

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Bogotá, D.C., diez (10) de septiembre de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE : PUIG RODRÍGUEZ S.C.S.
DEMANDADO : ÁLVARO ANDRÉS PUIG RODRÍGUEZ Y
OTROS
CLASE DE PROCESO : ORDINARIO- PERTENENCIA

Revisada la actuación de primera instancia, el suscrito Magistrado encuentra configurada la causal de nulidad regulada en el artículo 133 (numeral 8) del Código General del Proceso, por no haberse citado a varias entidades que de acuerdo con la ley debieron ser citadas.

En efecto, si bien es cierto que la demanda fue radicada el 9 de mayo de 2014 (fl. 63, pdf Cuaderno 1), en vigencia del CPC derogado, también lo es que el proceso de pertenencia fue fallado el 19 de febrero de 2020 (audios), en plena vigencia del Código General del Proceso, que en su artículo 375 (numeral 6, inciso 2º) dispone citar (obligatoriamente) “a la Superintendencia de Notariado y Registro, al Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural (Incoder)¹, a la Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación Integral a Víctimas (UARIV) y al Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) para que, si lo consideran pertinente, hagan las manifestaciones a que hubiere lugar en el ámbito de sus funciones”, citación que se puede realizar por el juez de primer grado “mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia” (art. 61, *ibídem*).

¹Hoy Agencia Nacional de Tierras (Decreto 2363 de 2015).

En el caso de marras, el Juzgado 20 Civil del Circuito dictó sentencia sin haber informado a las referidas entidades públicas, la existencia del proceso, por lo que estructuró la nulidad referida.

Finalmente, se debe precisar que esta citación no se hace como litisconsortes necesarios, sino para integración el contradictorio, por ser, se insiste, entidades que de acuerdo con la ley debieron ser informadas del proceso.

Por lo expuesto, el Tribunal,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR la nulidad de todo lo actuado a partir de la sentencia de 19 de febrero de 2020, inclusive.

SEGUNDO. ORDENAR al juez de primer grado que rehaga la actuación afectada, con apego a lo mandado por el Tribunal, en la parte considerativa de esta decisión.

NOTIFÍQUESE.


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CIVIL

Magistrada Ponente

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Bogotá D.C., diez (10) de Septiembre de dos mil veinte (2020)

**ASUNTO. PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LA
SOCIEDAD CENTRAL DE HERRAMIENTAS E.U. CONTRA EL SEÑOR
LUIS JAVIER PARRA BERNAL. RAD. 020 2013 00256 01**

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

Decide la Sala el recurso de apelación que formularon las partes contra la sentencia que profirió el Juzgado Cuarenta y Siete Civil del Circuito de esta ciudad el 19 de noviembre de 2019, dentro de este asunto.

I. ANTECEDENTES

1. La sociedad Central de Herramientas E.U. formuló demanda de responsabilidad civil extracontractual contra el señor Luis Javier Parra Bernal para que se declare que es responsable por los daños que le ocasionó por culpa.

En consecuencia, pidió que se condene al convocado a pagar:

1.1. A título de daño emergente: \$4´365.767 por gastos de transporte, alimentación y manutención; \$20´000.000 por honorarios profesionales; y \$143´893.000 por dineros no consignados.

1.2. Por concepto de lucro cesante: Los intereses de los dineros no consignados desde el 4 de mayo de 2009 hasta el pago total; y las pérdidas de la empresa en cuantía total que asciende a \$124´016.127.

1.3. La actualización de las indemnizaciones, teniendo en cuenta la pérdida del poder adquisitivo del peso colombiano, entre la fecha de incumplimiento y el día de pago de la indemnización.

1.4. Las costas del proceso.

2. Como sustento de lo pretendido adujo, en síntesis, que la sociedad Ingeniería y construcciones JARS de propiedad del señor Julio Antonio Rubiano Saldaña le compró unos equipos motosoldadores, para cuyo propósito suscribió un pagaré el 23 de enero de 2009 por la suma de \$364´719.526 con miras a respaldar y garantizar su pago.

2.1. Que la factura se expidió con respaldo económico en la certificación del 21 de enero de 2009 *“del contrato celebrado entre EDOSPINA S.A., y el demandado, que garantizaba la obligación, donde se le concedía un contrato de prestación de servicios para el suministro de personal, maquinaria y herramientas”*.

2.2. Que ante el incumplimiento de pago por la sociedad Ingeniería y Construcciones JARS promovió proceso ejecutivo por la suma contenida en el pagaré, correspondiéndole su conocimiento al Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bucaramanga bajo el radicado No. 118-2009, trámite en que se decretaron medidas cautelares entre las que se encontraba el embargo y secuestro de las cuentas de cobro, contrato de prestación de servicios, o cualquier otro emolumento que se encontrara a favor de la empresa Ingeniería y construcciones o del señor Julio Antonio Rubiano Saldaña, que fue notificada el 4 de mayo de 2009 a la sociedad Edospina S.A., por intermedio del interventor Henry Mantilla.

2.3. Que a pesar de tener conocimiento del embargo por conversaciones y derechos de petición, el representante legal de la

empresa Edospina S.A. informó al juzgado que había celebrado un acuerdo el 7 de mayo de 2009 y pese a indicar que estaría atento a las instrucciones del juzgado, del 8 al 11 de mayo de 2009 consignó los 22 cheques librados a los proveedores de los ejecutados a que aludía dicho acuerdo.

2.4. Que en atención a los infructuosos requerimientos que hizo el juzgado, presentó denuncia penal contra el pagador de Edospina S.A., señor Luis Javier Parra Bernal, en contra de quien se profirió sentencia condenatoria en primera instancia que fue confirmada por la Sala Penal de este Tribunal por el delito de fraude a resolución judicial.

2.5. Que el impago derivado de la conducta del señor Parra Bernal, les generó graves perjuicios patrimoniales que debe asumir, al no poder recuperar los dineros por culpa de aquel, como ordenador del gasto de la empresa Edospina S.A.

3. Admitida la demanda¹ y notificado el convocado, en oportunidad formuló las siguientes excepciones de mérito:

3.1. **“Prejudicialidad de la acción”** por cuanto el fallo dictado en su contra no se encuentra en firme, en tanto presentó recurso de casación; y porque existe una incidencia directa y definitiva en la decisión que se adopte en un proceso frente al otro, de tal modo que quedaría condicionado el que se profiera en este asunto.

3.2. **“Integración del litisconsorcio necesario”** en tanto no se citó a la empresa Edospina S.A., llamada a responder dentro de este proceso, al ser la destinataria de los oficios de embargo.

3.3. **“Genérica”**, en caso de que se hallen probados hechos que la configuren.

4. En oportunidad el demandado llamó en garantía a la sociedad Edospina S.A.; no obstante, en desarrollo de la audiencia de que trata el artículo 101 del C.P.C., celebrada el 16 de julio de 2014, el juzgado de primer grado dejó constancia que el demandado dejó fenecer

¹ Folio 118 C. 1

el plazo del artículo 56 *ibídem*, por ende, no se tuvo por vinculada a dicha sociedad, sin perjuicio de la facultad prevista en el canon 62 ib.

5. Agotado el trámite de la instancia la Juez *a quo* le puso fin con la sentencia que hoy es objeto de impugnación, en la que declaró civilmente responsable al demandado Luis Javier Parra Bernal; y lo condenó a pagar en favor de la sociedad demandante las sumas de \$1´096.748 y \$144´990.652, así como las costas del proceso.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

A vuelta de citar brevemente los antecedentes del caso y los presupuestos de la responsabilidad civil, la juzgadora de primer grado partió del hecho incontrovertido de la condena en cabeza del demandado como autor del delito de fraude a resolución judicial y pasó al análisis de la procedencia de los perjuicios reclamados, previa alusión a que deben estar debidamente probados.

Frente a los pedidos a título de daño emergente indicó que se allegaron facturas y recibos de transporte aéreo y terrestre, algunos ilegibles y sin relación con el proceso adelantado, ni siquiera con las fechas en que la apoderada se tuvo que desplazar con ocasión de este; que no existe causa alguna relacionada como tampoco contrato por la suma pedida por tal concepto; y que solo resulta procedente acoger los mismos por las sumas de \$1´096.748 y \$144´990.652.

Descartó la procedencia de los intereses pedidos por lucro cesante al no existir claridad que el demandado debía \$148´000.000, pues correspondieron a un acuerdo de pago “*que no a la suma que la entidad hubiera podido consignar al proceso en obediencia de la medida*”; las sanciones por impuestos de la Dian; la falta de prueba de impago a proveedores; e igualmente, de la excepción de prejudicialidad, con base en la sentencia de la Sala Penal de este Tribunal y la inadmisión del recurso de casación por la Corte Suprema de Justicia.

III. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

De la parte demandante

Inconforme con esa decisión, la parte demandante la apeló mediante escrito que presentó dentro de la oportunidad prevista en el artículo 322 del C.G.P., con fundamento en los siguientes reparos concretos:

i) Se desestimó por parte del despacho la aplicación de la norma sustancial del juramento estimatorio, en sustento de lo cual citó el contenido de los artículos 13 y 206 del C.G.P.

ii) Errada tasación frente a las agencias en derecho

Al sustentar el recurso, reiteró esos reparos, adicionado, en síntesis, que la parte demandada, no objetó la cuantía pretendida para indemnización; que al ser la norma sustancial de obligatorio cumplimiento, conforme al artículo 13 del CGP., debió atenderse como se dijo en la sentencia el artículo 1106 del Código Civil y condenar por el daño emergente que aparece en las facturas, que citó, correspondientes a tiquetes aéreos, pasajes, pago de taxis, gasolina, etc., documentos éstos que no fueron desconocidos o tachados de falsos; amén de que el demandado, no solo fue el responsable del impago, sino que fue condenado penalmente y su delito calificado con dolo.

En cuanto a la errada tasación frente a las agencias en derecho, adujo que al tenor del artículo 366 numeral 4 del CGP, para la fijación de las agencias en derecho se debe aplicar además de la tarifa que establece el Consejo Superior de la Judicatura, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso. Para el presente caso, las agencias señaladas por el juez de instancia, no se compadecen de las tarifas señaladas por el Consejo superior de la judicatura entre un 7 y 10%, ni con la pretensión de la demanda que asciende a la suma de \$292.274.894.

Pidió, en consecuencia, revocar el numeral segundo de la sentencia y en su lugar se “realice una tasación justa al real perjuicio moral causado”, así como graduar unas agencias en derecho de acuerdo con las pretensiones de la demanda.

De la parte demandada

Por su parte, el apoderado del demandado apeló la decisión mediante escrito que presentó dentro de la oportunidad prevista en el artículo 322 del C.G.P., en el que aun cuando no precisó los reparos concretos, de su contenido se extractan los siguientes:

i) Es contrario a derecho que se le obligue a pagar unas obligaciones o sumas inexistentes como pasajes aéreos, terrestres, alimentación, manutención y honorarios profesionales irrazonables y desproporcionados que pueden entrar en el ámbito del enriquecimiento sin causa.

ii) La demandante no inició el incidente de reparación integral previsto en la Ley 906 de 2004 para exigir los valores pretendidos, pese a ser la vía idónea para ello; al estar fenecida, no está obligado a cancelar unas obligaciones “*cuando fue la empresa EDOSPINA S.A. la deudora*”.

iii) Las pruebas no se valoraron de manera efectiva bajo los presupuestos de la lógica y la experiencia; las apreciaciones son confusas y los razonamientos rompen con los derechos fundamentales al debido proceso y defensa.

En la fase de sustentación arguyó, en resumen, que no podía la jueza de instancia acudir a la ley 600 de 2000 para admitir la demanda y menos cobrar perjuicios materiales, esto iría en contra de la seguridad jurídica de los asociados; se refirió luego a la ultraactividad de la ley, citando al efecto la Sentencia C-763/02; y que esa ley fue derogada por la ley 906 de 2004.

Que el incidente de reparación nació en la ley 906 de 2004 y los hechos sucedieron en el año 2009 y que conoce el Juzgado 20 civil del Circuito de Bogotá, entonces no puede el juzgador hacer renacer normas que fueron derogadas por otra en razón a que ley no es aplicable hacia el pasado; que se desconoció el principio de preclusividad de la ley penal, pues en su momento se debió iniciar el incidente de reparación, lo que no se hizo.

Luego citó la varias sentencias de tutela y de constitucionalidad de la Corte Constitucional que atañen a la motivación de los fallos, para sostener que “La juzgadora de segunda instancia tomo la parte fáctica y las pretensiones de la demanda sin tener un pleno convencimiento de su decisión, las pruebas a pesar que están ahí, no se valoraron de manera

efectiva bajo los presupuestos de la lógica y la experiencia, sus apreciaciones son confusas y sus razonamientos ambiguos que rompen con el derecho fundamental del debido proceso y derecho de defensa(...)"

