido de conocimiento público, y tanto el Ministerio de Justicia y del Derecho como la Presidencia de la República pusieron en conocimiento de la población, en sus diferentes canales de comunicación (digitales y electrónicos), el citado Decreto 806.

2. No puede ser de recibo el argumento de la falta de publicidad de medios de comunicación con los Juzgados y Tribunal, comoquiera que, desde el inicio de la suspensión de los términos judiciales (16 de marzo

---

<sup>1</sup> En las consideraciones de dicho Decreto 806 de 2020 se indicó que las medidas dispuestas en esa normatividad *“se adoptarán en los procesos en curso y los que se inicien luego...”* y que se regulaba el trámite, en general, de la segunda instancia en procesos civiles y de familia para permitir el traslado y sentencia *“a través de documentos aportados por medios electrónicos”*.



de 2020<sup>2</sup>), el Consejo Superior de la Judicatura informó y puso a disposición del público, por medio de la página web de la rama judicial, no solo los correos electrónicos de atención general a los usuarios de la administración de justicia, sino el directorio de todos los Despachos judiciales del país, en el cual se encuentran relacionados los nombres de los titulares y los correos electrónicos de cada uno.

Es más, y aún obviando el contenido de los canales de comunicación oficiales, de una simple búsqueda en internet de dicha información se observa que, en datas anteriores a la emisión del auto admisorio, sitios web distintos a los de la rama judicial publicaron noticias de interés indicando, y anexando en esos espacios, el archivo contentivo del citado directorio.

Todo lo anterior descarta la aducida falta de conocimiento de los correos del Despacho y de la Secretaría de la Sala y la alegada imposibilidad de comunicación, pues, es claro, que la parte apelante debía conocer, o al menos tenía cómo saber, los canales oficiales para comunicarse y para enviar y radicar memoriales.

3. Teniendo en cuenta que en el auto admisorio se precisó la forma en la que se tramitaría la sustentación del recurso de apelación y que tal providencia se registró en el Sistema Web Siglo XXI y se notificó en estado virtual y se insertó en el espacio web destinado para tales efectos en la página de internet de la rama judicial<sup>3</sup>, es claro que si la parte ahora recurrente no estaba de acuerdo con la forma en que se llevaría a cabo esa

---

<sup>2</sup> Acuerdo PCSJA20-11517 de 15 de marzo.

<sup>3</sup> A partir del levantamiento de la suspensión para la resolución de apelaciones de autos (27 de abril de 2020 - acuerdo PCSJA20-11546 de 25 de abril) y del levantamiento para la resolución y tramitación de apelaciones de sentencias (25 de mayo de 2020 - Acuerdo PCSJA20-11556 de 22 de mayo), se han registrado las actuaciones en el Sistema Web Siglo XXI y se han publicado en el espacio web respectivo, los estados virtuales y las providencias emitidas, conforme lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en diversos acuerdos y lo establecido en el artículo 9 del Decreto 806 de 2020.

específica actuación, debió manifestar su inconformismo contra lo expuesto sobre tal asunto en dicho proveído, y no ahora, contra la posterior declaratoria de deserción.

En otras palabras, como en el segundo párrafo del auto de 8 de junio de 2020 se advirtió la forma y trámite que se impartiría a la sustentación de la alzada interpuesta contra la sentencia de primera instancia, cualquier desavenencia contra esa especial indicación, debió plantearse en esa oportunidad, es decir, en el término de ejecutoria del proveído en mención.

Cabe advertir, además, que ese momento hubiera sido el idóneo, e incluso, durante el traslado respectivo, para que el apoderado del apelante manifestara al Tribunal las razones por las cuales consideraba que se presentaba lo que califica como un caso fortuito o fuerza mayor por la imposibilidad de acceder a los documentos o piezas necesarias para elaborar y presentar la sustentación. *Contrario sensu*, nada se expresó sobre el punto, no siendo procedente, entonces, esbozar tal cuestión luego de la ejecutoria de aquél auto, y frente a la declaratoria de deserción.

De todas maneras, resultan contraevidentes las afirmaciones hechas por el apoderado en la reposición en lo que atañe a tal circunstancia, pues en una parte del escrito manifiesta que siempre estuvo pendiente de la fijación de fecha para audiencia de segunda instancia (hasta el 20 de junio) y no se percató del Decreto 806, y luego expresa que, debido a su edad, no era posible acudir al lugar en el que tiene los archivos de los procesos y la literatura necesario para presentar la sustentación y alegato final. Lo anterior por cuanto si aquél estuvo atento a un señalamiento de fecha para el desarrollo audiencia en la cual sabía que debía sustentar el

recurso, no es congruente que posteriormente manifieste que no podía acceder a los documentos necesarios para radicar el alegato final.

4. Por último, al viabilizarse y consagrarse la sustentación, réplica y fallos, mediante escritos, debidamente notificada la admisión y traslado, la falta de tal sustentación conllevaba la deserción de la alzada, máxime que el artículo 14 del Decreto 806 estableció claramente la consecuencia de no sustentarse oportunamente el recurso, y por tanto, ninguna interpretación cabe sobre la materia.

Además, y en todo caso, conviene acotar que bajo la reglas de apelación previstas en el Código General del Proceso, si no se sustenta la apelación en la audiencia del artículo 327 Cgp, también hay lugar a declarar desierto ese recurso, y en ese sentido, ni bajo esa normatividad ni en los contornos del Decreto Legislativo 806 pueden entenderse los reparos esbozados en primera instancia, como la sustentación que se requiere en este grado jurisdiccional, según se aduce en la reposición.

### DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, **NO REPONE** el auto proferido el 14 de julio de 2020.

**NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE**

El Magistrado,

  
**GERMÁN VALENZUELA VALBUENA**

*Rad. 11001 31 03 030 2017 00645 01*

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL  
SALA CIVIL**

Bogotá, D.C., catorce de agosto de dos mil veinte.

**Radicado:** 11001 31 03 040 2018 **00237** 01

**Proceso:** Verbal, Marlly Yessenia Neira Morales Vs. Tax Express S.A. y Otros.

De conformidad con lo establecido en el Decreto 806 de 2020, se **DECLARA DESIERTO** el recurso de apelación interpuesto por el demandado Diego Alejandro Patarroyo Puerto contra la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2019 por el Juzgado 40 Civil del Circuito, comoquiera que no fue sustentando, pues no se allegó escrito alguno para esos efectos durante el traslado otorgado conforme a dicha normatividad.

Ahora bien, teniendo en cuenta dicho fallo también fue apelado por la parte demandante y por la sociedad demandada Compañía Mundial de Seguros S.A. y que ellos sí presentaron escritos en los que anuncian la sustentación de los reparos, deberá ingresar nuevamente el expediente al Despacho para lo pertinente, pero una vez se fije y se surta el traslado para réplica de la apelación de la citada compañía de seguros.

Es de ver, sobre éste último punto, que en el espacio web destinado para el efecto solo se fijó y publicó el escrito de la parte demandante para el traslado de no apelante, pero no se hizo lo propio con la apelación de la aseguradora, por tanto, la Secretaría proceda a la fijación correspondiente.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

El Magistrado,

  
**GERMÁN VALENZUELA VALBUENA**

11001 31 03 040 2018 00237 01

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**RAMA JUDICIAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL  
SALA CIVIL**

*Bogotá D.C., catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020).*

Proceso No. 110013103042201800232 01  
Clase: VERBAL – PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA  
Demandante: JORGE HUMBERTO GAONA RAMÍREZ  
Demandado: WILSON GIRALDO YAGUE, en su calidad de liquidador de la extinta FINANCORPO S.A.

1. Con fundamento en los artículos 322 (incisos 2° y 3° del numeral tercero), 323 (numeral primero) y 327 (últimos dos incisos) del Código General del Proceso, se ADMITE, en el efecto suspensivo, el recurso de apelación interpuesto por el demandante (min: 18:14 en adelante) contra la sentencia virtual que el 4 de agosto de 2020 profirió el Juzgado 42 Civil del Circuito de esta ciudad, mediante la cual declaró no probada la excepción de “falta de personería para ser sujeto de la demanda”, sin perjuicio de negar las pretensiones, “por no haberse acreditado los supuestos axiológicos de la acción de prescripción extintiva ordinaria”.

2. De otro lado, se declara inadmisibile la alzada formulada por el curador *ad litem* del demandado, toda vez que carece de legitimación para combatir el fallo de primer nivel, en razón a que no resultó perjudicado con la decisión que allí se adoptó, si se considera que fueron negadas la totalidad de las pretensiones; téngase en cuenta que, de conformidad con el inciso 2° del artículo 320 del CGP, “podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia...”.

En oportunidad, secretaría controlará los traslados que por cinco (5) días regula el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, luego de lo cual el asunto ingresará al despacho para resolver lo pertinente.

So pena de los efectos procesales correspondientes, la **sustentación** de la alzada admitida versará, únicamente, sobre los reparos concretos presentados contra el fallo de primer grado, conforme lo regula el inciso final del artículo 327 del CGP. Las partes harán llegar sus respectivos escritos al correo electrónico de la secretaría: [secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co).

**NOTIFÍQUESE**

**MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA**  
Magistrado.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.**

**SALA CIVIL**

Bogotá D.C., catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020)

*Rad. N° 11001 31 03 050 2016 00003 01*

Tomando en consideración el artículo 8° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020<sup>1</sup>, y conforme a lo dispuesto en los artículos 3°, 103 y 107, párrafo 1° del Código General del Proceso, se señala la hora de las **11:30 a.m. del 1° de septiembre de 2020**, para adelantar la audiencia de sustentación y fallo de que trata el artículo 327 del mismo compendio normativo, la cual se realizará a través del servicio de audiencias virtuales y sobre lo cual se les informará oportunamente a los abogados.

En firme el presente proveído ingrese a Despacho para continuar con su trámite.

**Notifíquese y Cúmplase,**

*Adriana Ayala Pulgarin.*  
**ADRIANA AYALA PULGARIN**

Magistrada

---

<sup>1</sup> Emitido por la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura y "Por medio del cual se adoptan medidas para el levantamiento de los términos judiciales y se dictan otras disposiciones por motivos de salubridad pública y fuerza mayor".

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA CIVIL**

Bogotá D.C., catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020)

**ASUNTO: RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN DE CAPITOLINO LEGRO OLIVEROS CONTRA EMPRESA AGRICOLA GUACHARACAS S.A.S.**

**RAD. 2019 00649 00**

Atendiendo el contenido del informe secretarial precedente; que la señora Mariana Gutiérrez Muñoz y su apoderada no dieron cumplimiento al requerimiento efectuado en auto del pasado 17 de julio; que esa falta de colaboración impide continuar con el trámite del proceso; y que la parte interesada, aquí recurrente, tiene el deber de obtener los documentos e información requerida, así como la carga procesal de adecuar la demanda dirigiéndola contra los herederos determinados e indeterminados de la persona que se presentó como fallecida, se

**DISPONE**

1. **REQUERIR** a la parte recurrente e interesada en la continuidad del trámite de las presentes diligencias a efectos de que, en el término de treinta (30) días siguientes a la notificación de esta providencia, so pena de aplicar el desistimiento tácito (numeral 1º del artículo 317 del Código General del Proceso), allegue a la tramitación el Registro Civil de Defunción que acredite el fallecimiento del señor Mario Santiago Gonzalo Gutiérrez Preciado; y adecúe la demanda dirigiéndola contra los herederos determinados e indeterminados de este.

2. Cumplido lo anterior, deberá desplegar todas las diligencias que resulten indispensables para notificar a los herederos determinados e indeterminados del mencionado convocado, con miras a evitar futuras nulidades e irregularidades.

3. Una vez se dé cumplimiento por la parte actora a lo ordenado en este proveído, se resolverá sobre la solicitud de decreto de pruebas de oficio que elevó en el memorial en que informó la ocurrencia de hechos sobrevinientes.

**Notifíquese,**

  
**MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA**  
Magistrada

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL  
SALA CIVIL**

Bogotá, D.C., catorce de agosto de dos mil veinte.

**Radicado:** 11001 22 03 000 2019 **00788** 00

Téngase en cuenta que el 11 de marzo de 2020 el Edificio Ancora I P.H. se notificó personalmente de la demanda de revisión, por intermedio de su administradora y representante legal, Clara Inés Beltrán Hernández; y que ese extremo allegó, en tiempo, contestación de la demanda<sup>1</sup>.

Atendiendo al poder aportado, se reconoce personería a Martha Sofía Vergara Portela como apoderada de la parte demandada.

Y téngase en cuenta que, pese a las circunstancias actuales, no se ha creado una forma especial de notificación mediante comunicación directa a correos electrónicos particulares, y por lo tanto, las providencias emitidas en procesos civiles, incluyendo recursos de revisión, se notifican por anotación en estado virtual que se publica en el sitio web de la Secretaría de la Sala Civil de esta Corporación, y que esos proveídos se pueden consultar en el mismo espacio web (art. 9 D.L. 806/2020).

**NOTIFÍQUESE**

El Magistrado,

  
**GERMÁN VALENZUELA VALBUENA**

11001 22 03 000 2019 00788 00

---

<sup>1</sup> Cabe acotar que el término empezó a correr el 12 de marzo de 2020 y culminó el 3 de julio siguiente, teniendo en cuenta la suspensión de términos decretada por el Consejo Superior de la Judicatura desde el 16 de marzo hasta el 30 de junio, mientras que la contestación se radicó el 31 de mayo de 2020 vía correo electrónico.



**República de Colombia  
Rama Judicial**



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

Bogotá, D.C., catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020).

MAGISTRADO PONENTE: **JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO**  
RADICACIÓN : **110012203000202000044 00**  
PROCESO : **REORGANIZACIÓN**  
DEMANDANTE : **EMPRESA AGRÍCOLA GUACHARACAS  
S.A.S.**  
ASUNTO : **RECUSACIÓN**

Procede el Tribunal a dirimir lo concerniente a la recusación presentada contra la Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos de Insolvencia, Coordinadora del Grupo de Procesos de Reorganización, doctora Bethy Elizabeth González Martínez, Coordinadora del Grupo de Acuerdos de Insolvencia en Ejecución, doctora María Fernanda Cediél Méndez.

**ANTECEDENTES**

**1.** En escrito del 11 de diciembre de 2019, Israel Abril Puentes, en su condición de socio, presentó memorial de recusación por el cual pidió a las funcionarias antes mencionadas apartarse del conocimiento del proceso de reorganización, tras alegar que la *"Dra. Bethy Elizabeth González Martínez no suspendió la audiencia a pesar de ser obligación al tenor del art. 145 del C.G.P. toda vez que **la recusación fue radicada el día lunes 23 de septiembre de 2019 y la audiencia se realizó el viernes 27 de septiembre de 2019 a las 2:30 pm**"*; asimismo, aceptó un acuerdo de reorganización que no fue aportado dentro del término ordenado en la audiencia del 25 de enero de 2016, lo que demuestra *"**la actitud de enemistad, hostilidad, animadversión de la funcionaria para con toda la comunidad campesina y en pro de beneficiar irregularmente a la**"*

**concurada quien ha sido una sociedad utilizada como herramienta para el despojo de tierras el cual se quiere legalizar mediante un proceso de insolvencia**"; decidió de manera arbitraria el recurso de reposición interpuesto contra el auto que convocó a la audiencia, *"sin haber tramitado aproximadamente 13 solicitudes pendientes desde el año 2016"*; permitió que el apoderado de la concursada interviniera en la redacción de la providencia dictada en audiencia del 27 de septiembre de 2019, atinente al acuerdo de reorganización; remitió comunicaciones a diferentes autoridades judiciales, a pesar de que el proceso se encontraba suspendido; y además, omitió la vinculación del Procurador Agrario y el Incoder -hoy Agencia Nacional de Tierras-, conforme lo exige la ley.

Por otra parte, aseveró que la funcionaria María Fernanda Cediél Méndez, dio contestación a la acción de tutela con radicado N° 2019-3729, instaurada por el señor Capitolino Legro ante la Corte Suprema de Justicia, realizando *"afirmaciones que no corresponden a los hechos, ni tampoco están sustentadas en normas del derecho sustancial, procesal o de la misma ley 1116 de 2006 y por el contrario tergiversa de manera tendenciosa las graves violaciones al debido proceso sucedidas dentro del proceso 66558 y que constituyen faltas disciplinarias y posiblemente se incurre en el escenario penal"*, resaltando que para la fecha en que se formuló la acción constitucional, la Superintendencia de Sociedades no había remitido el escrito de recusación a esta Corporación, para su correspondiente trámite.

**2.** En su oportunidad, mediante providencias calendadas 18 de diciembre del año anterior, las funcionarias recusadas indicaron que la situación fáctica planteada por el solicitante no es suficiente para que se estructure alguna de las causales taxativas de impedimento establecidas en el canon 141 del Código General del Proceso.

## **CONSIDERACIONES**

**1.** La ley contempla el impedimento y la recusación como el mecanismo jurídico para preservar la imparcialidad del sentenciador, al cual le corresponde apartarse del proceso cuando se tipifica, en su caso

específico, alguna de las causales que se encuentran expresamente descritas en la ley.

No obstante lo anterior, las razones de recusación en la actividad judicial, no pueden entenderse en forma amplia o imprecisa, ya que como ha puntualizado la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, dichas causas de separación del juez de un asunto concreto, son de linaje taxativo o limitado y, por consiguiente, de interpretación restringida, además de tener que motivarse por el juez o el recusante, todo en pos de evitar que el juzgador deje de conocer un asunto por hechos que realmente no comprometen su independencia, o de rehusar la descalificación que vanamente quiera formular una parte contra el juez o magistrado (Sala de Casación Civil, entre otros, autos de 19 de noviembre de 1975, G.J. No. 2392, págs. 290 y s.; 14 y 16 de julio de 1982, no publicados; y 26 de mayo de 1992, G.J., No. 2455, págs. 474 y s.).

**2.** Revisadas las diligencias, observa esta Corporación que el señor Israel Abril Puentes fundamentó su petición en la causal prevista en el numeral 9º del artículo 141 del Código General del Proceso, la cual dispone la existencia de una *"enemistad grave o amistad íntima entre el juez y alguna de las partes, su representante o apoderado"*, es decir, no es cualquier tipo de enemistad la que se alega para recusar al funcionario judicial, pues debe prevalecer un vínculo especial para que este se abstenga de tramitar y juzgar el litigio sometido a su consideración.

En relación con la causal invocada, el Alto Tribunal de Justicia Patrio ha sostenido que *"la necesidad que el sentimiento que se profesa y que motiva el impedimento, sea «de grado tal que permita sopesar, de forma objetiva, que incidiría de manera determinante en la ecuanimidad con la que ha de decidir el caso sometido a su consideración» (CSJ. AP7229-2015), pues si bien el fundamento de la misma es un aspecto concerniente al fuero interno de la persona, la misma debe exteriorizarse en «argumentos consistentes que permitan advertir que el vínculo de amistad -o enemistad de ser el caso-, cuenta con una entidad tal que perturba el ánimo del funcionario judicial para decidir de manera imparcial el asunto sometido a su conocimiento» (CSJ AP, 20 may. 2015, rad. 45985)" (CSJ AP, 5 jul. 2017, rad. 50572).*

**3.** Desde esa perspectiva, la animadversión denunciada en el caso de marras no está demostrada, pues, una vez verificado el plenario, se observa que los acontecimientos invocados no tienen ninguna relación con la hipótesis establecida en la normatividad procesal alegada.

En efecto, cumple destacar que los cargos planteados por el extremo recusante se centran en las diferentes actuaciones que ha adelantado la funcionaria Bethy Elizabeth González Martínez, en el curso del proceso de reorganización empresarial, situación que por sí sola no acredita la supuesta aversión que la recusada pudiese tener en su contra, si se considera que las decisiones proferidas por la juez del concurso son producto de la aplicación e interpretación de la ley dentro de la autonomía que tienen los funcionarios judiciales, y las controversias que se susciten en torno a ellas no configuran, necesariamente, el motivo de recusación examinado.

Respecto a la acusación formulada contra la doctora María Fernanda Cediél Méndez, la cual se apoya en los acontecimientos relacionados con la contestación de la acción de tutela instaurada por el señor Capitolino Legro, resulta pertinente señalar que en la providencia calendada 18 de diciembre de 2019, la funcionaria explicó que era la encargada de dar respuesta a la acción constitucional, por cuanto el proceso fue asignado al Grupo de Acuerdos de Insolvencia en Ejecución, tras haberse confirmado el acuerdo de reorganización de la Empresa Agrícola Guacharacas S.A.S.; actuación que desarrolló en el marco de sus competencias, sin que ese hecho constituya una enemistad con el recusante.

Ahora bien, analizados los elementos de convicción allegados, tampoco surge evidente un conflicto personal que demuestre la enemistad grave entre los intervinientes, y que comprometa seriamente la imparcialidad de las funcionarias para conocer el asunto que nos ocupa. Es más, las recusadas no han efectuado un reconocimiento del sentimiento de enemistad frente a la empresa concursada o su socio Israel Abril Puentes; por el contrario, rechazaron la recusación planteada, manifestando que han cumplido con los deberes y funciones asignadas, y

que lo pretendido con la solicitud es la dilación del proceso, lo que desvirtúa la estructuración de la causal invocada.

Finalmente, se avista que el escrito de recusación también se dirige contra la Superintendencia de Sociedades y su Delegatura para Procedimientos de Insolvencia, situación que, en estrictez, no se enmarca en ninguno de los supuestos normativos establecidos en el artículo 141 *ibídem*, ya que dicha reglamentación no permite la existencia de una relación de intimidad entre personas jurídicas.

**4.** De este modo, como las afirmaciones del señor Israel Abril Puentes no son suficientes para avizorar la alteración de la capacidad objetiva y subjetiva de las funcionarias recusadas, la petición debe declararse impróspera.

### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, en Sala Unitaria

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLARAR IMPRÓSPERA** la recusación impetrada por el señor Israel Abril Puentes, conforme a lo expresado en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO:** Comunicar la decisión a todos los interesados y partes.