Adicionó, que el demandado fue condenado por la justicia penal por fraude a resolución judicial, de acuerdo a la orden impartida por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bucaramanga, que le ordenó a la empresa Edospina poner a disposición los dineros mediante depósitos judiciales al juzgado de conocimiento, sin embargo como existían otros deudores mi representado actuando de buena fe, paga dichas obligaciones, sin acatar las órdenes impartidas por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bucaramanga; hecho que violó la ley penal y por la que fue judicializado y condenado.

Finalmente, solicitó revocar la sentencia insistiendo en que el término para ejercer el cobro feneció.

IV. CONSIDERACIONES

1. No hay duda de la configuración en este asunto de los denominados presupuestos procesales, los cuales son necesarios para que válidamente se pueda tener trabada la relación jurídico-procesal. En efecto, al Juez civil le asiste competencia para conocer del proceso y a esta Sala para desatar el recurso de apelación; la sociedad y persona enfrentadas ostentan la capacidad para ser parte, dada su condición de personas jurídica y natural en pleno ejercicio de sus derechos; la demanda reúne los requisitos formales previstos por el legislador; y, además, no se observa vicio con identidad anulatoria, lo que permite proferir la decisión que en esta instancia se reclama.

Para tal propósito se tendrá en cuenta que los apoderados de las partes formularon el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, circunstancia que torna aplicable el artículo 328 del Código General del Proceso en cuanto prevé que "*...cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones*".

2. Para resolver conviene tener en cuenta que la Corte Constitucional en la sentencia C-1008 del 9 de diciembre de 2010, en la que declaró la exequibilidad del inciso primero del artículo 1616 del Código Civil, dijo que: *“La responsabilidad civil contractual² ha sido definida por la doctrina especializada como aquella que resulta de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido³. De este modo, el concepto de responsabilidad civil contractual se ubica en el contexto de un derecho de crédito de orden privado, que solo obra en un campo exclusivo y limitado, vale decir, entre las partes del contrato y únicamente respecto de los perjuicios nacidos de ese negocio jurídico.⁴ En tanto que la responsabilidad civil extracontractual, también denominada delictual o aquiliana, es aquella que no tiene origen en un incumplimiento obligacional, sino en un “hecho jurídico”, ya se trate de un delito o de un ilícito de carácter civil”*.

E igualmente, que *“La legislación colombiana, regula en títulos distintos del mismo Libro del Código Civil, las consecuencias del incumplimiento en materia contractual y las de los hechos jurídicos. En el título XII se ocupa “del efecto de las obligaciones” - artículos 1602 a 1617; y en el XXXIV – artículos 2341 a 2360- de “la responsabilidad civil por los delitos y las culpas”, estableciendo respecto de cada tipología las reglas que gobiernan la indemnización de los perjuicios irrogados”*.

En este asunto, como lo indicó la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 8 de agosto de 2002 *“la fuente de su responsabilidad no es el incumplimiento de una obligación contractual sino el incumplimiento de una orden judicial de embargo, perfeccionado según ya se dilucidó en la sentencia de casación. Se trata por consiguiente de un hecho ilícito que genera un daño, materializado en el importe mismo de los certificados, y que si bien surge “con ocasión” de un vínculo jurídico previo (el contrato de depósito a término y la expedición de un título valor) no se configura por el incumplimiento de la obligación del banco de devolver el depósito, sino por un hecho ajeno a ese vínculo: el incumplimiento, sin causa legal que lo justifique, de una orden judicial. De donde resulta dable afirmar que la responsabilidad aquí establecida es de naturaleza extracontractual”⁵*; y al ser esta modalidad de responsabilidad la reclamada, no existe mérito

² Valencia Zea considera impropia la nominación “responsabilidad contractual”, señalando que “se le debería llamar responsabilidad por violación de los derechos de crédito, por cuanto pueden violarse no sólo las obligaciones nacidas de contrato, sino también las nacidas de cualquier otra fuente. (Derecho civil tomo III, de las obligaciones, Ed. Temis 1998, pág. 325.

³ Jean-Luc Aubert, *Introducción al derecho*, Paris, Presses Universidad de Francia; 1979; pp. 117.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Exp. 6694, M.P. Jorge Santos Ballesteros

para discutir o ahondar sobre ese puntual aspecto. (Subrayado intencional)

Además, en la sentencia CSJ SC del 16 de septiembre de 2011, rad. No. 2005-00058-01, sobre los requisitos de la acción extracontractual por delitos o culpas, la citada Corporación expuso:

“A voces del artículo 2341 del Código Civil, [el] que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley le imponga por la culpa o el delito cometido’. En relación con el mencionado precepto, cardinal en el régimen del derecho privado por cuanto constituye la base fundamental de la responsabilidad civil extracontractual, debe recordarse que cuando un sujeto de derecho, a través de sus acciones u omisiones, causa injustamente un daño a otro, y existe, además, un factor o criterio de atribución, subjetivo por regla general y excepcionalmente objetivo, que permita trasladar dicho resultado dañoso a quien lo ha generado -o a aquél que por éste deba responder-, surge a su cargo un deber de prestación y un derecho de crédito en favor de la víctima, que tiene por objeto la reparación del daño inferido, para que quien ha sufrido el señalado detrimento quede en una situación similar a la que tendría si el hecho ilícito no se hubiera presentado, es decir, para que se le repare integralmente el perjuicio padecido.

De conformidad con lo anteriormente reseñado, es menester tener presente que para que se pueda despachar favorablemente una pretensión de la mencionada naturaleza, en línea de principio, deben encontrarse acreditados en el proceso los siguientes elementos: una conducta humana, positiva o negativa, por regla general antijurídica; un daño o perjuicio, esto es, un detrimento, menoscabo o deterioro, que afecte bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con los bienes de su personalidad, o con su esfera espiritual o afectiva; una relación de causalidad entre el daño sufrido por la víctima y la conducta de aquel a quien se imputa su producción o generación; y, finalmente, un factor o criterio de atribución de la responsabilidad, por regla general de carácter subjetivo (dolo o culpa) y excepcionalmente de naturaleza objetiva (v.gr. riesgo)”⁶.

3. De acuerdo con los anteriores planteamientos de orden jurisprudencial, para que se estructure la responsabilidad civil extracontractual por delitos o culpas, se requiere la concurrencia de los siguientes elementos: **i)** una conducta humana, positiva o negativa, por regla general antijurídica; **ii)** un daño o perjuicio, esto es, un detrimento, menoscabo o deterioro, que afecte bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con los bienes de su personalidad, o con su esfera espiritual o afectiva; **iii)** una relación de causalidad entre el daño sufrido por la víctima y la conducta de aquel a quien se imputa su producción o generación; y, **iv)** un factor o criterio de atribución de la

⁶ Citada en la sentencia 0327-01-SC12063-2017 Radicación No. 11001-31-03-019-2005-00327-01 del catorce (14) de agosto de dos mil diecisiete (2017) M.P. LUIS ALONSO RICO PUERTA

responsabilidad, por regla general de carácter subjetivo (dolo o culpa) y excepcionalmente de naturaleza objetiva.

En el *sub judice* es posible evidenciar la confluencia de todos esos requisitos al constatar el contenido de las sentencias de primera y segunda instancia proferidas por el Juzgado 30 Penal del Circuito de Conocimiento y la Sala Penal del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, en las que se juzgó la conducta punible de fraude a resolución judicial en la que incurrió el señor Luis Javier Parra Bernal frente a la orden impartida por el Juzgado 9 Civil del Circuito de Bucaramanga al interior del proceso ejecutivo promovido por Central de Herramientas E.U. contra Ingeniería y Construcciones JARS y Julio Antonio Rubiano Saldaña (No. 2009-00118), al abstenerse de poner a disposición de ese despacho judicial los dineros embargados a los ejecutados dentro de esa causa.

Al respecto, se destaca que la Sala Penal de esta Corporación en la sentencia del 22 de julio de 2011, al desatar la alzada interpuesta contra el fallo del 27 de octubre de 2010 dictado por el Juzgado 30 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, refirió que: “...*contrario a lo sostenido por la defensa, está presente el engaño mediante el cual se impidió que la decisión judicial proferida por el Juzgado 9 Civil del Circuito de Bucaramanga alcanzara sus efectos, consistentes, en lo específico, en someter a medidas cautelares la totalidad de las acreencias de Ingeniería y Construcciones JARS, para cubrir con los dineros embargados la cantidad debida a su vez por esta última a la empresa Central de Herramientas E.U.*”.

Y que arribó a esa conclusión “*al constatar que a pesar de que la cantidad debida a Ingeniería y Construcciones JARS superaba los 145 millones de pesos, en escrito de mayo 8 de 2009 el procesado solo reportó al Juzgado la cantidad de \$1.096.748 que adujo había sido facturada, esto es, mintió sobre el monto del crédito a esa data; comunicación seguida de otro proceder mediante el cual se consolidó el engaño y sustrajo la providencia judicial de la posibilidad de alcanzar el efecto referido en precedencia, pues a partir de esa misma data, esto es, simultáneamente y hasta el 11 de mayo siguiente PARRA BERNAL autorizó la consignación de los cheques librados a los proveedores de la sociedad ejecutada por la (sic) \$148.393.113, o en otros términos, el pago de la deuda con apego a las instrucciones recibidas del acreedor*” (Cfr. fl. 65 C. 1).

A partir de tales decisiones y del contenido de la constancia vista a folio 201 *ibídem* expedida por la Secretaria del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Bogotá, conforme a la cual “*La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante providencia del 28 de Agosto de 2013 inadmitió la demanda de casación quedando en esa fecha, ejecutoriada la sentencia emitida contra el señor LUIS JAVIER PARRA BERNAL*”, es posible evidenciar que se trata de sentencia penal dictada en contra del aquí demandado que cobró ejecutoria.

Entonces, con fundamento en los considerandos y parte resolutive de las citadas decisiones, es posible tener por cierto que el señor Parra Bernal desplegó una conducta contraria a derecho (i) que causó daño o perjuicio a la sociedad convocante que afectó sus bienes o intereses lícitos vinculados con su patrimonio (ii); que existe una relación de causalidad entre ese daño y la conducta desplegada por el convocado (iii), y que esa conducta tiene un factor o criterio de atribución de responsabilidad de orden subjetivo a título de dolo o culpa (iv).

Arriba la Sala a la anterior conclusión, además, con asidero en las pruebas documentales adjuntadas con la demanda, las que dan cuenta de que:

a) El 29 de abril de 2009, el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bucaramanga libró el Oficio No. 1331 con destino al Gerente y/o Pagador de la empresa “Eudospina” comunicándole que mediante auto de esa misma data se decretó el embargo y secuestro de las cuentas de cobro, contrato de prestación de servicios o cualquier otro emolumento que se encontrara a favor de la empresa demandada Ingeniería y Construcciones JARS con Nit. 91.421.311-3 de propiedad del señor Julio Antonio Rubiano Saldaña.

En dicho documento se indicó expresamente al destinatario que debía efectuar los descuentos y dejarlos a disposición de ese juzgado en la cuenta de depósitos judiciales del Banco Agrario “*so pena de responder por dichos dineros e incurrir en multa de dos a cinco salarios mínimos legales vigentes*”; y, además, aparece recibido por Henry Mantilla de la empresa Edospina S.A. el 04 de mayo de 2009 (Cfr. fl. 13 C. 1).

b) El 5 de mayo de 2009, la apoderada de Central de Herramientas E.U. le solicitó a la empresa Edospina, por vía del derecho de petición, que diera cumplimiento a la orden judicial emanada del Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bucaramanga en el Oficio No. 1330, con la advertencia de que el incumplimiento y desacato a esa orden judicial podía tener consecuencias en contra.

c) El 8 de mayo de 2009, el Gerente de Edospina S.A., señor Luis Javier Parra Bernal, acusó el recibo del oficio No. 1330 el 7 de mayo de ese año vía fax.

En dicha respuesta, informó que tenía una relación comercial con la sociedad Ingeniería y Construcciones JARS dentro de la cual se encontraba pendiente de pago la suma de \$1.096.748 que no había sido facturada; que el 2 de mayo de 2009 celebró un acuerdo con esa sociedad “*en virtud del cual se cedieron pagos a los proveedores de JARS por valor de CIENTO CUARENTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS (\$144.990.652)*”; y que quedaban atentos a las instrucciones del despacho en relación con el asunto (Cfr. fls. 16 a 18 ib.).

d) El 4 de junio de 2009, el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bucaramanga libró el Oficio No. 1823, en el que comunicó al pagador de Edospina que en auto de esa misma fecha se había ordenado requerirlo para que diera cumplimiento al Oficio No. 1330 (Cfr. fl. 19 ib.).

e) El 26 de agosto de 2009, la apoderada de Central de Herramientas E.U., elevó por segunda vez derecho de petición a Edospina con miras a que atendiera el requerimiento No. 1823 y certificar bajo qué título, en qué fecha y por qué valor, se dio cumplimiento a lo ordenado por el mencionado juzgado (Cfr. fls. 22 y 23 ib.).

f) El 3 de septiembre de 2009, la citada apoderada elevó nuevo derecho de petición con base en la consignación de \$144.990.452 con la que le endilgó el incumplimiento a la orden judicial tras firmar un acuerdo con el señor Julio Antonio Rubiano Saldaña “*el cual para la fecha de 7 de mayo de 2009, no había sido desembolsado*”; que ese acuerdo quedaba sin piso legal; y que debía, Edospina, consignar esa suma a órdenes del juzgado (Cfr. fl. 27 ib.).

g) El 11 de septiembre de 2009, la aludida apoderada elevó otro derecho de petición, insistiendo en que se diera cumplimiento a la orden judicial del 4 de mayo de 2009, por cuanto las cesiones o acuerdos no habían sido avalados por el Juez (Cfr. fls. 28 y 29 ib.).

La auscultación del contenido y cronología de los anteriores documentos denota que el demandado, en su condición de Gerente de Edospina S.A., pese a que acusó el recibo del Oficio No. 1330 el 7 de mayo de 2009, desatendió la orden allí impartida, con fundamento en que el 2 de mayo de ese año suscribió un acuerdo con la sociedad Ingeniería y Construcciones JARS “*en virtud del cual se cedieron pagos a los proveedores de JARS*” por valor de \$144´990.452; además, porque a esa fecha, 7 de mayo de 2009, no se habían desembolsado tales dineros a los acreedores de la sociedad Ingeniería y Construcciones JARS, lo que imponía acatar la orden de embargo emanada del citado despacho judicial.

4. En esas condiciones, recuerda la Sala que de conformidad con lo que establecía el artículo 681 del Código de Procedimiento Civil, vigente para esa época en que se desacató esa orden, el embargo de “*un crédito u otro derecho semejante, se perfeccionará con la notificación al deudor mediante entrega del correspondiente oficio, en el que se le prevendrá que debe hacer el pago a órdenes del juzgado en la cuenta de depósitos judiciales. Si el deudor se negare a firmar el recibo del oficio, lo hará por él cualquiera persona que presencie el hecho.*”

Y agregaba que “*Al recibir el deudor la notificación, o dentro de los tres días siguientes, deberá informar bajo juramento que se considerará prestado con su firma, acerca de la existencia del crédito, de cuándo se hace exigible, de su valor, de cualquier embargo que con anterioridad se le hubiere comunicado y si se le notificó antes alguna cesión o si la aceptó, con indicación del nombre del cesionario y la fecha de aquélla, **so pena de responder por el correspondiente pago y de incurrir en multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales, de todo lo cual se le prevendrá en el oficio de embargo.***” (resalta la Sala)

Por lo tanto, la responsabilidad del demandado deviene de ese precepto legal incumplido, al punto que le generó de manera adicional el proceso penal por fraude a resolución judicial, de ahí que deba responder por ese pago, pero no por el monto en que *se cedieron pagos a los*

proveedores de JARS, \$144'990.452.00, como lo consideró la falladora de instancia, en razón a que esa no fue la pretensión, sino sólo por la suma correspondiente al pago, como lo dice la norma, y como así se pidió, esto es \$ 143.893.000.00, a efectos de no generar incongruencia en la sentencia, concediendo más de lo que se reclamó.

4.1. Ahora, como la norma lo que prevé es que el acá demandado debe responder por el pago, se entiende que es sobre la acreencia del proceso ejecutivo que adelantó Central del Herramientas E.U. en contra de la sociedad Ingeniería y Construcciones JARS en el juzgado Noveno Civil del Circuito de Bucaramanga; por lo tanto, a ese pago solo se avendrá el señor Parra Bernal, si a la fecha de ejecutoria de esta sentencia en tal proceso aún pervive esa deuda y hasta ese límite, \$ 143.893.000.00 o uno inferior, es decir, lo que se pague en virtud de este proceso, debe surtir efectos en el proceso ejecutivo, para no promover un enriquecimiento sin causa a favor de la acá demandante.

4.2. Asimismo, al incumplir el precepto indicado, artículo 681- 4 del C.P.C., el señor Javier Parra Bernal, se hizo también acreedor a la multa, la que tasa la Sala en tres (3) salarios mínimos legales mensuales, a favor del Consejo Superior de la Judicatura; por lo tanto, al quedar ejecutoriada esta sentencia deberá comunicarse a dicha Entidad, acompañando las piezas procesales correspondientes a efectos de que la pueda hacer efectiva.

5. Adicional a lo anterior la sociedad demandante también pidió que se condene al demandado a pagar a título de daño emergente la suma de \$4'365.767 por concepto de gastos de transporte aéreo y terrestre, alimentación y manutención, \$20'000.000 por honorarios profesionales y a título de lucro cesante los intereses de \$143'893.000 que corresponden a los dineros no consignados, desde el 4 de mayo de 2009 hasta el pago total, así como las pérdidas de la empresa en cuantía total que asciende a \$124'016.127, e igualmente la actualización de esas indemnizaciones, perjuicios que su fuente la constituye el artículo 2341 del Código Civil y siguientes.

La defensa del demandado estuvo centrada en hacer valer la prejudicialidad de la acción penal y la integración del litisconsorcio necesario con la sociedad Edospina S.A., la primera, inexistente con fundamento en la certificación expedida por el Centro de Servicios

Judiciales del sistema Penal Acusatorio de Bogotá vista a folio 201 (C. 1), en la que dejó constancia de la ejecutoria de la sentencia penal dictada en contra del señor Parra Bernal; la segunda, fracasada, porque si bien es cierto que en auto del 18 de noviembre de 2013 se admitió el llamamiento en garantía que hiciera el señor Parra Bernal (Cfr. fl. 15 C. 2), no lo es menos que en desarrollo de la audiencia de que trata el artículo 101 del C.P.C., el despacho de primer grado destacó que el demandado contestó la demanda en tiempo y llamó en garantía a la empresa EDOSPINA S.A. *“sin embargo, dentro del término de suspensión del proceso decretado mediante auto del 18 de noviembre de 2013 no realizó los actos tendientes a notificar a la llamada, por lo que fenecido el plazo de que trata el artículo 56 del C.P.C. se ordenó la reanudación del proceso y en consecuencia no se tendrá por vinculada al fallo a la entidad a efectos de resolver sobre la pretensión formulada en el escrito de llamamiento, sin perjuicio de la facultad que le confieren las normas procesales sobre intervención de terceros, advirtiendo sobre lo normado en el artículo 62 del C.P.C.”* (Cfr. fls. 155-156 C. 1).

Y en la sentencia, se acogieron parcialmente las pretensiones de la demanda que la juzgadora consideró que tienen que ver con el daño emergente, a saber, los montos de \$1´096.748 y \$144´990.652, el primero como aquel dinero que el demandado adujo que *“no era exigible aún”* pero que podía retener para el proceso ejecutivo No. 2009-00118 seguido ante el Juzgado Noveno del Circuito de Bucaramanga; el segundo, al ser el que debió poner a disposición de ese proceso, en términos del despacho, tras considerar claro *“que una cosa era la medida cautelar y otra lo señalado en el acuerdo de pago entre INGENIERÍA Y CONSTRUCCIONES JARS Y EDOSPINA S.A.”*.

Es decir, se constata que el extremo actor únicamente solicitó a título de daño emergente por dineros no consignados la suma de \$143´893.000 (Cfr. fls. 107 y 115 C. 1), no la primera de las reseñadas cuantías (\$1´096.748), por ende, se impone modificar la sentencia que se revisa en cuanto a su negativa respecta; además, frente al primer monto, se concedió más de lo solicitado por la parte demandante, lo que traduce que la decisión, en ese aspecto, no se ajusta a lo establecido en el canon 281 del Código General del Proceso en tanto prevé que *“No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta”*.

Frente a ese primer valor e incluso los demás pretendidos en la demanda, el extremo actor insiste en sede de alzada en el juramento estimatorio hoy regulado por el artículo 206 del Código General del Proceso, según el cual *“quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación. (...)”*.

Tal estimación no constituye entonces un simple formalismo, sino que se erige en un verdadero medio de prueba, en tanto que, de no ser objetado por el demandado y cumplir con los requisitos que exige la norma, esto es, que su tasación se realice bajo criterios que atiendan los principios de buena fe, lealtad procesal y razonabilidad y cada uno de sus conceptos se hallen claramente discriminados; constituirá prueba del *quantum* del perjuicio, sin que pueda el Juez, salvo que se encuentre ante eventos de colusión, fraude o análogos, entrar a indagar por elementos de prueba adicionales.

Así lo ha reconocido la Doctrina Nacional al decir que el juramento *“...es un medio de prueba que contribuye a la celeridad probatoria respecto a la acreditación de las sumas reclamadas a título de perjuicios, compensaciones, mejoras y frutos, toda vez que si no hay objeción al juramento y el juez no sospecha fraude o colusión, ni advierte exagerada la cuantía reclamada, no habrá que incursionar en más actividad probatoria, pues basta el juramento estimatorio. En igual forma este medio probatorio tiene plena identidad con principios como los de lealtad procesal y buena fe, en cuanto a que la cuantía solicitada debe ser sensata y coherente con los conceptos invocados...”*⁷.

No obstante, su mera invocación no basta para conceder la totalidad de las aspiraciones adicionales formuladas, menos, tratándose de perjuicios, si en cuenta se tiene que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que: *“...como ya lo tiene averiguado la doctrina del derecho para que un*

⁷ Forero Silva, Jorge. *El proceso Civil a Partir del Código General del Proceso, Sistema Probatorio. Universidad de los Andes, 2014, página 242.*

perjuicio sea objeto de reparación económica tiene que ser directo y cierto: lo primero, porque sólo corresponde indemnizar el daño que se presenta como consecuencia inmediata de la culpa; y lo segundo, porque si no aparece como real y efectivamente causado, sino apenas como posibilidad de producirse, no entra en el concepto jurídico de daño indemnizable”⁸.

Para el caso, nótese que la sociedad convocante pidió los intereses que hubiesen generado la suma no depositada desde el 4 de mayo de 2009 hasta el pago total, a título de lucro cesante, así como las pérdidas de la empresa en cuantía total que asciende a \$124´016.127, aspiraciones que no son viables. La primera, por que los intereses hacen parte de la obligación que se adelanta en el proceso ejecutivo y debieron incluirse en el concepto de lo que allí se adeuda, según lo previsto por el artículo 681 del C.P.C. comentado; y la segunda, por que la demandante se abstuvo de acreditar en qué medida el convocado le causó perjuicios por ese valor, propósito para el que no es suficiente con haber indicado la aludida consecuencia legal, ni aportado la liquidación de deuda de la DIAN con corte al 28 de febrero de 2013 (Cfr. fl. 69 C. 1) si en cuenta se tiene que en ella figuran períodos diferentes a la época en que se registraron los hechos (2009), visto que la única prueba que se allegó con tal finalidad es la carta que le remitió a la demandante la señora Adriana Vergara Gualteros como encargada del Departamento Jurídico de COMJURÍDICAS NET ABOGADOS LTDA donde se alude a unas obligaciones pendientes con SOLMAQ S.A. por la suma de \$36´391.127 (Cfr. fl 70 C. 1), pero no existe prueba de que la demandante pagó dicha cuantía u otra, como tampoco que derivara de la acción u omisión del aquí convocado.

6. En lo que resta de las pretensiones por daño emergente, se comparte la posición de la sentenciadora de primer grado en cuanto a que algunos de los gastos están fundados en documentos ilegibles que no guardan relación o correspondencia con el proceso que tuvo que adelantar la demandante ante la justicia penal en que se profirió condena en contra del aquí demandado, cual acontece con los documentos vistos a folios 77 a 84 (C. 1) que atañen al parecer a recibos de itinerario de pasajes aéreos; y los visibles a folios 86, 87, 88, 89, 90 y 92 cuyo contenido no es posible verificar.

⁸ C. S. de J., sentencia septiembre 25/1976, G.J., t. CLII, pág. 320.