**TERCERO: REMITIR** el expediente a la Delegatura de Procedimientos de Insolvencia de la Superintendencia de Sociedades, para lo de su cargo.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**



**JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO**

Magistrado  
(00 2020 00044 00)

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**SALA CIVIL**

MAGISTRADA PONENTE

**MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA**

Bogotá D. C., catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020)

**Asunto: Proceso Verbal de los señores Ernesto Antonio Carvajal Quiroz y Mario de Jesús Bedoya Restrepo contra Banco Conavi Hoy Bancolombia S.A.**

**Rad. 002 2014 00165 01**

*Sentencia escrita conforme al artículo 14 del Decreto 806 de 2020.*

Se resuelve el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia que profirió el Juzgado Cuarenta y Siete Civil del Circuito de esta ciudad el 24 de septiembre de 2019, dentro de este asunto, para cuyos efectos se evocan los siguientes

**I. ANTECEDENTES**

1. A través de apoderada judicial los señores Ernesto Antonio Carvajal Quiroz y Mario de Jesús Bedoya Restrepo promovieron demanda en contra del Banco Conavi hoy Banco de Colombia, con el objeto de que se declare que éste incumplió el contrato de mutuo, al no acatar las sentencias C-383 de 1999, C-955 y C-1140 de 2000 proferidas por la Corte Constitucional, con relación a la revisión y adecuación constitucional del crédito a ellos otorgados, con independencia del alivio de la Ley 546 de 1999, y, en consecuencia, se adecúe el contrato a los límites constitucionales expuestos.

2. Como sustento fáctico de la anterior pretensión señalaron que

la entidad demandada les otorgó un crédito por \$ 24.000.000 en agosto de 1996 para adquisición de vivienda, en la modalidad UPAC., con un interés “extravagante” del 11% anual, con un plazo de 180 meses, donde resultaron pagando \$ 123.430.326; monto que refleja el valor exagerado en relación con el monto financiado, así como sus intereses, con una figura declarada inconstitucional, por desconocer la función social del contrato de mutuo que inspira el Estado Social de Derecho.

2.1. Que mediante sentencia C-383 se declaró la inconstitucional del sistema UPAC., ordenando la inmediata revisión y reliquidación de los créditos; que las sentencias C-955 y C-1140 de 2000, disponen que la forma de efectuar la reliquidación es revisando los créditos desde enero de 1993 y hasta el 31 de diciembre de 1999, para adecuarlos y saber al final quién debe a quién; que la tasa de interés debe ser la más baja del mercado y estar depurada de todo concepto inflacionario o de corrección monetaria, y que el mecanismo de valoración de la corrección monetaria o inflación no podrá ser superior al crecimiento del índice de precios al consumidor que anualmente fija el DANE.

2.2. Que conforme a esos parámetros, la demandada debió haber cumplido con el mandato constitucional de revisar su crédito y haber restituido o reconocido los valores declarados inconstitucionales, que arroje el dictamen pericial practicado en el proceso, al ser un derecho fundamental de los demandantes el crédito adecuado para adquirir vivienda, conforme al artículo 51 de la Carta Política; que en ese sentido los convocantes le elevaron la correspondiente petición, negándose sistemáticamente a cumplir con tal mandato constitucional, lo que demuestra el incumplimiento de ejecutar de buena fe el contrato de mutuo.

3. Admitida la demanda por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de esta ciudad, como aparece a folio 40 y notificada de ella en legal forma la entidad Bancaria demandada<sup>1</sup>, luego de pronunciarse sobre cada uno de los hechos, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, formulando las siguientes excepciones de mérito:

*“Improcedencia de la acción de revisión – por ausencia de uno de los elementos – Bancolombia no ha cobrado intereses superiores a los permitidos por la ley-; regulación legal de las reliquidaciones de deudas en Upac; la*

---

<sup>1</sup> Cfr. fls.41 y ss. C. 1

*reliquidación que se haga debe ajustarse al procedimiento ordenado por la ley, no al que libre y caprichosamente determine el demandante; Bancolombia no incumplió el contrato – se dio cabal cumplimiento de las disposiciones legales que regulan la actividad financiera; efectos hacia el futuro o ultractivos de las sentencias C-700 y C-747 de 1999 de la Corte Constitucional; Irretroactividad de la Sentencia C-383 de 1999; Inalterabilidad de situaciones particulares consolidadas frente al fallo del Consejo de Estado; la obligación ya se reliquidó, y por lo tanto ya se excluyó de la obligación de la parte demandante todo componente de la corrección monetaria atada al DTF; legalidad de las normas que establecieron la UVR, la reliquidación de los créditos de vivienda y el procedimiento para hacerlo; improcedencia de la revisión por la teoría de la imprevisión, por falta de los requisitos de fondo y procesales que permitan su aplicación (artículo 868 del C. De Co.); improcedencia de la revisión: la actividad de CONAVI en el crédito es totalmente reglada; su actuación se limita al cumplimiento de las leyes; Improcedencia de la revisión en los términos anotados”.*

4. Agotado el trámite de la instancia propio de esta clase de procesos, la Jueza *a quo*, Cuarenta y Siete Civil del Circuito, a quien le fue remitido el expediente, profirió sentencia que ahora ocupa la atención del Tribunal, en la que denegó las pretensiones y condenó en costas a la parte actora.

## **II. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA APELADA**

Luego del consabido recuento de la actuación procesal, la funcionaria de instancia advirtió que la parte demandante no cumplió con su obligación de demostrar que efectivamente los valores cobrados por el banco demandado fueran irreales o inexactos; que si bien el Consejo de Estado declaró la nulidad del artículo 1° de la Resolución 18 de 30 de junio de 1995, de la Junta Directiva del Banco de la República, que disponía que para el cálculo del valor en moneda legal de la UPAC se tomaría el 74% del promedio móvil de la tasa DTF efectiva; no era menos cierto que la Ley 546 de 1999, en su artículo 41 ordenó reliquidar el saldo de los créditos, con base en la UVR que para cada uno de los días comprendidos entre el 1 de enero de 1993 y el 31 de siembre de 1999 publicaría el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, conforme al Decreto 856 de 1999, cuya nulidad que se demandó fue negada el 1° de octubre de 2002.



Agregó que con la metodología establecida por el legislador se buscó reestablecer el equilibrio económico a raíz de la distorsión del sistema; por lo que si el alivio a favor de la parte deudora no alcanzaba a cubrir el desfase derivado de tal distorsión, tenía la carga de demostrar la cuantía de la diferencia para que el funcionario judicial ordenara su reparación, cosa que no hizo.

Adujo que si bien el dictamen pericial arrojó una diferencia con la reliquidación que efectuó la entonces Superintendencia Bancaria, el mismo no podía ser acogido por carecer de precisión, claridad en cuanto a la fórmula matemática empleada para la obtención del monto y que el mismo no logró desvirtuar la elaborada y certificada la Superintendencia Bancaria, encargada de la vigilancia y control de los entes bancarios, quien adoptó la proforma F- 0000-50 para que los bancos hicieran la reliquidación, como así procedió.

Que el procedimiento que se utilizó para efectuar la reliquidación se aviene a los cálculos previamente determinados para obtener el saldo en pesos y el correspondiente alivio, que por ello cualquier desequilibrio que sufrió el crédito de los demandantes bajo el sistema UPAC, fue superado con las normas jurídicas establecidas en la Ley 546 de 1999; y posterior a ello, al crédito se le aplicaron las directrices de la Ley 546 de 1999, de donde se evidencia que no se estructuran los presupuestos de la responsabilidad demandada.

### **III. EL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme la parte demandante apeló, y presentó como reparos, los que se sintetizan así:

Que existe una aclaración del banco de la República en los oficios JDS.18200 del 21 de agosto de 2012 y JDS 20069 el 11 de septiembre del mismo año, donde rigen los siguientes aspectos:

**i)** Que la Sentencia C-955/00 fijó la forma de aplicar la tasa de interés, y en la C-747 de 1999 dispuso que la tasa de interés remuneratorio por préstamos de vivienda, calculado sobre los saldos insolutos, no sea compuesto sino simple, y debe sumarse a los puntos de la inflación, no multiplicarlos, pues eso significaría que le cobraran doblemente; y que C-

955 de 2000 explicó la forma adecuada de aplicar la tasa de interés sumándola a los puntos de inflación (UVR).

**ii)** Que el concepto JDS-18200 del Banco de la República, soportado en el artículo 17 de la Ley 547 de 1999 adujo que en los créditos de vivienda individual a largo plazo en UVR tendrán una tasa de interés remuneratoria, calculada sobre la UVR que se cobrará en forma vencida y no podrá capitalizarse, la misma será fija durante toda la vigencia del crédito, a menos que las partes acuerden una reducción y deberá ser expresada en términos de tasa anual efectiva.

**iii)** Que conforme a los pronunciamientos constitucionales y a la Ley 546 de 1999: - El saldo de los créditos debe estar expresado en pesos; la amortización no debe contener capitalización de intereses; la tasa de interés corriente o de plazo se cobrará sobre los saldos insolutos en pesos, atendiendo la fórmula de interés simple, con suma de puntos de inflación; la tasa de interés remuneratoria no incluirá inflación, será una tasa efectiva anual real; los intereses se cobran mes vencido; desde la primera cuota se debe abonar a capital.

**iv)** Que ese procedimiento no lo aplicó la entidad Bancaria, ni siquiera después de enero de 2000, quien pretende dar validez al sistema de financiación señalado en la Circular 007 de 2000, el cual tenía como finalidad la determinación del alivio, surgió con antelación al pronunciamiento C-955/00, en donde aplica los intereses sobre saldo actualizado con UVR, con fórmula de interés compuesto, no cumple el mandato de sumar a los puntos de inflación, no multiplicarlos; que en la aclaración y complementación del trabajo del último perito se presentó el ejercicio financiero donde se demuestra tal diferencia; y que espera que sea con la precitada sentencia se efectúe la liquidación del crédito.

**v)** Se refirió luego a la capitalización de intereses, reiteró los fundamentos de la demanda; luego, sobre las tasas de interés y la utilización de la UPAC y la UVR; posteriormente sobre aspectos de orden constitucional, “irrespeto del acto propio”, el debido proceso en conexidad con la vivienda digna y la negación sistemática de información al deudor.

En la oportunidad que previó el artículo 14 del Decreto legislativo 806 de 2020, los demandantes cursaron un escrito, el que no será atendido por

la Sala en razón a que dentro de este tipo de asuntos se debe actuar a través de abogado.

La apoderada de los apelantes reiteró el contenido de la Sentencia C-747 de 1999 para insistir que la tasa de interés remuneratorio por préstamos de vivienda, calculada sobre los saldos insolutos, no es compuesto sino simple, y que debe sumarse a los puntos de la inflación, no multiplicarlos, pues eso significaría que se la cobrara doblemente, al efecto citó texto de la sentencia.

Expresó que liquidar el crédito bajo el amparo de las directrices jurisprudenciales y bajo la nueva Ley de vivienda y sentencias de orden constitucional, en términos financieros conlleva a exigir que: - el saldo de los créditos de vivienda debe estar expresado en pesos; - el sistema de amortización no debe contemplar la capitalización de intereses; - la tasa de interés corriente o de plazo, se cobrará sobre los saldos insolutos en pesos, atendiendo la fórmula de interés simple y no compuesto y debe sumarse a los puntos de inflación, no multiplicarse; - la tasa de interés remuneratoria no incluirá la inflación, es decir, será una tasa efectiva anual real; - los intereses se deben cobrar mes vencido; - desde la primera cuota se debe abonar a capital siempre y cuando la cuota alcance a cubrir los seguros, los intereses y la corrección monetaria; procedimiento que la entidad bancaria no aplicó, ni siquiera a partir de enero de 2000; y que, aplicando ese procedimiento, en la aclaración y complementación del último perito se presentó un ejercicio financiero donde se demuestra la diferencia que surge en favor de los demandantes, dictamen que es adecuado y ajustado a derecho, y que además refleja matemáticamente el desfase cometido con los demandantes respecto a la falta de adecuación del crédito y indemnización por el daño causado por la aplicación de la UPAC.

Pidió, por tanto, revocar la sentencia y acoger las pretensiones de la demanda.

#### **IV. CONSIDERACIONES**

1. Se encuentran presentes la capacidad de las partes para acudir al proceso, la demanda en forma y la competencia del Despacho de primer grado para tramitar y decidir la instancia; se tiene entonces 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 instancia se reclama.

2. Para resolver los reparos que a la sentencia se le hacen, se recuerda que para el momento en que a los demandantes se les otorgó el crédito de vivienda, agosto de 1996, regían los artículos 64 de la Ley 45 de 1990 y 121 del Decreto Ley 663 de 1993, que permitían la capitalización de intereses en los créditos para financiación de vivienda a largo plazo, así como la Resolución N° 18 de 1995 de la Junta Directiva del Banco de la República, autoridad monetaria que tenía la facultad de señalar las tasas máximas de interés remuneratorio que podían cobrar los establecimientos de crédito a sus clientes, la que rigió hasta el 21 de mayo de 1999, fecha en que el Consejo de Estado la declaró nula.

El numeral 3° del comentado artículo 121 del Decreto Ley 663 de 1993, la Corte Constitucional lo declaró inexecutable, al igual que el 1° en la expresión "*que contemplen la capitalización de intereses*" mediante la Sentencia C-747 de 1999, cuyos efectos fueron allí mismo diferidos hasta el 20 de junio de 2000, espera dada para que el Congreso legislara sobre el tema, lo que hizo a través de la ley 546 de 1999.

La citada Ley, en su artículo 39 ordenó que los créditos otorgados para financiación de vivienda con anterioridad a su expedición fueran red denominados, sin que ese procedimiento constituyera novación, concediendo un plazo de hasta 180 días a las Entidades Bancarias para ello; estableció también la equivalencia entre la UPAC y la UVR, al decir que operaba por ministerio de la Ley; norma que fue objeto del control constitucional en la Sentencia C-955 de 2000, donde se señaló: que es "*apenas una consecuencia del cambio de sistema, el cual repercute forzosamente en los contratos que se venían ejecutando*"; y que el mismo no vulnera la Constitución.

3. Conforme se evidencia, el crédito del demandante estaba sujeto a la red denominación del artículo 39 y a la reliquidación del artículo 41 de la Ley 546 de 1999, operación que reportaba al final un alivio o abono a favor de los acreedores, derivado del mayor valor que según la operación se

hubiere pagado, así como la condonación de los intereses cobrados por mora hasta la fecha ya expresada y una rebaja en las tasas de intereses, toda vez que esas operaciones lo que conllevaban era la eliminación de cualquier componente diferente a la inflación.

De igual forma, la Corte Constitucional al decidir sobre la constitucionalidad del artículo 38 de la misma Ley, en la comentada sentencia C-955-00, expresó que: *“La exequibilidad surge, además de lo expuesto, del hecho de que la norma se limita a ordenar una conversión de las obligaciones expresadas en términos de un sistema desaparecido (el UPAC) al que en la nueva Ley se establece (el UVR), lo que no es contrario a los preceptos superiores, siempre que se entienda -claro está- que las reliquidaciones debían acatar con exactitud lo previsto en las sentencias C-383, C-700 y C-747 de 1999, de manera tal que los pagos efectuados por conceptos inconstitucionales (DTF o capitalización de intereses) debían ser devueltos o abonados a los deudores.*

Por lo tanto, estaba a cargo de las entidades financieras acatar las referidas disposiciones, siguiendo las directrices que señaló la Corte Constitucional en las comentadas sentencias; por su parte, los acreedores estaban facultados por las sentencias C 700 de 1999 y C 955 y 1140 de 2000, para exigir la revisión de esos procedimientos, como también lo consagró el artículo 43 de la ley 546 de 1999, declarado exequible en la misma sentencia C-955 de 2000-, que a su tenor literal dispone:

*“El valor que se abone a cada crédito hipotecario por concepto de las reliquidaciones a que se refiere esta ley, así como los subsidios que entregue el Gobierno Nacional dentro del programa de ahorro a los titulares de la opción de readquisición de vivienda dada en pago, constituirán un pago que como tal, liberará al deudor frente al establecimiento de crédito acreedor. Dicho pago a su vez constituirá una excepción de pago total o parcial, según sea el caso, tanto para el establecimiento de crédito como para el Estado, en los procesos que se adelanten por los deudores para reclamar devoluciones o indemnizaciones por concepto de las liquidaciones de los créditos o de los pagos efectuados para amortizarlos o cancelarlos.*

*En caso de sentencia favorable, los mencionados valores se compensarán contra el fallo. La misma excepción podrá alegarse sobre el monto de los subsidios que entregue el Gobierno Nacional a los titulares de la opción de readquisición de vivienda dada en pago, dentro del programa de ahorro para completar la cuota inicial (...).”*

Ahora, en cuanto a los intereses, es necesario precisar que no es que la Sentencia C- 955 de 2000, haya establecido las condiciones de los créditos de vivienda, sino que, al estudiar la constitucionalidad de la ley 546 de 1995, concretamente en lo tienen que ver con el régimen de financiación de vivienda a largo plazo, contenido en el artículo 17 los condicionamientos y salvedades que se le hicieron allí a esa norma fueron:

*“La EXEQUIBILIDAD de este precepto se declara únicamente si se lo entiende y aplica bajo las siguientes condiciones:*

*-El numeral 2 sólo es EXEQUIBLE en el entendido de que la tasa de interés remuneratoria a que se refiere no incluirá el valor de la inflación, será siempre inferior a la menor tasa real que se esté cobrando en las demás operaciones crediticias en la actividad financiera, según certificación de la Superintendencia Bancaria, y su máximo será determinado por la Junta Directiva del Banco de la República, conforme a lo resuelto por la Corte Constitucional, en sentencias C-481-99 del 7 de julio de 1999 y C-208-00 del 1 de marzo de 2000.*

*-Una vez se comuniquen el presente fallo, y la Junta Directiva del Banco de la República proceda a fijar la tasa máxima de interés remuneratorio, la norma legal, con el condicionamiento que precede, se aplicará de manera obligatoria e inmediata tanto a los créditos nuevos como a los ya otorgados.*

*Los créditos que se encuentren vigentes al momento de la comunicación de esta providencia y en los cuales hubieren sido pactados intereses superiores al máximo que se fije, deberán reducirse al tope máximo indicado, que será aplicable a todas las cuotas futuras.*

*-Los intereses remuneratorios se calcularán sólo sobre los saldos insolutos del capital, actualizados con la inflación.*

*-El numeral 6 sólo es EXEQUIBLE en el entendido de que las expresiones 'primera cuota' se refieren no solamente a la primera del préstamo, sino también a la primera que se pague luego de una reestructuración del crédito, de conformidad con el artículo 20 de la Ley 546 de 1999.*

*-El numeral 7 se declara EXEQUIBLE únicamente si se entiende que la Superintendencia Bancaria no podrá aprobar ningún plan de amortización en materia de financiación de vivienda en cuya virtud en las cuotas mensuales sólo se paguen intereses. En todas las cuotas, desde la primera, tales planes deben contemplar amortización a capital, con el objeto de que el saldo vaya disminuyendo, sin que ello se pueda traducir en ningún caso en incremento de las cuotas que se vienen pagando, para lo cual, si es necesario, podrá ampliarse el plazo inicialmente pactado.*

*-En las cuotas mensuales, si así lo quiere el deudor, se irá pagando la corrección por inflación a medida que se causa.*

*Bajo cualquiera otra interpretación, estos numerales se declaran INEXEQUIBLES.”*

4. Pese a que la ley 546 reglamentó el tema, la Corte Constitucional se pronunció sobre ella, y la entonces Superintendencia Bancaria llevó a fórmulas matemáticas esos procedimientos que después eran de su obligatoria revisión, los demandantes se duelen de haber sido víctimas de cobro prolongado y exagerado de intereses por la no aplicación de las

sentencias de constitucionalidad, reclamando el incumplimiento contractual de la entidad bancaria demandada; inconformidad que, como lo sostuvo la funcionaria de primera instancia, sobre ellos estaba la carga de demostrar tal incumplimiento, como lo ordena el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, vigente para la época en que se promovió la demanda, hoy en el artículo 167 del Código General del Proceso, cosa que no ocurrió y por lo tanto, la decisión en segunda instancia necesariamente tiene que ser confirmatoria.

4.1. Al efecto véase que el argumento relacionado con las altas tasas de interés, calificadas de extravagantes, así como la inaplicación de las sentencias constitucionales, en especial la Sentencia C-955-00, que se ocupó de estudiar la constitucionalidad de la ley 546 de 1999, no se demostró.

En efecto, si se atiende al contenido de las normas citadas y lo que sobre su constitucionalidad expuso la Corte Constitucional, atendiendo el objeto de la pretensión, que en últimas se contrae a obtener una indemnización por el incumplimiento del contrato, el que valga recordar quedó perfeccionado en el momento en que la entidad bancaria desembolsó los dineros producto del mutuo, les correspondía a los demandantes demostrar la ocurrencia del daño sufrido con ocasión a la celebración de ese contrato; la culpa de la entidad bancaria, la que no se presume, si en cuenta se tiene que por el hecho de aplicar la normatividad ya señalada pueda alegarse sencillamente su infracción; y el nexo de causalidad entre el daño alegado y una conducta culposa del Banco, conforme al artículo 2341 del Código Civil.

Los documentos allegados acreditan la celebración del contrato de mutuo que quedó respaldado con el pagaré de fecha 5 de septiembre de 1996, No. 1661 320120020, por valor de \$ 24.000.000 equivalentes a 2,608.2250 UPAC, el cual se obligaron a pagar los demandantes en un plazo de quince años, que corresponden a 180 cuotas mensuales sucesivas reconociendo intereses durante el plazo del 12% efectivo anual y en caso de mora, a la tasa anual efectiva máxima permitida por la ley, conforme puede verse a folio 25-28 de la actuación. Así mismo consta que a tal instrumento se le introdujo un “otrosí” el 23 de septiembre de 2000, para ampliar el plazo a 30 años (fol.83), es decir, se reestructuró la obligación, lo que admite la Ley.

Para el caso, recuérdese que estos créditos se encuentran atados a la corrección monetaria que es el ajuste o la actualización que se hace de un capital por efecto de la inflación, la suma que se pague o se cobre por este concepto no representa ganancia sobre el capital, y en tal medida puede afirmarse que no corresponde al concepto de interés, pero el capital con corrección produce los intereses de rigor, sin que ello constituya capitalización de intereses, que sí fue permitida en vigencia del sistema UPAC, la que pese a su declaratoria de inexecutable no permite suprimir los efectos que tuvo durante su vigencia.

También se debió tener en cuenta que la obligación fue modificada por las partes en el año 2000, en cuanto a la ampliación del plazo a 30 años, situación que también conlleva sus efectos y que el dictamen pericial no los explica, sólo se limita a decir que si a los acreedores se les hubiera permitido escoger un sistema de amortización mejor, el resultado hubiera sido diferente, partiendo de conjeturas que no son posibles en esta clase de dictámenes.