Sin embargo, se negó la concesión de las pretensiones en tal dirección que están soportadas en otros documentos que sí son legibles y fueron aportados como prueba de los gastos en que incurrió la demandante, sin que hubieren sido tachados o redargüidos de falsos por el demandado; por ende, la decisión merece ser modificada en orden a acoger únicamente el valor de los gastos a que hacen referencia los siguientes documentos:

Folio	Fecha	Concepto factura o recibo	Valor
71	27-07-2010	Factura No. 65303 transporte terrestre	\$236.000
72	09-07-2010	Factura No. 64953 transporte terrestre	\$276.900
73	12-10-2010	Factura No. 66744 transporte terrestre	\$359.000
74	06-05-2010	Factura No. 63662 transporte terrestre	\$271.980
75	12-08-2010	Factura No. 65622 transporte terrestre	\$169.800
76	10-08-2010	Factura No. 65570 transporte terrestre	\$134.000
85	12-11-2009	Transporte terrestre	\$26.000
86	03-09-2009	GNVC	\$23.014
86	03-09-2009	GNVC	\$17.663
87	18-10-10	Transporte terrestre	\$50.000
87	19-10-10	Transporte terrestre	\$40.000
87	19-10-10	Transporte terrestre	\$7.100
89	26-09-2010	Transporte terrestre	\$40.000
89	27-09-10	Transporte terrestre	\$40.000
90	13-07-10	Transporte terrestre	\$45.000
90	14-07-10	Transporte terrestre	\$40.000
91	09-08-10	Combustible	\$50.000
92	02-09-09	3 peajes	\$17.400
92	03-09-09	2 peajes	\$11.600
92	04-09-09	1 peaje	\$5.800
93	20-05-2009	Certificación recibo abono honorarios	\$10.000.000

Total	\$11'861.257
--------------	---------------------

A la anterior suma se limitará entonces el reconocimiento de los perjuicios pedidos por la sociedad demandante, en atención a que los documentos con los que se pretendió acreditar los restantes a título de daño emergente no son legibles, como acontece por ejemplo con algunos de los comprobantes vistos a folio 86, 89, 90 y 92; otros hacen alusión a compra de comida o alimentación (Cfr. fls. 86, 87, 88, 90); y los demás, vistos a folios 89, 90, 91, 94 y 95, corresponden a unos recibos de caja menor en los que aparece relacionada una “*manutención*” que no debe asumir o soportar el convocado e igualmente el concepto “*transporte terrestre*” que ya se tuvo en cuenta en los comprobantes reseñados.

Además, no obra medio de convicción de la erogación o pago de otro monto por concepto de honorarios distinto de la certificación vista a folio 93; y se comparte la postura de la Juez *a quo* en torno a que la liquidación vista a folio 69 es una comunicación de la DIAN dirigida al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Descongestión de Bucaramanga que instrumenta una deuda por \$296'640.000 a cargo de la demandante, pero no que los \$40'625.000 pedidos en la demanda a título de lucro cesante tengan que ver con la actuación del demandado como pagador por la que resultó siendo condenado penalmente.

Y que no se diga que los testimonios acreditan tales perjuicios, atendido que la señora Claudia Inés Niño Velandia pese a corroborar que el impago del señor Julio Rubiano llevó a Central de Herramientas E.U. a quedar mal con la Dian y a ser destinataria de embargo de bienes, refirió que ello les causó problemas con la Dian que los embargó en más de \$450'000.000 entre multas e intereses “*y todo lo que corresponde al no pago*”, así como cierre de créditos de distribuciones al ser Edospina parte clave para su funcionamiento (Cfr. fls. 172 a 174 C. 1).

Por su parte, el señor Francisco Javier Díaz, extrabajador de Central de Herramientas E.U. y quien a más de dar algunos detalles sobre la negociación que celebró con el señor Pedro Julio Rubiano, indicó que de ella no se recibió el pago, lo cual conllevó a la quiebra de la empresa y a su consecuente desvinculación laboral.

Y porque el testigo Héctor Ángel Andrade, quien adujo conocer y ser proveedor de Central de Herramientas desde hace aproximadamente 9 años, aun cuando ratificó el conocimiento que tuvo del negocio que en el año 2009 celebró con el señor Rubiano, así como de la pérdida del cupo de crédito debido a las continuas tardanzas, confirmadas en el mercado ferretero; que pese a ello siguieron haciendo negocios con esa empresa unipersonal, con el pago anticipado, aun cuando esto afecta su flujo de dinero.

Sin embargo, ninguna de esas declaraciones permite avalar los perjuicios pretendidos, en tanto no dan cuenta de ellos; a lo sumo los declarantes indicaron que tuvieron conocimiento de la difícil situación en que entró la demandante por cuenta de las obligaciones pendientes con la Dian, pero lo cierto es que no está acreditada la causación de los perjuicios en la forma y cuantía ambicionadas. Además, no sobra decir que tampoco existe prueba de los demás montos reclamados por lucro cesante, pese a que se ordenó librar los oficios solicitados por la parte actora (Cfr. fls. 158, 161 a 163 y 187 a 189 C. 1), los que fueron librados por segunda vez a petición de la parte demandante e interesada, infructuosamente, en atención a que no fueron diligenciados.

En esas condiciones no es posible acoger el juramento estimatorio como prueba del perjuicio, como lo pretende la demandante, si se tiene en cuenta que éste solamente lo es de su **monto**, pues como lo afirma la jurisprudencia *“(..).aunque en la demanda se hizo el juramento estimatorio, tal acto no relevaba a los actores de acreditar la existencia del perjuicio. La prueba del incumplimiento y del menoscabo derivado del mismo era necesaria para la estimación de las pretensiones ...”*⁹.

7. Para finalizar con los reparos que a la sentencia le hace la parte demandante, concretamente en lo que corresponde a la tasación de las agencias en derecho, basta recordarle que conforme al numeral 5° del artículo 366 de C.G.P., ellas sólo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas.

⁹ CSJ. Sent. Cas. Civ. 23 de marzo de 2018 (SC876-2018) expediente 017-2012-00624-01

8. Ahora, en cuanto a las inconformidades del demandando en el sentido de que a la sociedad demandante le feneció la oportunidad de reclamar los perjuicios ante la especialidad civil, por no promover incidente de reparación en la actuación penal, basta traer a colación el pronunciamiento de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre ese tema (CSJ SP, 10 nov. 1993, rad. 8087), donde dejó establecido que “ (...)Es tan clara la naturaleza civil, que no penal, de los perjuicios ocasionados con el delito, que su resarcimiento puede pretenderse alternativamente por la vía civil o mediante el ejercicio paralelo de la acción civil dentro del proceso penal; ejercicio que es facultativo para la persona perjudicada patrimonialmente con la delincuencia, porque de su voluntad dependerá instaurarla o no (...)”, pronunciamiento reiterado por la misma Sala, por ejemplo en SP8463-2017 Radicación No. 47446, del 14 de julio de 2017.

Por lo tanto, el hecho de que en la actuación penal que por el delito de fraude a resolución judicial que se le adelantó al demandado la sociedad acá demandante no hubiese promovido el incidente de reparación integral no constituye un obstáculo para la instauración de esta demanda, escenario adecuado para ello, conforme a la jurisprudencia en cita.

9. En ese orden de ideas, con fundamento en la facultad prevista en el canon 328 del Código General del Proceso, ante la inviabilidad de las pretensiones de la demanda en los términos admitidos por la juzgadora de primera instancia, se impone modificar la sentencia para acceder las pretensiones, en la forma anotada, con la consecuente condena en costas a cargo del demandado, pues como quedó establecido su conducta generó un daño a la demandante que debe resarcirlo, sin que sea suficiente su alegato para excusarse de ello, además de lo ya anotado, el que es contrario a derecho que se le condene a pagar unas obligaciones o sumas irracionales, en razón a que quedó en evidencia que los daños que acá se le están reconociendo a la actora si se generaron y están probados.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal SEGUNDO de la sentencia que dictó el Juzgado Cuarenta y Siete Civil del Circuito de Bogotá el 19 de noviembre de 2019 en este asunto, en el sentido de acoger la pretensión de condena por perjuicios, así:

i) la suma de \$ 143.893.000.00 que el demandado, Luis Javier Parra Bernal, deberá pagar al proceso ejecutivo Central de Herramientas E.U. en contra de la sociedad Ingeniería y Construcciones JARS en el juzgado Noveno Civil del Circuito de Bucaramanga, en los términos en que se dispuso en el numeral 4.1. de las consideraciones de esta sentencia.

ii) el monto de \$11'861.257, que deberá sufragar el citado demandado, a favor de la sociedad demandante, en virtud del daño emergente ocasionado, conforme se establecido en el ítem 6 de las argumentaciones de este fallo.

Los anteriores sumas deberán ser canceladas dentro del término de diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta decisión. A partir de esa fecha, se causarán intereses legales a la tasa del 6% anual.

SEGUNDO: ADICIONAR la mencionada sentencia en el sentido de imponer multa de tres (3) salarios mínimos legales mensuales, al demandado LUIS JAVIER PARRA BERNAL, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.142.860 de Bogotá, y a favor del Consejo Superior de la Judicatura, conforme lo disponía el artículo 681 numeral 4° del Código de Procedimiento Civil, vigente para el momento de los hechos. Oficiese a dicha Entidad y acompañese las copias procesales correspondientes.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de fecha y procedencia prenotadas.

CUARTO: Se CONDENA en costas de esta instancia al demandado, para efectos de sus liquidación, la Magistrada Sustanciadora señala la suma de \$ 2.000.000,00. Líquidense en la forma establecida por el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE,

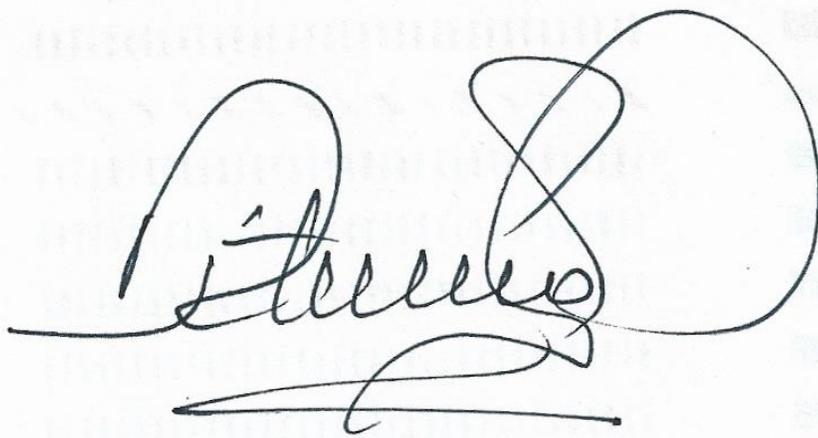
Los Magistrados,



MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada



JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO



RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

República de Colombia
Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL

Bogotá, D.C., diez (10) de septiembre de dos mil veinte (2020).

MAGISTRADO PONENTE: JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
RADICACION : 110013103020201501194 01
PROCESO : EJECUTIVO
DEMANDANTES : BANCO DAVIVIENDA
DEMANDADO : HERMANN ENRIQUE MOLINA PULGARÍN
ASUNTO : APELACIÓN DE AUTO

Corresponde resolver la alzada propuesta por la parte demandante frente al auto dictado el 23 de mayo de 2019, por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ejecución Sentencias de Bogotá, mediante el cual rechazó la demanda.

ANTECEDENTES

1. El Banco Davivienda S.A. acumuló demanda con el fin de *“hacer valer sus derechos y según la prelación por la garantía ejecutada, acorde al 462 del CGP, debido a que [fue] notificado como acreedor en el proceso 2015-01194”*; en consecuencia, petitionó librar mandamiento de pago contra Hermann Enrique Molina Pulgarin, en cuantía de 485117,9216 UVR, más el capital de las cuotas vencidas y no pagadas, junto con los intereses de mora, obligaciones contenidas en el pagaré báculo de la ejecución. Asimismo, solicitó el embargo y secuestro del bien inmueble objeto de garantía hipotecaria, de conformidad con el artículo 468 del Código General del Proceso.

2. El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ejecución Sentencias, en proveído del 30 de abril de la anualidad pasada, inadmitió el libelo genitor para que se aclarara y precisara *“la acción que se pretende acumular, tomando en consideración que, si bien al acreedor*

hipotecario y/o prendario le asiste el derecho de hacer valer su crédito en la forma y términos señalados en el Art. 462, ibídem, lo cierto es, que aquella inexorablemente debe acompañarse con la demanda inicial, en cuanto al procedimiento se refiere”.

3. En la debida oportunidad, el extremo activante presentó escrito subsanatorio, puntualizando que *“la acción que se pretende acumular”* se ajusta al artículo 462 del C.G.P., allegando nuevamente la respectiva demanda.

4. En interlocutorio del 23 de mayo de 2019, el *a quo* rechazó el pliego iniciático, al estimar que *“no subsanó en debida forma el libelo ejecutivo acumulado de la referencia, en los precisos términos ordenados en la providencia adiada el 30 de abril del año 2019”.*

5. Inconforme con tal determinación, el apoderado del demandante interpuso recurso de reposición y, en subsidio, apelación, sustentado en que se *“está cercenando los derechos de [su] mandante de hacer efectiva la obligación de una garantía real y a su vez la negación del acceso a la justicia, ya que es el tiempo oportuno donde aún [pueden] hacer valer la obligación pretendida.*

Si bien es cierto el despacho mediante auto de calificación inadmitió el 2.05.2019 la demanda, la misma fue subsanada en tiempo el día 8.05.2019 donde se aclaró que la naturaleza de la acción que se pretende incoar está de conformidad al 462 c.g.p. (...) donde de forma expresa [manifestó] que se trata de un proceso especial para la efectividad de la garantía real. Sin embargo, el despacho procede a rechazar la demanda por no subsanar en debida forma según lo requerido por el mismo en auto del 30.04.2019 donde invoca el art. 90 del c.g.p. como causal de la inadmisión.

Si bien es cierto el art. 90 c.g.p. inciso 1 reza “El juez admitirá la demanda que reúna los requisitos de ley, y le dará el trámite que legalmente le corresponda aunque el demandado haya indicado una vía procesal inadecuada”, si este fuera el caso que el suscrito no imprimió de forma adecuada el trámite que legalmente se le debía imprimir a esta acción, tenga en cuenta señor juez que la ley lo faculta para que dé el trámite legal correspondiente y para que pueda admitir la demanda, sin que los derechos sustanciales sean sacrificados”.

6. En proveído de 28 de noviembre de 2019, la juez de primer orden mantuvo incólume la decisión censurada, porque, *“[e]/ Banco Davivienda S.A. por vía de la acumulación, instauró demanda ejecutiva*

para la efectividad de la garantía real, en contra del mismo ejecutado original, solicitud ésta que repugna con el propósito mismo de la plurievocada figura, en tanto que, la demanda acumulada no se tramita por la misma cuerda procesal de la inicial. Nótese en tal sentido que, las dos acreencias en contra del ejecutado no encajan dentro del precepto normativo que debe aplicarse tanto a uno como a otra.

En efecto, el trámite de los procesos ejecutivos con soporte en un título carente de garantía real, sigue la regla general, prevista para las demandas ejecutivas donde se persigue el pago de créditos quirografarios, circunstancia que habilita que el demandante puede pedir el embargo y secuestro de diversos bienes del demandado. Empero, en tratándose de procesos ejecutivos para la efectividad de la garantía real, en los que se persigue exclusivamente la misma cosa hipotecada ora dada en prenda, que respalda la obligación que se ejecuta, el trámite que debe seguir es el especial, inmerso en el Art. 468 del Código General del Proceso, lo que de suyo hace inviable la acumulación pretendida.

Al margen de lo esbozado, adviértase que, si bien el acreedor hipotecario y/o prendario le asiste el derecho de hacer valer su crédito en la forma y términos señalados en el Art. 462 ibídem, lo cierto es, que la acción que debe promover, inexorablemente debe acompasarse con la inicial, en cuanto al procedimiento se refiere”.

CONSIDERACIONES

1. El legislador, como mecanismo de control de la demanda, enlistó un catálogo de requisitos que toda petición de esa estirpe debe contener, para acceder a la Administración de Justicia, no por razones meramente formales, sino para superar, desde un principio, cualquier error que pueda afectar el libelo, toda vez que se trata del “(...) acto de quien necesitado de tutela jurídica pide una sentencia a su favor”¹.

En ese orden, el artículo 82 del Código General del Proceso determina los requisitos que debe contener la demanda que se promueva, sin perjuicio de las exigencias especiales o adicionales para ejercer ciertas acciones, y aquellos que la mencionada codificación establezca para cada trámite en particular.

Bajo los apremios de la citada normativa y del artículo 90,

¹ Morales Molina, Hernando. *Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General*. Undécima Edición. Editorial ABC, 1991. Pág. 326.

ibídem, le corresponde al Juez de conocimiento evaluar el cabal cumplimiento de las condiciones establecidas para presentar una demanda, y, en caso de que no sean cumplidas, deberá precisar los defectos que carece el pliego introductorio para que, en palabras del Código, "(...) el demandante los subsane en el término de cinco (5) días, so pena de rechazo"².

2. Dentro de ese contexto legal, dígame de entrada que la determinación fustigada habrá de revocarse, por cuanto la talanquera advertida por la juzgadora evidencia un excesivo ritualismo que no puede mantenerse, comoquiera que "al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial"³.

En efecto, el *a quo* rechazó la demanda bajo el argumento de que la parte accionante no subsanó en debida forma el escrito inicial, pues, en su criterio, "la demanda acumulada no se tramita por la misma cuerda procesal de la inicial", olvidando que el Código General del Proceso "previó una única estructura procesal para que los acreedores con título de ejecución pudieran obtener el pago de las obligaciones"⁴, amén de que desconoció, en su integridad, el artículo 462, *ibídem*, que faculta a los acreedores con garantía real hacer valer su crédito ante el mismo juez que conoce el juicio primigenio.

Al caso en estudio resultan aplicables, *mutatis mutandi*, las siguientes argumentaciones expuestas por la Corte Suprema de Justicia en sentencia STC522-2019:

"(...) el Código General del Proceso eliminó la dualidad de procedimientos existentes para cuando se promovía ejecutivo con acción personal o real -más allá de que hubiera dispuesto unas reglas especiales para los eventos en que los acreedores hipotecario pretendan el pago, en principio, con el solo producto de la venta en pública subasta del bien gravado-, de manera que sea cual fuera la opción escogida no se merman los derechos sobre la hipoteca, por lo que el embargo que se decreta para la efectividad de dicha garantía real estará revestido de la prelación legal que le confieren las normas sustanciales y procesales, sin que en modo alguno pudieran ser ignorados por la promoción de una nueva ejecución adelantada por otro acreedor de similar categoría pero de segundo grado, quien -valga anotar- no

² Artículo 90 del Código General del Proceso.

³ Artículo 11, *ibidem*.

⁴ Álvarez Gómez, Marco Antonio. Ensayos sobre el Código General del Proceso, Bogotá, TEMIS S.A. 2014, vol. II, pág. 99

podía hacerse a la «adjudicación o realización especial de la garantía real» ante la prohibición expresa consagrada en el artículo 467 del C.G.P., que restringe esa posibilidad, cuando el bien se encuentre embargado o existan acreedores con garantía real de mejor derecho, ni adelantar el ejecutivo sin la convocatoria forzada de quien aparece en el certificado de tradición como acreedor hipotecario.

*Y es que revisadas las actuaciones se advierte que ambos juzgadores, han omitido, sin justificación alguna, cumplir con el imperativo contenido en los artículos 462 y 468 del Código General del Proceso de citar a los acreedores hipotecarios que aparecen inscritos en el certificado de tradición para que estos puedan hacer valer sus acreencias, ora en el juicio en que se les cita o aparte, lo que a más de poder afectar la validez de lo actuado, impide que en los términos del artículo 2452 del C.C. llegado el evento de subasta se puedan cancelar todos los gravámenes hipotecarios hasta ese momento vigentes, al exigir dicha disposición que para tal proceder «deberá hacerse la subasta con **citación personal**, en el término de emplazamiento de los acreedores que tengan constituidas hipotecas sobre la misma finca; los cuales serán cubiertos sobre el precio del remate, en el orden que corresponda» (Negrillas ajenas al texto).”*

3. Puestas las cosas de esa manera, y comoquiera que la carga impuesta al extremo demandante en el auto inadmisorio que condujo al rechazo injustificado de la demanda, resultaba desproporcionada, por cuanto actualmente el proceso ejecutivo regulado por el Código General del Proceso es uno solo, la decisión confutada será objeto de revocatoria, y, en su lugar, se dispondrá que el juzgado de primera instancia resuelva sobre la admisión de la demanda conforme a las ritualidades legales.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, en Sala de Decisión Civil, **RESUELVE:**

PRIMERO: REVOCAR el auto calendado el veintitrés (23) de mayo de dos mil diecinueve (2019), proferido dentro del presente asunto por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ejecución Sentencias de esta ciudad.

SEGUNDO: EN CONSECUENCIA, se ordena devolver el proceso al despacho de origen, para que, previa nueva revisión de las diligencias, proceda a admitir el escrito genitor, si a ello hubiera lugar.

TERCERO: SIN COSTAS por la prosperidad del recurso.

NOTIFÍQUESE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'JP Suárez Orozco', written in a cursive style.

JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá, D.C., diez (10) de septiembre de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: ORIEL ALBERTO SERNA GIRALDO.
DEMANDADO: JOSÉ A. Y GIRALDO E. ZULUAGA
LTDA.
CLASE DE PROCESO: ORDINARIO.

Resuelto el recurso de súplica propuesto en contra del auto que negó la nulidad, procede el Despacho a resolver el de reposición, y subsidiario de queja, formulado por el demandante en contra del auto proferido el 3 de julio de 2020 que rechazó el recurso de casación por extemporáneo.

CONSIDERACIONES.

1. El reparo propuesto la “violación al debido proceso por falta de motivación” de la providencia cuestionada no puede compartirse, toda vez que el análisis sobre “la suspensión de términos” ordenada en diferentes acuerdos del CSJ se hizo en auto diferente, pero de la misma fecha, a propósito de la solicitud de nulidad que invocó con idéntica argumentación con la que motivó su recurso de casación, entendiendo que el término para interponerlo corría “a partir de julio 1° de 2020, según el Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020”.

Entonces, lo relacionado con la nulidad, específicamente por la reanudación de términos, quedó precisado en esa otra providencia donde se explicó que lo fue desde el 24 de mayo de 2020, -aunque el siguiente hábil era el día 26 de ese mes-, para el trámite de apelación de sentencias, por lo que no existe anomalía en las actuaciones posteriores a la sentencia emitida el 8 de junio.

2. En la reclamación sobre la suspensión de términos “para interponer recurso extraordinario de casación”, se evidencia la intención del demandante de anteponer su interpretación de los diferentes

Acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura en los que se decretó y prorrogó la suspensión de términos en atención de la emergencia sanitaria que enfrenta el país, específicamente la que realiza respecto del artículo 7°, numeral 7.2, del Acuerdo PCSJA20-11556 del 22 de mayo, según la cual las excepciones allí previstas en materia civil no cobijaban el término de los cinco días para proponer casación, porque entendió que ese plazo se debía contabilizar desde el 1° de julio, teniendo en cuenta lo resuelto en el Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020.

No obstante, dicho análisis no tiene acogida puesto que los anteriores Acuerdos hicieron referencia al “trámite y decisión de los recursos de apelación”¹, lo que comprende desde la admisión y las actuaciones posteriores hasta la concesión de la casación que agota la segunda instancia.

Con otras palabras, y puntualmente en lo que atañe al caso en concreto, los Acuerdos autorizaron no solo la emisión de sentencias de segunda instancia sin limitar las otras actuaciones posteriores, sino también todo el trámite que por disposición de la norma procesal le competen al juez de la apelación de la sentencia (arts. 365 y 340 del C.G.P); entonces, así como el Magistrado Sustanciador, al tramitar la alzada, no estaba supeditado al levantamiento de términos en general, las partes tampoco, por lo que una vez notificada la sentencia podían recurrirla, pero solo “dentro de los cinco (5) días siguientes”, como lo dispone el artículo 337 ib., pues se itera, ninguno de los acuerdos expedidos hizo mención en contrario.

3. En relación con el Decreto 546 del 2020, nuevamente el censor presenta una interpretación de la norma que no puede abrirse paso, por cuanto el artículo 1° del Decreto 546 de 2020, hace referencia a la suspensión de términos en materia de prescripción y caducidad de las acciones judiciales o arbitrales, pero no de términos previstos para las actuaciones procesales o recursos a surtir en el interior del proceso.

1 artículo 7°, num. 7.2, Acuerdo PCSJA20-11556 del 22 de y el artículo 8°, num 8.2, Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020.

4. Y por último, los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, solo se configuran a partir de una expectativa válida a que haya dado lugar la autoridad judicial frente a un particular con base en acciones u omisiones prolongadas², lo que aquí no sucedió; por tanto, no se pueden reclamar a partir de un comunicado secretarial emitido en otro proceso de la jurisdicción contencioso administrativa.

En ese orden de ideas, se confirmará la decisión recurrida; en consecuencia, se concederá la queja propuesta de manera subsidiaria.

RESUELVE:

Primero.- Mantener en todas sus partes el auto de fecha 3 de julio de 2020.

Segundo.- De conformidad con el artículo 353 del CGP, remítanse al Superior las actuaciones digitales surtidas en segunda instancia incluida la sentencia y la actuación posterior a ella, sin necesidad expensas ni de expedición de copias.

Notifíquese y cúmplase.


RICARDO AGOSTA BUITRAGO
Magistrado

² Sentencia C 131 de 2004.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Magistrada Sustanciadora
MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de dos mil veinte (2020)

**Asunto: Proceso Verbal (Reivindicatorio) de Banco Av Villas
contra Jacquelin Díaz Millán y Orlando Rodríguez Torres.**

Rad. 28 2009 02225 03

Proyecto discutido y aprobado por medio electrónico, en la fecha, ante las medidas decretadas por la Alcaldía Mayor de Bogotá-Decreto 090 de 19 de marzo de 2020 y la Presidencia de la República -Decreto 417 de 17 de marzo de 2020, en Sala Civil de Decisión según Acta N°33 de 2 de septiembre de 2020.

Al tenor del artículo 35 del Código General del Proceso, resuelve la Sala el recurso de apelación que interpuso la apoderada judicial del demandado Orlando Rodríguez Torres contra el numeral 1° del auto que profirió el Juzgado Cuarenta y Seis Civil del Circuito de Bogotá el 6 de febrero de 2020.

I. ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES

1. A través de sentencia de segunda instancia, dentro del asunto de la referencia, proferida por este Tribunal el 19 de julio de 2016, se resolvió:

“PRIMERO: REVOCAR la sentencia que profirió el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Descongestión el 15 de octubre de 2015.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito que planteó la parte demandada.