4.2 Acá le correspondía a la auxiliar de la justicia con base en las condiciones reales del crédito demostrar técnicamente, que se inaplicó la ley 546 de 1996 con las orientaciones dadas por la Corte Constitucional; dónde estuvo el yerro en la reliquidación, que debió ser aprobada por la entonces Superbancaria; porqué el crédito del 12% efectivo anual resultó excesivo; si con posterioridad a la prohibición de capitalizar interés, el banco la desconoció; si se imputaron los pagos mensuales en legal forma; la incidencia de la reestructuración del crédito, etc.; y no sencillamente hacer la liquidación, como a su juicio consideró debió ser, para concluir un sobre pago de la obligación

Además, la carga de la prueba que tenían los demandantes debió estar dirigida a demostrar que los valores recaudados por concepto de abonos a capital e intereses, inicialmente por CONAVI y luego por Bancolombia, desbordaron los topes fijados para cada periodo, de cara a la normatividad vigente en esa data, atendiendo, de manera inicial, que en modo alguno puede confundirse la corrección monetaria que se genera con el cálculo de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante o de la Unidad de Valor Real-, con la capitalización de intereses, al ser estos conceptos económicos completamente disímiles, siendo entonces *“preciso tener en cuenta que al pactar un crédito para vivienda se toman dos factores esenciales: La unidad de corrección monetaria y la tasa remuneratoria. Con*



*la primera se busca mantener el valor real del préstamo y con la segunda, retribuir la actividad financiera”, como así lo precisó la Sección Cuarta del Consejo de Estado, sentencia del 27 de noviembre de 2002, expediente 11354*

Tampoco se consideró que la obligación se pactó en un sistema nominal de cuenta con variación constante y no en pesos, lo cual trae como consecuencia que, aun cuando el capital en UPAC se mantenga ya igual ora en descenso, según el sistema de amortización pactado, su equivalencia en pesos por el incremento en la cotización de la unidad misma se vea incrementado, proceder que se mantiene igual hoy por hoy con el método de Unidad de Valor Real, UVR, sin que a ello se le pueda dar una connotación de capitalización de intereses o cobro excesivo de ellos que se traduzca en un daño contractual indemnizable.

4.3 Lo anterior impide que el dictamen pericial pueda ser acogido como prueba eficaz para viabilizar las pretensiones de la demanda máxime cuando el tema de la prueba, se reitera, era demostrar que la entidad financiera capitalizó y cobró intereses utilizando una tasa por encima de los topes autorizados al momento en que estos se pagaron o que la entidad no reliquidó adecuadamente la acreencia, pero a partir de los criterios de irretroactividad de las sentencias de constitucionalidad y nulidad proferidas por la Corte Constitucional y los parámetros contenidos en la Ley 546 de 1999 y demás disposiciones que reglamentan tal procedimiento.

5. En ese orden de ideas, se advierte que no encuentran acogida los reproches formulados por los demandantes contra la providencia de primer grado, razón por la cual, conforme lo anticipó este Tribunal, se confirmará la misma por encontrarse ajustada al sustrato fáctico, jurídico y probatorio discutido en el proceso; consecuentemente se condenará en costas de esta instancia a la parte apelante, propósito para el cual la Magistrada sustanciadora señala la suma de \$ 1.000.000,00 por concepto de agencias en derecho, acorde con lo establecido en el artículo 6º - 1.1. del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

## **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 24 de septiembre de 2019.

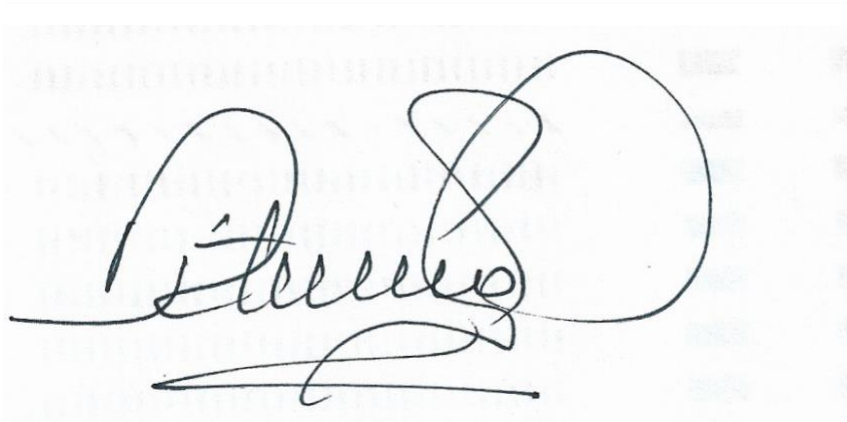
**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de esta instancia a la parte apelante. Líquidense por el *a quo* como lo dispone el artículo 366 del C.G.P., teniendo como agencias en derecho la suma de 1.000.000,00

**NOTIFÍQUESE,**

Los Magistrados,

  
**MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA**  
Magistrada

  
**JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS**  
MAGISTRADO



**RUTH ELENA GALVIS VERGARA**  
Magistrada





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

Bogotá, D.C., catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020)

**Radicación: 11001-3103-002-2016-00726-02**

**Asunto.** Ordinario

**Recurso.** Apelación Sentencia

**Demandante:** Juan Carlos Vargas Sánchez.

**Demandado:** Dynasty Inversiones S.A.S.

El artículo 14 del Decreto 806 de 2020<sup>1</sup>, prevé que “Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes. De la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días. Vencido el término de traslado se proferirá sentencia escrita que se notificará por estado. Si no se sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto.

(...)”

Pues bien, en el presente asunto el 24 de junio de 2020, fue proferido el auto a través del cual se otorgaba la oportunidad al extremo apelante para que sustentara su recurso de apelación ante esta instancia y, a su vez, para que en ese caso, su contradictor presentará la réplica respectiva.

---

<sup>1</sup> Decreto que empezó a regir a través de su publicación, esto es, desde el 4 de junio de 2020.

No obstante, según el informe secretarial que antecede el opugnannte guardó silencio, por lo que ha de declararse desierta la alzada.

Por lo brevemente expuesto, se

### RESUELVE

**Primero.-** **DECLARAR DESIERTO** el recurso de apelación interpuesto por el demandante frente a la sentencia proferida en primera instancia.

**Segundo.-** En firme este pronunciamiento, **devolver** el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

### NOTIFÍQUESE

  
**NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN**  
**Magistrada**

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

**MAGISTRADO PONENTE:  
LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Bogotá D.C., catorce de agosto de dos mil veinte

De conformidad con lo establecido en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, procede el Tribunal a decidir el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia emitida el 29 de noviembre de 2019 por la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades.

**ANTECEDENTES**

1. El señor Ernesto Serrano Pinto solicitó que se declarara la nulidad absoluta de la decisión adoptada en la asamblea general de accionistas de la sociedad Avidesa Mac Pollo S.A. del 16 de marzo de 2018, en la que se aprobó y autorizó la celebración de operaciones con personas naturales y jurídicas vinculadas a esa empresa, en franca trasgresión del régimen de conflicto de intereses, puesto que el grupo mayoritario de accionistas aprovechó esa reunión para atribuirse los cargos directivos y realizar los negocios perjudiciales para los intereses de la compañía.

2. A su turno, la entidad convocada manifestó que, en la evocada asamblea, hubo anuencia frente a las operaciones cuestionadas; las

que se efectuaron con otras sociedades del mismo grupo empresarial, lo que descarta el choque de intereses y, por el contrario, custodian la unidad de propósito; además, las actuaciones no generaron detrimento alguno y eran necesarias para el funcionamiento de la compañía, ejecutadas de manera adecuada, en las mismas condiciones del mercado.

3. La autoridad de primera instancia, tras relieves que ninguna de las partes adosó copia de la convocatoria, pero sí de las actas de la reunión, tuvo “por ciertas las constancias vertidas” en esta última en torno a la oportuna invitación a la asamblea. Sin embargo, expuso que en la adopción de las decisiones incluidas en el numeral 12 de la constancia de esa reunión, no se observó el procedimiento previsto en el Decreto 1925 de 2009, en particular porque tal temática no se incluyó en el orden del día, y se introdujo en el desarrollo del punto de proposiciones y varios, modalidad que impidió que los asociados tuvieran la necesaria y suficiente información relevante para abordar tan importante decisión, la cual no se ofreció de manera previa ni durante la reunión.

4. Avidesa Mac Pollo S.A. apeló la sentencia de primer grado, exponiendo como motivos de disenso, durante la audiencia correspondiente, que no se configuró el conflicto de intereses denunciado por la parte actora; que simplemente se emitió una ratificación sobre los negocios realizados por la sociedad, y que tal vicio es de carácter subsanable, motivo que impide la declaratoria de nulidad absoluta. De otra parte, agregó que esa sanción está reservada para los casos en los que la operación genere un perjuicio para el ente corporativo, de donde se desprende que el juzgador de conocimiento no debió acceder a las pretensiones.

5. El demandante solicitó que se declare desierto el recurso ya que la parte actora no se pronunció dentro del término conferido por esta corporación, en providencia del pasado 21 de julio.

## **CONSIDERACIONES**

1. Previo al análisis de fondo de la cuestión debatida, es preciso puntualizar que, en verdad, mediante el proveído del pasado 17 de julio, en la adecuación del trámite del asunto a las disposiciones del Decreto Legislativo 820 de 2020, se confirió el término de los 5 días para la sustentación del recurso, el que, además, venció en silencio; sin embargo, no hay lugar a declarar desierto el recurso, pues el impugnante durante la audiencia de instrucción y juzgamiento, desarrolló ante la autoridad de primera instancia los reparos contra el fallo, con profundidad, suficiencia, claridad y completitud, los argumentos de disenso –previamente resumidos–, gestión que, para la Sala, es idónea para tener por debidamente sustentado el recurso de alzada, al exponer las razones de discrepancia con la citada determinación, como insumo que va a orientar la decisión de segunda instancia, acto que encarna, para la posición mayoritaria, la sustentación del recurso, postura que, por demás, salvaguarda el acceso a la administración de justicia del interesado y la efectiva prevalencia del derecho sustancial, en los términos del artículo 11 del CGP, a lo que se adiciona que reclamar del censor una doble sustentación, encarna un exceso ritual innecesario.

Este pensamiento ha sido reiteradamente avalado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, vía acción de tutela, como se recordó en sentencia STL-3915 del 10 de junio del año cursante, al resaltar que tal orientación “no solo se garantiza el derecho al debido proceso y el acceso a la administración de justicia, ‘sino a un proceso



justo, y recto', materializándose así el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas". Por lo tanto, tal y como se concluyó en dicho pronunciamiento, "el recurso de apelación que se interponga en contra de la providencia dictada por el juez de primer grado, puede ser sustentado de forma oral o escrita, y, por lo mismo habiéndose considerado por el *a quo* que la sustentación de la alzada se hizo en debida forma, no existía ningún obstáculo para que el Tribunal accionado procediera a desatar la controversia sometida a su consideración".

No pierde de vista el Tribunal que mediante comunicado de prensa No. 35 de 2019, se informó, a grandes rasgos, que en la sentencia SU418 de ese año se consignó que "el recurso de apelación debe sustentarse ante el superior en la audiencia de sustentación y fallo, y la consecuencia de no hacerlo así, es la declaratoria de desierto del recurso". No obstante, a la fecha esa determinación no ha sido publicada y, por ende, no ha adquirido fuerza vinculante, como quiera que el comunicado de prensa, solamente "tiene un carácter eminentemente informativo...para servir de órgano de comunicación de este Tribunal y, en consecuencia, no sirven de sucedáneo a la notificación legal de dichos fallos", según se explicó en auto 521 de 2016 por esa colegiatura, de allí que carece de fuerza vinculante, según se afirmó en auto 283 de 2009.