TERCERO: DECLARAR que pertenece al banco Comercial AV Villas S.A. el dominio pleno del inmueble ubicado en la..., al que corresponde la matrícula

inmobiliaria N°50C-920414 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos...

*CUARTO: En consecuencia, ORDENAR a los demandados Jacqueline Díaz Millán y **Orlando Rodríguez** RESTITUIR al Banco Comercial AV Villas S.A. el inmueble de que trata el numeral anterior, en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior. (...)" (se subraya)*

2. Para con cumplir lo ordenado, mediante auto de 20 de octubre de 2016, la jueza de primera instancia libró el respectivo despacho comisorio para la práctica de la diligencia de entrega del inmueble, la cual inició el 22 de mayo de 2019 y culminó el 26 de junio del mismo año, sin que en la misma se presentara oposición alguna. No obstante, el 26 de julio, el demandado Orlando Rodríguez Torres, a través de apoderada judicial radicó en el juzgado escrito de *“oposición a la diligencia de entrega..., en su calidad de poseedor”*.

3. A través del auto apelado, la jueza *a quo* se abstuvo de tramitar tal solicitud, tras estimar que es extemporánea, toda vez que tal pedimento se debió presentar en la diligencia, *“de conformidad con lo establecido en la legislación procesal vigente”*.

4. Inconforme el citado extremo promovió recurso de apelación y para ello refirió que la jueza de conocimiento incurrió en defectos facticos y procedimentales al no decretar las pruebas ni tener en cuenta los documentos que aportó para fundamentar la oposición a la entrega del bien inmueble objeto de la demanda.

5. Para resolver, se debe tener en cuenta que si bien como lo resolvió la juez de instancia, conforme al numeral 4° del artículo 309 del Código General del Proceso, tratándose de la oposición a la entrega sólo atenderán las que se formulen el día en que el juez identifique el inmueble, mandato que no se cumplió en el *sub judice*, lo cierto es que existe también otro argumento de mayor peso para haber rechazado la misma, como lo es el hecho de que el opositor fue uno de los demandados de este asunto.

En situaciones como las descritas, el numeral 1° del artículo precitado es perentorio en establecer que *“El juez rechazará de plano la oposición a la entrega formulada **por persona contra quien produzca***

efectos la sentencia, o por quien sea tenedor a nombre de aquella”. (Se destaca); de ahí que no se deba argumentar demasiado para arribar a la conclusión de que el proveído impugnado se debe confirmar.

En efecto, revisada la actuación emerge con claridad que la sentencia ya citada produce efectos contra el ahora opositor, señor Orlando Rodríguez Torres, en la medida que es uno de los demandados que resultó vencido en juicio, y en tal sentido su solicitud debió ser rechazada de plano, sin que haya lugar, por la misma razón, a pronunciarse con respecto a los fundamentos fácticos y/o las pruebas que para ese efecto aportó la parte demandada.

Sobre el particular la doctrina ha señalado que: *“Este aspecto se encuentra precisamente regulado en el artículo 309, disposición que parte de la base referente a que los sujetos de derecho vinculados por la sentencia no pueden formular oposición alguna frente a su cumplimiento, lo que se consagra en el numeral 1° al señalar que (...). La razón es obvia; mal puede el vencido en juicio pretender el desconocimiento de la sentencia que le fue desfavorable oponiéndose directamente o por medio de un tenedor a su nombre, lo que se explica porque se trata precisamente de hacer acatar el fallo, de ahí que sea interviniendo de manera directa o por medio de un tenedor que derive sus derechos de la parte vencida en el proceso, que debe el juez sin dilación y de plano, lo cual significa sin necesidad de practicar prueba alguna, rechazar la oposición.”*¹

De ahí que al haber sido parte del proceso el opositor, como ya se advirtió, ello le impide oponerse a la entrega por producir en su contra efectos la sentencia.

Coherente con lo expuesto, se

II. RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR el numeral 1° del auto que profirió el Juzgado Cuarenta y Seis Civil del Circuito de Bogotá el 6 de febrero de 2020.

¹ LÓPEZ BLANCO Hernán Fabio. Código General del Proceso. Parte General. Pág. 721

SEGUNDO. ABSTENERSE de condenar en costas.

TERCERO. DEVOLVER las diligencias al Juzgado de origen.

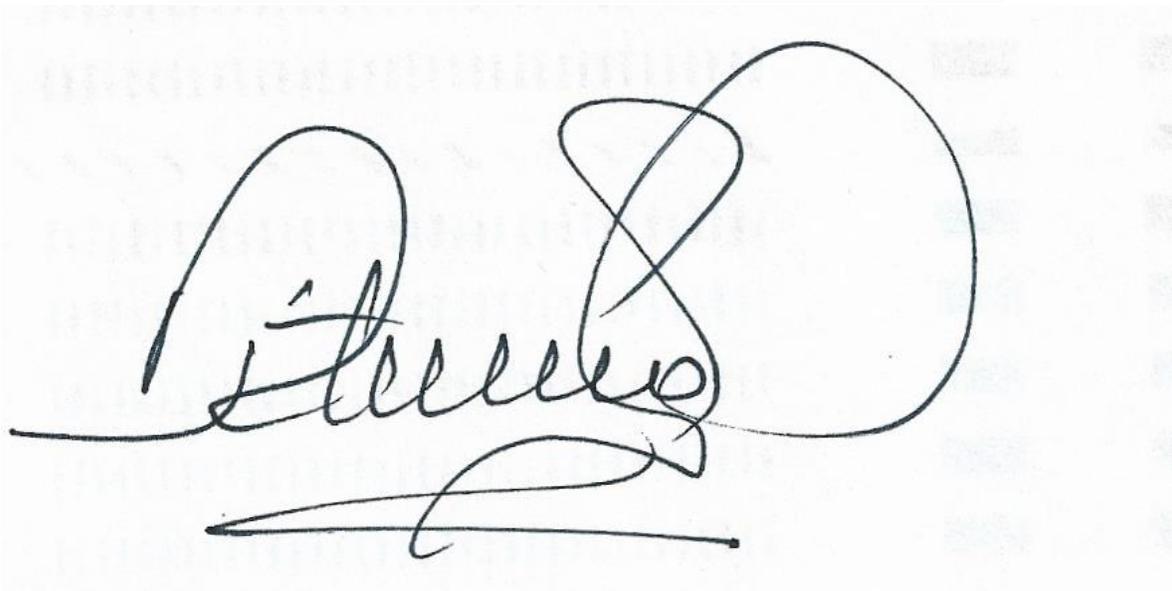
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada



JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO



RUTH ELENA GALVIS VERGARA
MAGISTRADA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.
SALA CIVIL

Bogotá D.C., diz (10) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Magistrada sustanciadora: **ADRIANA AYALA PULGARIN**

Radicación: 110013103 030 2019 00742 01.
Clase: Verbal.
Demandante: Clara Cortes Rodríguez y otra.
Demandada: Offset Grafico Editores S.A. y otro.
Auto: Revoca.

I. ASUNTO

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto de 17 de enero de 2020 a través del cual el Juzgado Treinta Civil del Circuito de Bogotá rechazó la demanda en referencia, por no acatarse lo ordenado en proveído inadmisorio de 9 de diciembre de 2019.

II. ANTECEDENTES

1. La Juez *a quo* inadmitió el líbello para que, entre otros, se acreditara si se “*agotó la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad*”, por cuanto “*el acta de conciliación que se anexó es de fecha 10 de diciembre de 2014, oportunidad en las -sic- que las pretensiones que fueron objeto de conciliación no son las mismas de ahora*”.¹

2. Con miras a subsanar lo anterior la parte actora alegó que, en la conciliación prejudicial de 2014 aportada con la demanda, se puede ver que solicitó a la pasiva el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por la afectación ocasionada a su inmueble

¹ Cfr. Folio 63 Cd. 1. [94 Cd.1 Digitalizado]

de la carrera 29 N°68-66 de Bogotá, con la edificación realizada en el número 68-81 de la carrera 28B de la dicha capital, lo cual constituye la base de sus pretensiones en la actual demanda.²

3. Fundamentado en que no se cumplió con el requerimiento efectuado, el Juzgado rechazó la demanda³.

4. Contra lo así decidido se interpuso el recurso de apelación bajo estudio, reiterándose los argumentos antedichos.⁴

III. CONSIDERACIONES

1. Incumbe a esta Corporación examinar el asunto desde el auto inadmisorio, toda vez que a voces del artículo 90 del Código General del Proceso, el recurso que se promueve contra el auto que rechazó la demanda, comprende a su vez aquella providencia.

Los motivos de inadmisión se encuentran consagrados taxativamente en el estatuto procesal, cuya finalidad no es otra que evitar el desgaste del aparato judicial pues, en esencia, con ello se persigue el éxito del proceso o, al menos, evitar que se profiera una sentencia inocua.

Sobre dicho aspecto en particular, la Corte Constitucional⁵ ha sostenido que no *“puede decirse que el juez que tiene a su conocimiento la demanda, puede inadmitirla bajo criterios puramente subjetivos, pues las causales de inadmisión son taxativas, se encuentran específicamente señala[das] [...] y no le es posible a un juez inadmitir una demanda, sin que el auto que ordena la inadmisión sea debidamente fundamentado”*⁶.

2. La Ley 640 de 2001⁷ señala que *“En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, de familia y contencioso administrativa”* [Art. 35], por lo que *“deberá intentarse antes de acudir a la especialidad jurisdiccional”* respectiva [Art. 38], so pena de rechazo [Art. 36].

² Cfr. Folios 72 a 74 Cd. 1. [108 a 112 Cd.1 Digitalizado]

³ Cfr. Folio 76 Cd. 1. [115 Cd.1 Digitalizado]

⁴ El cual fue concedido por auto del 6 de marzo de 2020 Cfr. folio 84 Cd. 1 [126 Cd. 1 digital]

⁵ Al estudiar la exequibilidad del artículo 85 del Código de Procedimiento Civil, análisis que, por demás está decir, también aplica para el artículo 90 del C.G.P., en tanto que básicamente reprodujo el precepto que al efecto consagraba la antigua legislación.

⁶ Cfr. Sentencia C-833 de 2002 M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

⁷ Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones.

2.1. En tratándose de actas [contentivas de acuerdos totales o parciales], el artículo 1° de la referida ley señala que las mismas deben contener: 1. Lugar, fecha y hora de audiencia de conciliación; 2. Identificación del Conciliador; 3. Identificación de las personas citadas con señalamiento expreso de las que asisten a la audiencia; 4. Relación sucinta de las pretensiones motivo de la conciliación y; 5. El acuerdo logrado por las partes con indicación de la cuantía, modo, tiempo y lugar de cumplimiento de las obligaciones pactadas.

2.2. A su turno, el numeral 1° del artículo 2° de la aludida normatividad indicar que también se deberá incorporar en aquéllos documentos *“la fecha de presentación de la solicitud”*; mientras el artículo 38 del Decreto 1829 de 2013⁸, destaca que los conciliadores, notarios y servidores públicos habilitados por ley para conciliar, deberán incluir en las actas y constancias derivadas de los trámites conciliatorios desarrollados ante ellos *“la información relativa a la dirección física y electrónica de quienes asistieron a la audiencia.”* A su vez, el Ministerio del Interior y de Justicia en la línea institucional sobre la conciliación⁹, ha dicho que en tales eventos la referida reseña, además, debe reflejar la *“Indicación literal de las excusas presentadas por la inasistencia si las hubiere. [y la] Firma del conciliador.”*

2.3. Dedujese de lo anterior que para el caso del acta de imposibilidad que se extienda, se debe dejar determinado en ella el objeto sobre el cual versó el intento conciliatorio fallido por falta de acuerdo, lo que implica establecer de manera precisa, clara y concreta las pretensiones expuestas en la audiencia, puesto que lo que en tal sentido se consigne constituye el parámetro que le sirve de base al juzgador para determinar si de cara al petitum de la demanda se agotó o no el requisito de procedibilidad antedicho.

3. Con la demanda de marras Clara Cortes Rodríguez y Paulina Ochoa Gutiérrez pretenden que se declare que Offset Gráfico Editores S.A. y Eduin Suarez González son civil y solidariamente responsables de los daños ocasionados al inmueble de su propiedad, ubicado en la carrea 29 No. 68-66 de Bogotá, por el incumplimiento de las normas enmarcadas, entre otras, en la Ley 810 de 2003, durante la construcción del edificio que yace en la nomenclatura

⁸ por el cual se reglamentan algunas disposiciones de las Leyes 23 de 1991, 446 de 1998, 640 de 2001 y 1563 de 2012.

⁹ La línea institucional es el conjunto de conceptos dictados por Ministerio del Interior y de Justicia en uso de las atribuciones legales de inspección, control y vigilancia de Centros de Conciliación y Entidades Avaladas, que sirven de sustento doctrinario para el ejercicio de las mismas. El Ministerio, dadas las atribuciones conferidas por el artículo 18 de la Ley 640 de 2001 y amparado por los criterios generales establecidos por el legislador, puede establecer unas orientaciones a sus vigilados con el objetivo de lograr la eficiencia, calidad, oportunidad y permanencia en la prestación del servicio a cargo de los Centros de Conciliación, a través de la línea institucional.