2. Ahora bien, en obediencia a lo dispuesto en los artículos 320, según el cual "el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante", 322 que señala que la sustentación debe versar sobre los reparos concretos que se hacen a la decisión cuestionada y del 328 del Código General del Proceso, que establece que "el juez de segunda instancia deberá pronunciarse

solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante”, ello impide al Tribunal desbordar el límite acotado por la ley y por el impugnante, puesto que el abordaje de temas distintos conllevaría a incurrir en el vicio de la incongruencia, que en palabras de la Corte, “también se patentiza cuando la sentencia no armoniza con lo pedido en la sustentación del recurso (pretensión impugnativa), que indudablemente corresponde a una invocación del derecho sustancial controvertido”, según se indicó en sentencia SC4415 de 2016.

3. Dentro de las diversas sanciones previstas en el artículo 191 del Código de Comercio milita la nulidad absoluta de la expresión social, la cual, de manera general, se hace patente cuando la asamblea en la que adopta la decisión colegiada se realiza con desprecio de las condiciones impuestas por la ley o los estatutos para tal fin, que en el caso concreto se materializó porque no se observó el trámite previsto en el Decreto 1925 de 2009 -reiterado en el decreto 1054 de 2015- para la obtención de la autorización de negocios en los que pueda existir un conflicto de interés, por no haberse incluido en el orden del día del referido acto asambleario ni suministrarse la información pertinente para evaluar la conveniencia de esas negociaciones, fundamento que, en puridad, no le mereció mayor reproche al censor, quien en esencia dirigió la crítica a la inexistencia del conflicto de interés, explicando que la votación se realizó para ratificar la serie de operaciones efectuadas con socios y vinculados, las cuales no debieron acumularse; la ausencia de perjuicio para la sociedad y que, los defectos enrostrados no generan nulidad y, en su defecto, son subsanables.

Al respecto, es necesario puntualizar que los referidos decretos reglamentan al artículo 23 de la Ley 222 de 1995, regulando el procedimiento a seguir en los casos en que se considere que en las

operaciones sociales exista emulación, oposición, antagonismo o competencia con la sociedad, esto es, un conflicto de interés, problemática esta última que se presenta “cuando no es posible la satisfacción simultánea de dos intereses, a saber: el radicado en cabeza del administrador y la sociedad, bien sea porque el interés sea del primero o de un tercero. En este mismo sentido, se considera que existe un conflicto de interés si el administrador cuenta con un interés que pueda nublar su juicio objetivo en el curso de una operación determinada, así como cuando se presenten circunstancias que configuren un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido”, criterio sentado en la Circular Básica Jurídica del 22 de noviembre de 2017 de la Superintendencia de Sociedades.

En consecuencia, para las eventualidades en que se advierta el peligro de configuración de esa hipótesis, es menester que dicha materia se incorpore en el orden del día y que el administrador suministre toda la información “relevante para la toma de la decisión”, requisitos de forma, previstos en una norma imperativa, de cuyo desconocimiento en el acto societario, el recurrente no plantea ninguna discusión, actualizándose la trasgresión del artículo 23, numeral 7 de la ley 222, en concordancia con el 5 del decreto reglamentario ya citado, asunto que no requiere de mayor explicación.

4. De otra parte, la inexistencia de menoscabo de los intereses de la sociedad o el beneficio que se puede lograr con tales negocios, etc., no simboliza un elemento justificante de esa omisión, pues si bien esta contingencia es necesaria para la respectiva autorización -en los términos del inciso final del numeral 2 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995-, impugnada tal decisión, el conflicto se aborda desde la estricta perspectiva del agotamiento de los requisitos de forma que le otorgan

validez a la voluntad social y no a partir del contenido o por las repercusiones que el acto pudiera tener, materia que podría ser objeto de pronunciamiento en otra tipología de controversia, en tanto que la que se analiza se restringe a determinar la presencia de los presupuestos formales que deben concurrir para la adopción de este preciso pronunciamiento social, constitutivas de conductas inmersas en la trasgresión de la ley, como paladinamente exige el artículo 191 comercial.

Así mismo, no hay error en el manejo grupal de las operaciones porque en el acto asambleario así se esgrimieron y, además, en esa modalidad se sometieron –las operaciones– a consideración, como se indicó en el punto b del numeral 12 de “proposiciones y varios”, al señalar que se “propone aprobar y autorizar cada una de las operaciones relacionada en su propuesta, la cual se aporta para que forme parte integral de acta”, documento aquel que enlista arriendos, honorarios, servicios, compras, ventas y “otros conceptos” (folios 48-49vto, cuaderno 1 y 363-365, cuaderno 2). Esa conducta, por igual, deja en descubierto que tal artilugio tuvo como propósito más que ratificar lo aprobado, superar el incumplimiento de los requisitos previstos en el Decreto 1925, esto es, superar el defecto que recae en que a la autorización no le precedía la información relevante.

5. A lo anterior se adiciona que tal beneplácito, impuesto por el grupo mayoritario, no puede ser de recibo para allanar el incumplimiento de las condiciones previstas en las reglas de derecho evocadas, pues ante la ausencia de la información necesaria para calificar el beneficio o perjuicio que esas negociaciones le prestan a la sociedad, no se ha probado que se haya superado la restricción prevista en el numeral 7 del artículo 23 –reiterada en el artículo 2 del decreto–, consistente en la prueba de que con esos actos no se genera un perjuicio para la

sociedad, a lo que se agrega que la representante legal de Avidesa fue dubitativa en ese tema al punto de que cuando se le cuestionó sobre la realización de las actividades a precio de mercado afirmó “...inclusive una buena parte está por debajo de los precios de mercado”, omisiones demostrativas y contradicciones en la versión que frustran cualquier posibilidad de saneamiento, subsanación o ratificación del acto anómalo.

En consecuencia, como la aprobación de las operaciones con partes vinculadas se adoptó en franca contravención del ordenamiento jurídico, porque no se explicaron los aspectos relevantes para su autorización, se imponía declarar la nulidad absoluta formulada en el libelo genitor, razones que anteceden, la Sala Civil de decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

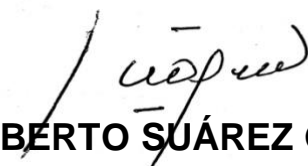
## **RESUELVE**

PRIMERO: NEGAR la solicitud para declarar desierto el recurso de apelación, de acuerdo con lo señalado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia impugnada.

TERCERO: Costas a cargo del apelante. Como agencias en derecho el magistrado sustanciador fija el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, al momento del pago.

Notifíquese,



**LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Magistrado Ponente



**JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO**  
Magistrado



**JULIÁN SOSA ROMERO**  
Magistrado  
(con salvamento de voto)

**REPUBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL**



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

Bogotá D.C., catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020).

**REF. PROCESO DECLARATIVO PROMOVIDO POR ERNESTO  
SERRANO PINTO CONTRA ADIVESA MAC POLLO S.A.  
RADICACIÓN 002-2018-00204-02.**

Con el acostumbrado respeto que me merecen los demás miembros de la Sala de Decisión, me aparto de la sentencia proferida en el asunto de la referencia, por considerar que debió declararse desierto el recurso de apelación que interpuso el recurrente ante el Juez de Primera instancia, por no haberse sustentado en esta instancia.

Descendiendo al caso concreto se colige que la parte recurrente no presentó en segunda instancia la sustentación del recurso de apelación que interpuso frente al fallo de primera instancia en los términos previstos por el artículo 322 del Código General del Proceso, que señala que: “Cuando se apele una sentencia, el apelante, al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior. Para la sustentación del recurso será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada. Si el apelante de un auto no sustenta el recurso en debida forma y de manera oportuna, el juez de primera instancia lo declarará desierto. La misma decisión adoptará cuando no se precisen los reparos a la sentencia apelada, en la forma prevista en este numeral. El juez de segunda instancia declarara desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado”.

Conforme al texto citado, para que la segunda instancia adquiriera competencia funcional para decidir el recurso de apelación frente a la decisión de primera instancia, es requisito indispensable y necesario que el apelante sustente y exprese las razones de su inconformidad ante el superior, para que la contraparte también tenga la oportunidad del ejercicio del derecho de defensa; pues de lo contrario se estaría desconociendo uno de los pilares fundamentales de nuestro estado social de derecho, como acontece con el debido proceso. No debemos olvidar que de acuerdo con el artículo 27 del Código Civil, “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

De la mencionada norma, es diáfano al preceptuar que el recurrente deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior; que se torna en una carga procesal para que se abra paso el recurso y de paso la competencia funcional del juez de segunda instancia, en los términos previstos por el artículo 328 del Código General del Proceso. “Al respecto la Corte, ha sostenido que “el legislador previó como sanción la declaratoria de desierto del recurso de apelación interpuesto contra una sentencia cuando: (i) no se precisan, de manera breve, los reparos concretos que se le hacen a la decisión, al momento de presentar la impugnación en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia y (ii) cuando no se presente la sustentación de los mencionados reparos ante el superior” CSJ STC11058-2016, 11 ago. 2016, rad. 02143-00, entre otras). Subraya la Sala. (...)” .

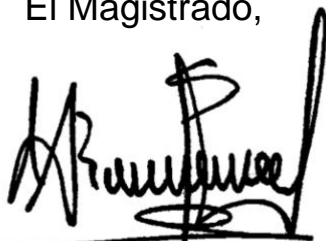
La misma Corte Constitucional, en el Comunicado No. 35, informó que en sentencia SU-418 de 2019, la Sala Plena precisó que, “para garantizar el derecho a la igualdad y la respuesta uniforme del ordenamiento jurídico, el juez de tutela debía decantarse por la interpretación que directa, sistemática y acorde con su configuración legal, surge de las disposiciones aplicables, por lo que a partir de un recuento del régimen de apelación de sentencias contenido en los artículos 322 y 327 del Código General del Proceso, estableció que el recurso de apelación debe sustentarse ante el superior en la audiencia de sustentación y fallo, y la consecuencia de no hacerlo así, es la declaratoria de desierto del recurso”.



Debe acentuarse que, las formas propias de cada juicio deben ser reguladas previamente por el legislador, y una vez definidas, deben ser acatadas por las autoridades judiciales como administrativas, al punto que la propia Corte Constitucional, ha reiterado que, "Para que la protección del debido proceso sea efectiva, es necesario que las pautas procesales estén previamente definidas por el legislador, pues, de lo contrario, la función jurisdiccional quedaría sujeta a la voluntad y arbitrio de quienes tienen la función de solucionar los conflictos de los asociados y de resolver sobre la interdependencia de sus derechos. La previa definición legal de los procedimientos que constituyen el debido proceso ha sido llamada por la Carta Fundamental como "formas propia de cada juicio", y constituye la garantía de referencia con que cuentan las personas para determinar en qué momentos la conducta de los jueces o de la administración, se sale ilegítimamente de los cauces de la legalidad. Resulta contrario al ordenamiento jurídico el que un funcionario encargado de adelantar procedimientos judiciales o administrativos que resuelvan sobre derechos subjetivos, proceda conforme su voluntad, desconociendo las pautas que la ley le ha señalado para el ejercicio de su función. La libertad de escoger las formas de los juicios perjudicaría a los administrados, antes que agilizar y personalizar la aplicación de la justicia; traería confusión y caos en el seno de la sociedad y pondría en entredicho el pilar de la seguridad jurídica<sup>1</sup>.