68-81 de la carrera 28B de esta ciudad y, como consecuencia, se les condene al pago de sendas sumas dinerarias por concepto de daños morales y materiales.¹⁰

3.1. Igualmente, se encuentra acreditado en el *sub júdice* que mediante escrito radicado bajo el N° 2014-01-488813 del 31 de octubre de 2014, las citadas demandantes convocaron a su hoy demandada ante el Centro de Conciliación y Arbitraje Empresarial de la Superintendencia de Sociedades, para que esta les reconociera y pagara similares daños y perjuicios a los enarbolados en la presente ocasión, por el mismo suceso, aunque es cierto, -debe decirse-, en una cuantía distinta a la que ahora se persigue, sin que en dicho escenario se hubiese llegado un acuerdo de tal naturaleza, y de allí la constancia obrante a folios 17 a 20 del cuaderno principal.¹¹

3.2. De modo que el asunto objeto de conciliación mencionado guarda idéntica relación con la demanda presentada, puesto que las partes convocante y convocada a la audiencia de conciliación antedicha coinciden con las demandantes y demandada dentro del proceso, y los hechos materia de conciliación, expresados sucintamente en la constancia, como lo ordena la ley, se ajustan a los que motivan el petitorio bajo estudio, de tal surte que el requisito de procedibilidad se entiende satisfecho, pues se evidencia que pese a que las pretensiones variaron sensiblemente, lo cierto es que se trata de iguales peticiones a las que en este escenario serán debatidas.

4. Así las cosas, es claro que no podía inadmitirse y rechazarse la demanda por ausencia del dicho requisito, pues para establecer si se dio cumplimiento al requisito en cuestión, bastaba simplemente con precisar si el asunto al que se refiere la pretensión, guarda relación con el que fue sometido al mecanismo alternativo de solución de conflictos, ya que el legislador no previó requisitos adicionales para el efecto, y sin que pueda pretenderse que el valor sea exacto, habida cuenta que por el paso de tiempo es claro el incremento del valor de los perjuicios.

5. Es por todo lo anterior que se revocará el auto impugnado para que se profieran las decisiones que en derecho corresponda.

¹⁰ Cfr. Folio 313 Cuaderno digital N°1.

¹¹ Cfr. folios 25 a 36 Cd. 1 digital.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto proferido el 17 de enero de 2020 por el Juzgado Treinta Civil del Circuito de esta ciudad, para que en su lugar se profieran las decisiones que en derecho corresponda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen para lo de su cargo. **Oficiese.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado Por:

ADRIANA AYALA PULGARIN

MAGISTRADO

MAGISTRADO - TRIBUNAL 017 SUPERIOR SALA CIVIL DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-
SANTAFE DE BOGOTA D.C.,

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

Código de verificación: 27d3c9853946d7208c890809f6b96271c979848c03b8807721f78591416f8b5d

Documento generado en 10/09/2020 03:01:19 p.m.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Bogotá, D. C., diez (10) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Rad. 036-2013-00480-01

Como quiera que la demandada Construcciones y Topografía Ltda. no sustentó el recurso de apelación dentro del término de los cinco días, ordenado mediante auto del pasado 28 de julio, el suscrito Magistrado Sustanciador **DECLARA DESIERTA** la alzada que esa parte formuló contra la sentencia de primera instancia, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

Lo anterior en armonía, además, con las previsiones 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”*.

Por Secretaría devuélvase el expediente al Despacho, una vez quede ejecutoriada esta providencia, para continuar con el trámite correspondiente.

NOTIFÍQUESE,


JULIÁN BOSÁ ROMERO
Magistrado

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

Bogotá, D. C., diez de septiembre de dos mil veinte.

Magistrado Ponente: **Germán Valenzuela Valbuena**

Radicado: 1100 1310 3040 2018 00237 01 - **Procedencia:** Juzgado 40 Civil del Circuito.

Proceso: Marlylly Yessenia Neira Morales. **vs.** Tax Express S.A. y otros.

Asunto: Apelación sentencia

Aprobación: Sala virtual n°. 35 (03-09-2020)

Decisión: modifica y adiciona.

En cumplimiento de lo previsto por el artículo 14 del Decreto 806 de 2020¹, se resuelven por escrito los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y por la Compañía Mundial de Seguros S.A.² contra la sentencia de 27 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado 40 Civil del Circuito de esta ciudad.

ANTECEDENTES

1. Marlylly Yessenia Neira Morales instauró demanda en contra de Diego Alejandro Patarroyo Puerto, Tax Express S.A. y la Compañía Mundial de Seguros S.A., con el propósito de que:

i. Se declare solidaria, civil y contractualmente responsables a los demandados por los perjuicios causados ‘por los hechos materia de la presente demanda’.

ii. En consecuencia, sean condenados a pagar las sumas de dinero que bajo juramento se estimaron en la demanda, por concepto de perjuicios

¹ Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de la justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.//En este caso los autos dictados en segunda instancia alcanzaron firmeza y cumplieron su finalidad.

² Por intermedio de su apoderado, el demandado Diego Alejandro Patarroyo Puerto también apeló la sentencia de primera instancia, recurso que se declaró desierto en auto de 14 de agosto de 2020, notificado por estado electrónico E-65 de 2020.

materiales e inmateriales; valores estimados en salarios mínimos legales convertidos a pesos³.

2. El fundamento de las pretensiones se resume como sigue:

a. El 3 de julio de 2016 sobre las 03:30 horas se presentó un accidente de tránsito en la Avenida 68 No. 55-65 de Bogotá, en donde el conductor del taxi de placas VEV-937 colisionó contra un ‘poste’. En ese vehículo se movilizaba la demandante como pasajera, quien resultó gravemente lesionada, siendo trasladada a la clínica Medical Proinfo.

b. El informe de tránsito determinó como hipótesis del accidente la codificación N°. 116 que corresponde a exceso de velocidad.

c. Para el día del accidente Marrly Yessenia Neira Morales tenía 22 años de edad; quien fue diagnosticada con “fractura de clavícula izquierda, fractura acetabular izquierda, fractura diafisaria fémur izquierda, y fractura bimalleolar pie derecho”. Además fue valorada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá que dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 20.01%.

d. El automotor involucrado pertenecía a Diego Alejandro Patarroyo Puerto, estaba afiliado a Tax Express S.A., y fue asegurado por la Compañía Mundial de Seguros S.A., ésta última demandada en ejercicio de la acción directa.

e. La demandante trabajaba en Capricci Peluquería y devengaba un salario mensual de \$1.200.000; se vio afectada psicológicamente, presentó depresión y otras patologías psiquiátricas, ello adicional a las fuertes lesiones que sufrió.

³ Folios 112 y 113 c. 1

3. Oposición:

3.1. Diego Alejandro Patarroyo Puerto contestó la demanda, se opuso a las pretensiones por considerar que si bien es el propietario del vehículo, no era quien lo conducía y tampoco es el garante de la seguridad de la víctima. Además, aceptó los hechos relativos a la existencia del accidente de tránsito, el traslado de la afectada a la clínica, la edad de la pasajera, y la calificación de invalidez que se determinó. Asimismo formuló las siguientes excepciones de mérito:

a. Previa de ineptitud de demanda: no se probó el exceso de velocidad; no se puede determinar la responsabilidad en calidad de tercero; no se acreditaron los perjuicios.

b. Cobro de lo no debido: se observa un enriquecimiento injustificado de la demandante; el daño ocasionado no tiene ningún 'ajuste jurídico', ni probatorio.

3.2. Tax Express S.A., objetó el juramento estimatorio, llamó en garantía a la Compañía Mundial de Seguros S.A. y reconoció los mismos hechos que el demandado propietario. Propuso como excepción, cobro indebido o injustificado por falta de pruebas que acrediten los perjuicios pretendidos, constituyendo un enriquecimiento injustificado pues no se probó el daño emergente pasado; como daño emergente futuro se pretenden los honorarios del abogado, pero no existe certeza de su pago; frente a lucro cesante el 75% de la incapacidad médica debe ser pagada por la Eps y en caso de responsabilidad sólo se debe cubrir el 25%; la proyección del lucro con soporte en el salario no corresponde a la realidad procesal ni probatoria.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2018 00237 01

3.3. La Compañía Mundial de Seguros S.A., demandada directa y llamada en garantía se opuso a las pretensiones de la demanda, objetó el juramento estimatorio, reconoció que era la aseguradora del vehículo de placas VEV-934 y que por el siniestro le fue presentada reclamación. Y planteó las siguientes excepciones:

a. Inexistencia de prueba de los perjuicios materiales: se enuncian daños y perjuicios sin presentar prueba de los mismos. No se demostraron los ingresos ni la disminución económica de la demandante, para que haya condena por el lucro cesante.

b. Inexistencia de prueba del daño moral reclamado: hay una excesiva tasación de este perjuicio y no se demostró su intensidad.

c. Inexistencia de la obligación de indemnizar, toda vez que el contrato instrumentado en la póliza de responsabilidad civil no está llamado a producir sus efectos por ausencia del presupuesto fundamental del mismo, a saber, la prueba de la responsabilidad del accidente de tránsito por parte del señor Luis Alberto Daza (fallecido), conductor del vehículo de placas VEV-937: no se acreditó que quien maniobraba el rodante involucrado en el accidente hubiese sido el responsable, pues la causal que se mencionó en el informe de policía es sólo una hipótesis.

d. Límites de cobertura: ante una eventual condena, la aseguradora no está obligada a indemnizar la totalidad de los perjuicios que se prueben en el proceso.

e. Inexistencia de la obligación de indemnizar cualquier suma de dinero que haya sido o debiere ser indemnizada por el sistema de protección social previsto en la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes.

LA SENTENCIA APELADA

Declaró civil y contractualmente responsables a los demandados. Indicó la a-quo que no hay discusión sobre el accidente ocurrido el 3 de julio de 2016, en el que Marrly Yessenia Neira Morales se transportaba como pasajera en el taxi de placas VEV-937. Que la obligación derivada del contrato de transporte no fue satisfecha, porque el automotor colisionó con un árbol a la altura de la Av. Cra. 68 No. 55-65, incumpliendo la obligación de movilizar a la demandante sana y salva a su destino.

Que la demandante reconociera que no portaba el cinturón de seguridad, es una omisión que no logra la configuración de una causa extraña, ni anulaba el deber de llevar a la pasajera con vida y en buenas condiciones a donde se dirigía, obligación ésta que es de resultado. Además, la causa eficiente del incidente fue el exceso de velocidad, como se codificó en el informe de tránsito y fue corroborado por la actora en el interrogatorio de parte.

Manifestó que aunque el propietario tenía arrendado el vehículo a un tercero, confesó ser el encargado del mantenimiento, pago de impuestos, seguros y revisión técnico-mecánica, por lo que no se desligó del todo de sus obligaciones y mantenía en cierta medida el mando, control, aprovechamiento y custodia. Por lo que no se puede desconocer su calidad de guardián de la cosa y responsable solidario por el hecho dañoso.

Existió relación entre el daño padecido por la demandante y el accidente, ya que por el choque tuvo una incapacidad de 120 días, fue calificada con una pérdida de capacidad laboral del 20.01% y sufrió *‘traumatismos por aplastamiento de la cara, traumatismo no especificado del abdomen, de*

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2018 00237 01

la región lumbosacra y de la pelvis, fractura del fémur, parte no especificada y fractura de la pierna parte no especificada’.

Sobre la indemnización de perjuicios, no reconoció el daño emergente pasado, por haberse adosado una serie de facturas que no tienen relación con gastos derivados del accidente, pues los medicamentos no están soportados en una fórmula médica con que se denote que fueron ordenados para la mejoría de la salud; algunas facturas corresponden a artículos de belleza, aseo personal, mercado, suplementos dietarios, pago por prendas de vestir, elementos que no guardan conexión con los padecimientos de la pasajera.

Tampoco accedió al daño emergente futuro como perjuicio accesorio, porque se soportó en los honorarios del abogado y eso corresponde a una erogación propia de la relación profesional de la demandante y su apoderado.

Para el lucro cesante tuvo en cuenta la versión de la víctima, quien expuso que devengaba un salario de \$600.000 mensuales, ello en contraposición a la certificación obrante en el proceso, donde se decía que ese era el salario pero quincenal. De otro lado, la Juez verificó la página del ADRES⁴ y con esa investigación determinó que la señora Neira Morales no ha recibido ningún pago por la incapacidad de 120 días que le fue otorgada; por ende, realizó la respectiva multiplicación que arrojó un monto de \$2.400.000, indexó ese valor y reconoció intereses legales por 38 meses a una tasa del 6% anual, para una condena por \$3.249.388.

⁴ Herramienta de consulta pública relacionada con los afiliados al sistema de seguridad social.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2018 00237 01

En lo que respecta al lucro cesante futuro, consideró que si bien hubo una pérdida de capacidad laboral del 20.01%, no se demostró que esa circunstancia hubiera impedido a la demandante acceder a un empleo. El hecho de que la fuerza de trabajo no sea la misma, corresponde a la versión propia de la demandante, sin prueba que dé cuenta de ello.