En este sentido, dejo plasmado mi salvamento de voto, al considerar que la Sala no gozaba de competencia funcional para decidir el recurso de apelación que fue interpuesto frente al fallo de primera instancia, por no haber sido sustentado, y por lo tanto, el camino a seguir era declararlo desierto por el Magistrado Ponente.

El Magistrado,



JULIÁN SOSA ROMERO

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-428 de 1998.

**R.I. 14855**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL**



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

Bogotá D.C., catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020).

**REF. PROCESO VERBAL PROMOVIDO POR JOSÉ WILSON PATIÑO  
contra MARÍA DOLORES BARBOSA DE MARTÍNEZ Y OTROS.**

**RAD. 11001310301920160070401.**

Magistrado Ponente: **JULIÁN SOSA ROMERO.**

Discutido y aprobado en Sala n.º 23 del 12 de agosto de 2020.

**I. ASUNTO**

De conformidad con el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida el 3 de diciembre de 2019, por el Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá, D. C., en el proceso de la referencia.

**I. ANTECEDENTES**

**1º. Demanda:**

El señor JOSÉ WILSON PATIÑO, a través de mandatario judicial, promovió demanda contra MARÍA DOLORES DE MARTÍNEZ y los HEREDEROS INDETERMINADOS DE EFRAÍN MARTÍNEZ, para que, previos los trámites establecidos por la Ley y mediante sentencia, se declare que adquirió por el modo de la prescripción extraordinaria el inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria No. 50N-791365, cuyos linderos y demás especificaciones se encuentran determinados en la demanda.

**2º. Fundamento fáctico:**

**2.1.** Se afirma en la demanda que el demandante viene ejerciendo desde el año 2001, actos posesorios como señor y dueño sobre el bien inmueble ubicado con la Avenida 54 No. 107-06 lote 23 manzana G de la urbanización “Morato” (Diagonal 115ª No. 60-43 Dirección Catastral), identificado con la matrícula inmobiliaria No. 50N-791365, en forma continua e ininterrumpida hasta la fecha.

**2.2.** El demandante ha detentado verdaderos actos posesorios sobre el inmueble objeto de usucapión, tales como pago de impuestos, servicios públicos, mejoras, actividad de venta de comidas rápidas, parqueadero público, vivienda, pago de celaduría, y ha ejercido actos de defensa y protección del bien, en forma pública y pacífica.

**2.3.** Como consecuencia, el poseedor se encuentra legitimado para solicitar que mediante sentencia se declare el dominio del bien por el modo de la prescripción extraordinaria.

### **3º. Defensa de los demandados:**

La demandada MARÍA DOLORES BARBOSA DE MARTÍNEZ contestó la demanda oponiéndose a las súplicas de la demanda y propuso en su defensa las excepciones de mérito: carencia de los requisitos legales para alegar la posesión, temeridad y mala fe del demandante, e interrupción o suspensión de términos de prescripción<sup>1</sup>.

La curadora *ad litem* contestó la demanda y se atiene a lo que resulte probado, allanándose a los hechos expuestos por el demandante porque desconoce la veracidad de los mismos por la falta de información de la pasiva.<sup>2</sup>

### **4º. Demanda de reconvenición:**

La señora MARÍA DOLORES BARBOSA DE MARTÍNEZ presentó demanda en su propio nombre y como cónyuge del extinto EFRAÍN MARTÍNEZ, solicitando la restitución de la posesión del inmueble identificado con la matricula inmobiliaria No. 50N-791365, junto con los frutos civiles que el propietario hubiera podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, aduciendo que el demandado ingresó al inmueble con el visto bueno de los propietarios junto con su grupo familiar y se comprometió a pagar una renta mensual. No obstante, a pesar de los requerimientos efectuados para que desocupe el bien este se niega a desalojarlo, hasta tanto se le paguen las acreencias laborales.

El demandado no hizo pronunciamiento alguno frente a la demanda de reconvenición.

### **5º. Sentencia de primera instancia:**

El Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá, D. C., negó las pretensiones de la demanda de pertenencia y la reivindicatoria propuesta en reconvenición.

Como soporte de la decisión, la Funcionaria de primer grado, previo invocar los elementos que exige la Ley para ser poseedor, tales como el *corpus* y el *animus*, entró analizar el material probatorio infiriendo que el demandante entró al inmueble con ocasión del

<sup>1</sup> Folios 72 a 78 Cuaderno No. 1º.

<sup>2</sup> Folios 133 y 134 Cuaderno No. 1º.

contrato laboral suscrito con la sociedad COLOMBIANA DE REJILLAS LTDA., desde el año 1998, sin embargo, existe ambivalencia sobre la interversión del título de tenedor a poseedor del activante, pues, pese a que en la demanda señala que mutó dicho estatus desde el 2001, no obstante, los elementos de juicio que existen en el informativo no lo ratifican.

Relievó que obra la solicitud calendada el 10 de diciembre de 2008, en donde el demandante reclama el pago de salarios por la prestación del servicio de celaduría del inmueble comprendidos del 2 de abril del 2001 hasta el 31 de diciembre de 2008. Por otra parte, a pesar de que se encuentre acreditado el poder de hecho que el actor ejercía sobre el bien, conforme lo señalan varios de los testigos que depusieron en el proceso, este presupuesto de por sí no le otorga la posesión material, ya que esa mera circunstancia no configura jurídicamente la posesión mientras no se tenga intención de ser dueño, elemento interior que no es de percepción de los terceros, el cual se carece cuando se acepta que el dominio se encuentra en cabeza de otra persona.

Sumado a lo anterior, el propio demandante, obrando a través de su apoderado judicial, reiteró a COLREJILLAS LTDA. que se diera trámite de un acuerdo sobre las acreencias laborales existentes entre el demandante y dicha sociedad, la cual fue realizada 7 de julio de 2009, reconocida por el actor en la declaración de parte; coligiéndose la falta de convicción de su condición de señorío, aunado a que los testigos no precisaron actos concretos de posesión, no se pagaban impuestos, servicios públicos, ni se demostraron mejoras evidentes, pues el inmueble presenta una marcada vetustez y abandono. Concluyó que, ante la ausencia del elemento subjetivo, no puede ser otra decisión que denegarse la pertenencia.

Sobre la pretensión reivindicatoria, coligió que el principal elemento exigido por la Ley representado en la posesión no se encuentra presente, tal como se infiere de las pruebas y de la misma afirmación que se hace en la demanda de reconvención, donde se confiesa que el demandado siempre ha ocupado el inmueble como tenedor, desconociendo su condición de poseedor; razón suficiente para el fracaso de la acción restitutoria.

#### **6°. Recurso de apelación:**

La parte demandante en la acción principal interpuso recurso de apelación, aduciendo que el Despacho desconoció las pruebas obrantes en el expediente, las cuales demuestran la posesión que ha venido ejerciendo desde junio de 2001 hasta la presente, en forma pacífica, pública e ininterrumpida, lo que se traduce en las mejoras y explotación económica del inmueble con venta de comidas rápidas, parqueadero público, actos que son corroboradas por las declaraciones y el material probatorio anexo al expediente. Sumado a que los demandados nunca han tenido la posesión del bien.

Por su parte, la demandada y demandante en reconvención interpuso la alzada oportunamente ante el *a quo*, no obstante, este

medio de impugnación no fue sustentado en segunda instancia en los términos previstos en el inciso 4 del numeral 3 del artículo 322 del Código General del Proceso, en concordancia con el canon 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020; motivo por el cual se declaró desierto mediante auto de esta misma fecha.

### **III. CONSIDERACIONES**

Debe dejarse atestación que los presupuestos procesales tales como competencia, demanda en forma, capacidad procesal y para ser parte se encuentran presentes, y como no se vislumbra irregularidad que afecte la legalidad de lo actuado, el fallo a proveer será de mérito.

Luego de examinar los requisitos exigidos por la ley para obtener el dominio por el modo de la prescripción extraordinaria, el *a quo* llegó a la conclusión que el demandante entró al inmueble como celador con ocasión del contrato laboral que había suscrito con la empresa COLREJILLAS LTDA, no obstante, no demostró la mutación del título de tenedor al de poseedor, pues, a pesar de encontrarse acreditado el poder de hecho sobre el bien, esa sola circunstancia no lo convierte jurídicamente en poseedor, ante la falta del elemento subjetivo al reconocer dominio ajeno; como se desprende del interrogatorio rendido por el mismo demandante.

La acción de dominio propuesta en reconvención por la parte pasiva, la denegó al no encontrar demostrado la calidad de poseedor endilgada al señor JOSÉ WILSON PATIÑO.

Inconforme con la decisión, las partes interpusieron recurso de alzada, mencionando el pretense poseedor que el Juez desconoció las pruebas que obran en el expediente, las cuales acreditan la posesión material que ha venido ejerciendo en forma pública, pacífica, e ininterrumpida desde el 5 de junio de 2001, data en que entró a ocupar el inmueble hasta la fecha, realizando actos de señorío tales como mejoras, acuerdo de pagos de servicios públicos e impuestos, explotación del inmueble. Sumado a que no se valoró la certificación expedida por COLREJILLAS LTDA, en donde consta que a partir del 1 de junio de 2001 dejó de laborar para dicha empresa, sociedad que nunca tuvo la propiedad del bien objeto de usucapión.

El demandante apuntala su inconformidad expresando que el juez no valoró las pruebas allegadas oportunamente, que demuestran la posesión que ejerció sobre el inmueble durante más de dieciocho años.

Al tenor del artículo 2518 del Código Civil, por el modo de la «prescripción adquisitiva» o «usucapión» se pueden adquirir derechos reales, entre ellos el dominio de los bienes corporales, ya sea muebles o inmuebles, si son detentados en la forma y por el tiempo previsto en el ordenamiento jurídico.

Esta prescripción se basa, esencialmente, en la tenencia con ánimo de señor y dueño, sin que en principio sea necesario un título, evento en que se presume la buena fe del poseedor. De ahí que solamente le baste demostrar que su posesión ha sido pública, pacífica e ininterrumpida, por el lapso exigido en el ordenamiento, el que actualmente es de diez (10) años, conforme al canon 1 de la Ley 791 de 2002, y no reconozca dominio ajeno.

Para la prosperidad de la acción de pertenencia, por el modo de la prescripción extraordinaria es necesario que se encuentran reunidos los dos elementos que exigen el artículo 762 del Código Civil, esto es el elemento objetivo o el *corpus*, que se cumple con los actos exteriores ejercidos por el prescribiente, y el elemento subjetivo que se relaciona con el ánimo de señor y dueño, de modo, que le incumbe al actor demostrar en forma diáfana y clara que efectivamente ejerció sobre el bien actos propios de posesión y que no ha reconocido dominio ajeno, durante el termino exigido por la Ley, para la configuración del derecho.

No obstante, cuando se trata del tenedor que pretende adquirir el dominio mediante la prescripción extraordinaria de dominio, por el fenómeno de la posesión resulta necesario que demuestre en qué momento aconteció la interversión del mencionado estatus jurídico, y refleje en hechos inequívocos los actos posesorios, en total rebeldía contra el *verus domini*, como auténtico señor y dueño.

En el presente asunto se colige conforme a la declaración rendida por el demandante, que entró a ocupar el inmueble, como vigilante al servicio de la empresa Colombiana de Rejillas Ltda., cuyo contrato obra a folio 112 cuaderno No. 1º, y que culminó el 1 de junio de 2001, narrando que a partir del 5 de junio del mismo año comenzó a ejercer actos de posesión, no obstante, no aportó prueba que vislumbre que mutó su condición de tenedor al de poseedor, a contrario sensu, con el escrito calendado el 10 de diciembre de 2008, radicó solicitud a la empresa COLREJILLAS LTDA. anexando copia de la liquidación de lo adeudado por concepto de salarios y prestaciones sociales del periodo de abril de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2008, por concepto de servicio de vigilancia por valor de \$53.032.810.003, igualmente el abogado FERNANDO MARTÍNEZ ROJAS, quien fungió como su apoderado, elevó petición el 27 de julio de 2009 a la empresa - COLREJILLAS LTDA., y, a la señora MARÍA DOLORES BARBOSA, proponiéndoles una reunión en la búsqueda de una conciliación, respecto de los derechos y cuentas por pagar al señor Patiño, quien laboró como celador del predio enunciado (Diagonal 115ª No. 60-43 de Bogotá), por decisión de su empresa y por solidaria instrucción de su actual propietaria<sup>4</sup>; y que fue reconocido por el actor en el interrogatorio absuelto en la diligencia de Inspección Judicial (Minuto 16.00), confesando con ello, que estaba como celador, y en esa medida reclamaba el pago de sus salarios y prestaciones sociales.

<sup>3</sup> Folio 107,108,109 cuaderno No. 1º.

<sup>4</sup> Folio 110 cuaderno No. 1o.

En la Inspección Extraprocesal efectuada el 22 de octubre de 2015, que fue consumada por la Juez 43 Civil Municipal de Bogotá, el demandante admitió que *“llegó a la casa como trabajador, celador desde 1989, así mismo, que hay únicamente servicios de agua y luz, el teléfono era de la casa, lo dejaron ello, los dueños de la casa señor Efraín Martínez dejaron cortar el teléfono que era el dueño de la línea...siempre he sido el responsable cuando me contrataron como celador, Colrejillas Ltda”*<sup>5</sup>, y además aceptó haber estado presente en dicha diligencia (Minuto 17 Audiencia del 20 de septiembre de 2018). Y finalmente en esa misma audiencia al preguntársele quienes son los titulares de la propiedad de este inmueble, contestó: *“Don Efraín Martínez Y Doña Dolores Barbosa”* (Minuto.14:30).

En esa dirección, si bien es cierto el accionante ejerció la aprehensión material del inmueble, y lo destinó como vivienda, explotación con la actividad de parqueadero, y venta de comidas rápidas; tal como se desprende de la prueba testimonial y la diligencia de inspección judicial, no obstante, el *animus* de señor y dueño, se encuentra huérfano de prueba; a pesar que entró al inmueble desde el año 1989, y como se reiteró en el interrogatorio rendido en el proceso, confesó que el dominio lo tienen los señores *“Don Efraín Martínez Y Doña Dolores Barbosa”* (Minuto.14:30).

En este sentido, el artículo 777 del Código Civil, es diáfano al señalar que el simple paso del tiempo no muda la mera tenencia en posesión, quien ha reconocido dominio ajeno no puede frente al titular del señorío, trocarse en poseedor, sino desde cuando de manera pública, abierta, franca, le niegue el derecho que antes le reconocía y simultáneamente ejecute actos posesorios a nombre propio, con absoluto rechazo de aquel. Los actos clandestinos no pueden tener eficacia para una interversión del título del mero tenedor.

Sumado a lo anterior, de los elementos de convicción, no pueden extraerse los requisitos que exige el artículo 762 del Código Civil para la configuración de la posesión, pues, *“(…) si originalmente se arrogó la cosa como mero tenedor, le corresponde aportarse la prueba fehaciente de la interversión de ese título, esto es, la existencia de hechos que la demuestren inequívocamente, incluyendo el momento a partir del cual se rebeló contra el titular y empezó a ejecutar actos de señor y dueño desconociendo el dominio del titular, para contabilizar a partir de dicha fecha el tiempo exigido de posesión autónoma y continua del prescribiente”*<sup>6</sup>, y si bien es cierto algunos declarantes atestan que el demandante hizo arreglos como pintura de la fachada, arreglo de goteras, cambio de tejas, cortar el pasto, no obstante, estos medios de convicción no pueden sustituir el elemento subjetivo, que exige la ley. Desde luego, la mutación debe ser inequívoca, porque de otra manera no puede inferirse el *animus domini* de quien procura detentar la cosa para sí, y no en nombre de otro, pues como la misma Corte lo tiene

<sup>5</sup> Folios 86 y 87 Cuaderno No. 1°.

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia. sentencia 52001-3103-004-2003-00200-01 del 13 de abril de 2009.

sentado: “(...) *el que los testigos hubiesen calificado y tenido los actos del detentador como de posesión, es cuestión francamente irrelevante mientras éste, insístase, no hubiere intervertido su calidad de tenedor en la de poseedor, y, por supuesto, demostrada tal circunstancia (...)*” (sentencia 016 de 22 de febrero de 2000).

La prueba documental arrojada con el pliego de la reforma, que da cuenta el acuerdo de pago de la valoración del inmueble No. 852-57774 efectuado el 4 de diciembre de 2017 entre el demandante y el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO<sup>7</sup>, acuerdo de pago con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P., contenida en el Acta No. Z1.1841 del 13 de diciembre de 2017, donde acepta los consumos, liquidación y cargo de valores a la cuenta contrato No. 10156977, por un valor total de \$5.999.850.00, los que se compromete a cancelar en 62 cuotas<sup>8</sup>; resultan exiguos para acceder a la prosperidad de las pretensiones, dado que de estas, *per se*, no alcanzan a inferirse como actos inequívocos de posesión, al poder ser realizados por un simple tenedor.

Los actos de señorío y dueño emanados del pretense poseedor deben materializarse públicamente ante terceros como frente a los titulares del derecho de dominio, sin develar el más mínimo resquicio de clandestinidad y duda sobre la transparencia de la posesión, lo cual no surge en el caso concreto, por la doble posición asumida por el demandante, pues por un lado, pregona su calidad de celador para exigir salarios y prestaciones sociales a cargo de la sociedad empleadora reconociendo dominio ajeno; y por otro lado, reclama derechos como poseedor sobre el bien encargado de la vigilancia, lo cual para la sala desnaturaliza el ánimo de señorío, máxime que la Corte ha acrisolado que “(...) *[n]o 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 aún 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)*”<sup>9</sup>.

Los testimonios de LEONARDO TRUJILLO PARRA, ARMANDO VILLAN MARÍN, FERNANDO CIFUENTES GARZON, CARLOS SAMIENTO y HERNÁN EMILIO SEPÚLVEDA dan fe que desde conocieron al demandante ha ocupado el inmueble objeto de usucapión, y algunos corroboran que ha realizado trabajos concernientes al arreglo de goteras, pintura, cambio de tejas y ha explotado el bien en la venta de empanadas y parqueadero; empero, estos actos no pueden servir de estribo, para suplantar la voluntad del prescribiente, quien en todo momento debe revelar la convicción

<sup>7</sup> Folio 180 y 181 Cuaderno No. 1°.

<sup>8</sup> Folios 87 a 195 Cuaderno No.1°.

<sup>9</sup> CSJ. Civil. Sentencia 273 de 4 de noviembre de 2005 expediente 7665.



inequívoca de ser el dueño, al tenor de lo previsto por el artículo 762 del Código Civil. Destacándose que ese elemento no se puede obtener por testigos, pues como tiene explicado la Corte, “(...) es en el sujeto que dice poseer en donde debe hallarse la voluntariedad de la posesión, la cual es imposible adquirir por medio de un tercero, cuya sola voluntad resulta así, por razones evidentes, ineficaz para tal fin (...)”<sup>10</sup>.

En síntesis, la posesión que alegó el recurrente, nunca estuvo presente, pues a pesar de invocarse dicha condición en la demanda que buscaba la declaratoria de pertenencia por el modo de la prescripción adquisitiva, que se tornaría suficiente para auscultar dicha condición, no obstante, como se reiteró anteriormente, en el interrogatorio rendido en la etapa probatorio reconoció dominio ajeno en cabeza de los propietarios EFRAÍN MARTÍNEZ (q.e.p.d.) y MARÍA DOLORES BARBOSA DE MARTÍNEZ; lo cual ratifican la misma actora en la demanda de reconvención y en la contestación de la demanda de pertenencia, específicamente en los hechos quinto, sexto y decimocuarto, y los fundamentos fácticos de la excepción de mérito propuesta de “*carencia de requisitos legales para alegar posesión material*”, que sostienen que JOSÉ WILSON PATIÑO nunca ha ejercido la posesión del bien objeto de la acción de dominio.

En este sentido, la confesión derivada de la demanda de pertenencia quedó desvirtuada con el dicho del propio JOSÉ WILSON PATIÑO, al reconocer dominio ajeno, y que fue corroborado por la señora MARÍA DOLORES BARBOSA DE MARTÍNEZ, quien siempre lo reconoció como tenedor del bien.

Puesta así las cosas, la acción invocada por el demandante no puede abrirse paso ante la ausencia de la posesión alegada por el recurrente, máxime que los propietarios permitieron al actor la ocupación del inmueble como actos de mera tolerancia, los cuales se fundaron en relaciones de amistad y condescendencia, conforme lo corroboraron las deponentes DIANA LUZ y CLAUDIA HELENA MARTÍNEZ BARBOSA, por las apremiantes necesidades que estaba afrontando el demandante y su familia.

### **III. DECISIÓN**

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

### **IV. RESUELVE**

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la sentencia proferida el 3 de diciembre de 2019 por el Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá, D. C.

<sup>10</sup> CSJ. Civil. Sentencia 093 de 18 de noviembre de 1999 (CCLXI-1032, segundo semestre, volumen II); reiterada en fallo 124 de 5 de noviembre de 2003, expediente 7052.

**SEGUNDO.**– Sin costas.

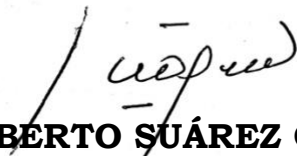
**TERCERO.**– En oportunidad remítase el expediente al Juzgado de origen para lo de su trámite y competencia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

**LOS MAGISTRADOS,**

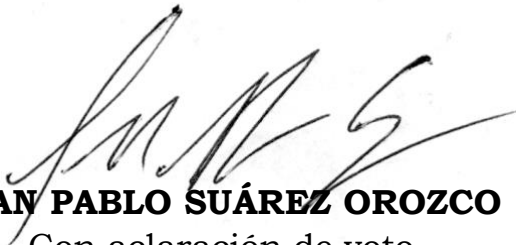


**JULIÁN SOSA ROMERO**



**LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Con aclaración de voto



**JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO**

Con aclaración de voto

**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL**



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

Bogotá, D. C., catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020).

Rad. 019201600704 01

Como quiera que la demandada y demandante en reconvención no sustentó oportunamente el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dentro del término de los cinco días, ordenado mediante auto del pasado 2 de julio, el suscrito Magistrado Sustanciador **DECLARAR DESIERTA** la alzada que esa parte formuló contra la sentencia de primer grado, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

Lo anterior en armonía, además, con las previsiones del inciso final del numeral 3 del artículo 322 del Código General del Proceso, conforme al cual el “*juez de segunda instancia declarará desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado*”.

**NOTIFÍQUESE,**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Julian Bosa Romero', is written over a printed name and title.

**JULIÁN BOSÁ ROMERO**  
Magistrado