Denegó el perjuicio inmaterial -daño a la vida de relación-, porque no encontró prueba de la afectación de la pasajera en el comportamiento en sus actividades cotidianas. La demandante dijo que por las cirugías practicadas no pudo volver a jugar con su hija, pero estimó la a-quo que ese hecho no es suficiente para estructurar el detrimento, ya que no se acreditó la condición de madre con el respectivo registro civil.

Finalmente, accedió al perjuicio moral y lo estimó bajo el arbitrio judicial en \$24.843.480 (30 Smlmv).

Frente a la aseguradora, destacó que existían dos seguros de responsabilidad civil contractual vigentes para el momento del accidente; que la póliza No. 2000000137 ampara incapacidad temporal y perjuicios morales sin deducible, suficiente para cubrir las condenas de la sentencia.

LAS APELACIONES

Los reparos presentados ante la a-quo y sustentados en esta instancia, son los siguientes:

1. Parte demandante:

a. La sentencia ‘afirma’ que el daño emergente no podía ser reconocido por no cumplirse con los presupuestos para el efecto, pero la juez no

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2018 00237 01

indicó cuáles eran esos supuestos requisitos, por ende la decisión adolece de una falta de motivación.

Se le restó credibilidad a las facturas aportadas para probar el daño emergente con el argumento de que no están soportadas en orden médica o epicrisis, pero con la demanda fue aportada toda la historia clínica donde se puede verificar: fórmulas médicas, incapacidades, exámenes y cirugías.

No es cierto que la totalidad de los medicamentos fueron sufragados por el Soat.

No se mencionó el argumento jurídico para negar el pago de los honorarios que tiene que sufragar la demandante al profesional del derecho (daño emergente futuro como perjuicio accesorio). El contrato de prestación de servicios jurídicos está en el proceso.

b. Se desconoció la certificación laboral aportada por la demandante, prueba documental que no fue tachada de falsa, donde consta que el salario mensual devengado era de \$1.200.000, y se ‘tergiversó’ su relato porque nunca afirmó que recibía \$600.000. No se acató reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que ha dicho que en caso de que no se logren probar ingresos, debe tomarse como base el salario mínimo legal mensual vigente al momento de la sentencia, como precedentes que han referido que nadie puede devengar menos de un (1) Smlmv.

c. La consulta que se hizo en la página web Adres constituye un medio probatorio que no fue decretado ni practicado en debida forma, tampoco fue sometido a contradicción por las partes.

d. El lucro cesante consolidado no tuvo en cuenta las fórmulas previstas por la Corte Suprema de Justicia, porque se desconoció el salario real de la demandante, como el mínimo legal; no se apreció el factor prestacional para obtener el ingreso base de liquidación del perjuicio y tampoco se valoró el porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

e. Se negó el lucro cesante futuro sin analizar el salario que devengaba la demandante, su edad, la expectativa de vida y la historia clínica. Se apreció erróneamente la pérdida de capacidad laboral que se dictaminó, porque las discapacidades calificadas a la demandante referente al rol y a otras áreas ocupacionales son consecuencia de las deficiencias sufridas. Entonces, sí obra prueba para determinar que las lesiones tuvieron consecuencia e impacto en la actividad laboral de la víctima⁵.

f. Se desconoció la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 28 de agosto de 2014, que establece que cuando la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%, se deberá obtener una indemnización equivalente a 40 Smlmv por daño moral.

g. Se negó el pago del daño a la vida de relación, pero se ignoró la declaración rendida por la demandante y el dictamen de pérdida de capacidad laboral.

h. En la parte resolutive de la sentencia se omitió declarar solidariamente responsables a los demandados y no se discriminaron los conceptos por lo que se profería condena. En el ordinal segundo se dispuso que en caso de no pagarse las sumas se causarían intereses de mora, pero no se hizo claridad en torno a la tasa sobre la cual deben cancelarse dichos réditos.

⁵ El apelante cita las sentencias de la CSJ: SC5340-2018 y SC11575-2015, providencia de 1 de noviembre de 2013, radicado 08001-3103-008-1994-26630-01.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2018 00237 01

i. La a-quo no se pronunció sobre las pretensiones 12 y 13 de la demanda.

2. Apelación de la Compañía Mundial de seguros S.A.

a. No se demostró que la causa eficiente del accidente hubiese sido el exceso de velocidad, pues el informe policial es sólo una hipótesis y el agente de tránsito no fue actor presencial de los hechos. La demandante no mencionó que el conductor fuera irrespetando esa regla de movilidad.

b. La víctima confesó que no portaba el cinturón de seguridad, por lo que debió aplicarse el artículo 2537 del C.C., ya que cuando la participación del demandado no es exclusiva se atenúa o disminuye su responsabilidad.

c. La demandante afirmó que pagaba su Eps, pero según la herramienta de consulta pública de afiliados al sistema de seguridad social (Adres), sólo hubo vinculación desde el 1 de octubre de 2017. Esto demuestra que faltó a la verdad en su declaración. La prueba incorporada por el a-quo no puede ser valorada ya que no fue sometida a contradicción.

d. La aseguradora no está obligada a indemnizar sumas que hayan o debieren ser reconocidas por el sistema de protección social previsto en la ley 100 de 1993.

e. El daño moral reclamado no tiene sustento probatorio, toda vez que no se aportaron pruebas técnicas que dieran cuenta de la gravedad de la aflicción. Se interpretó erradamente la documental ya que el detrimento no se puede presumir de simples órdenes médicas que no establecieron un diagnóstico claro y veraz.

f. La aseguradora no puede ser declarada civilmente responsable, porque su deber se circunscribe a reembolsar el dinero pagado por el asegurado en virtud del contrato de seguro. No tiene participación efectiva en el accidente.

CONSIDERACIONES

1. En orden a desatar la alzada se estudiarán en primer término los reparos formulados por la Compañía Mundial de Seguros S.A., en tanto se refieren a la inexistencia de los presupuestos de la responsabilidad civil, pues en su sentir no está probado que el exceso de velocidad fuera la causa eficiente del accidente ocurrido el 3 de julio de 2016, quien por lo demás considera que se debe atenuar el grado de culpa de los demandados, porque la pasajera no portaba el cinturón de seguridad. Seguidamente se resolverán los reparos comunes de los apelantes, que tocan con los perjuicios y la cuantía de la condena.

Al respecto, no se discute que en el accidente de tránsito ocurrido el 3 de julio de 2016 estuvo involucrado el taxi de propiedad de Diego Alejandro Patarroyo Puerto (VEV-937), incidente en el que resultó gravemente afectada Marlly Yessenia Neira Morales, quien se trasladaba en calidad de pasajera. Tampoco hay controversia en punto a que la acción se promovió bajo la responsabilidad civil que se deriva del incumplimiento del contrato de transporte y que el automotor estaba afiliado a la empresa Tax Express S.A., y fue asegurado por la compañía Mundial de Seguros S.A.

2. El servicio público de transporte está regido por las Leyes 105 de 1993 y 336 de 1996 –esta última reglamentada por el Decreto 172 de 2001-, y en ellas se establece que dicho servicio será prestado por un operador –

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2018 00237 01

persona natural o jurídica- o empresa de transporte legalmente constituida de acuerdo con las disposiciones colombianas y debidamente habilitada por la autoridad de transporte competente, para efectuar el traslado de un lugar a otro de personas o cosas, o de unas y otras conjuntamente.

Como lo ha sentado la Corte Suprema de Justicia, la obligación del transportador es de aquellas denominadas doctrinalmente como de resultado “(...) *en la medida en que para cumplir, no le basta simplemente con poner toda su diligencia y cuidado en la conducción de las personas o las cosas, pues con arreglo a dicha preceptiva menester es que la realice en perfectas condiciones, de forma tal que solamente podría eximirse de ello demostrando la concurrencia de alguno de los acontecimientos que dependen de lo que se ha denominado una ‘causa extraña’, vale decir, aquellos en que, como sucede con el caso fortuito o la fuerza mayor, entre el hecho y el daño se ha roto el nexo causal, indispensable para la configuración de la responsabilidad, lo cual implica naturalmente que se adoptaron ‘todas las medidas razonables’ de un acarreador profesional para evitar el daño o su agravación*”⁶.

La profesionalización y amplia técnica que conlleva el acto mercantil del transporte de cosas y personas, se ve reflejado en el artículo 992 del C. de Co., conforme al cual al transportador, para eximirse de su responsabilidad, no le basta con demostrar “*que la causa del daño le fue extraña o que en su caso, se debió a vicio propio o inherente de la cosa transportada*”, sino que además deberá acreditar “*que adoptó todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación*”.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 1° de junio de 2005, Exp No. 1999-00666-01. Citada posteriormente en sentencia de 16 de diciembre de 2010, radicado 05001-3103-010-2000-00012-01.

3. En el presente caso los hechos muestran con claridad que el conductor del rodante no tomó las ‘medidas razonables’ que debió haber adoptado para el desempeño de su profesión, para con ello evitar el daño causado a la demandante, habida cuenta que su actuar no fue el esperado y terminó impactando con un árbol, impericia que le produjo su propia muerte e hizo que se incumpliera con la obligación de movilizar a la pasajera sana y salva al lugar de destino.

Se repara en que Marilly Yessenia Neira Morales no portaba el cinturón de seguridad y que con esa omisión participó en el daño, de allí que se deba atenuar la responsabilidad de los demandados, en aplicación de la figura prevista en el artículo 2357 del C.C. Al margen de la incidencia que en teoría pudiera tener la víctima en la producción del daño tratándose de obligaciones de resultado, lo que cada caso podría despejar según sus propias circunstancias, para declarar la coparticipación causal o la concurrencia de culpas, cuyo efecto práctico es la disminución del resarcimiento en proporción a la actividad de la víctima en el hecho, la intervención del agente debe ser notoriamente influyente en el resultado dañoso.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que: *“(...) [E]n tratándose de la concurrencia de causas que se produce cuando en el origen del perjuicio confluyen el hecho ilícito del ofensor y el obrar reprochable de la víctima, deviene fundamental establecer con exactitud la injerencia de este segundo factor en la producción del daño, habida cuenta que una investigación de esta índole viene impuesta por dos principios elementales de lógica jurídica que dominan esta materia, a saber: que cada quien debe soportar el daño en la medida en que ha*

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2018 00237 01

contribuido a provocarlo, y que nadie debe cargar con la responsabilidad y el perjuicio ocasionado por otro..”⁷. (Se destaca)

En el asunto *sub judice*, aunque es cierto que la demandante reconoció que al momento del accidente no tenía el cinturón de protección, lo cierto es que la parte que ahora apela, como ninguno de los demás demandados, demostró en qué medida se hubiera podido reducir el daño que sufrió la víctima por haber omitido uno de sus deberes como pasajera. En otras palabras: para eventualmente efectuar la ponderación que se echa de menos, hubiera sido necesario probar con exactitud la influencia que tal omisión tuvo en la producción del hecho dañoso, cosa que no sucedió; condición que por demás se acentúa dadas las características de la colisión, puesto que el impacto con el árbol fue de gran magnitud y la demandante quedó atrapada, siendo necesario romper el carro para poder liberarla y tratar las múltiples fracturas que sufrió por el fuerte golpe, como fue narrado al absolver el interrogatorio de parte.

Por ende, las circunstancias del caso y las pruebas acopiadas evidencian que el hecho que generó la afectación en la salud de la pasajera lo constituyó el choque y la falta de cuidado en la conducción del taxi, que fue lo que determinó el incumplimiento del deber del transportador de llevarla sana y salva a su destino, sin que en la situación concreta, visto que la pasajera quedó atrapada dentro del vehículo luego de la colisión, se hubiera acreditado que fue su comportamiento durante el trayecto contratado el que causó los daños que sufrió en el accidente.

Por lo demás, tratándose de responsabilidad civil contractual, no es el cumplimiento de los compromisos del actor o su allanamiento a hacerlo, uno de los presupuestos a analizar para la prosperidad de las

⁷ CSJ sentencia de 25 de noviembre de 1999, rad. 5173. Citada posteriormente en sentencia SC2107-2018 de 12 de junio de 2018. Radicación: 11001-31-03-032-2011-00736-01.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2018 00237 01

pretensiones, sino que son otros los elementos a evaluar para su configuración, como ya en otros eventos lo ha sostenido esta Sala:

“La responsabilidad contractual tiene por objeto la reparación del menoscabo causado con ocasión del incumplimiento de un negocio jurídico. A diferencia de la extranegocial, el punto de partida de aquélla es la existencia de un contrato bilateral y válido, en torno al cual una de sus partes se sustrae al cumplimiento de las prestaciones en detrimento de los derechos de la otra, quien, por lo general, buscará la indemnización de los perjuicios en ejercicio de la acción que emana del vínculo, acción de raigambre eminentemente convencional”⁸.

Entonces, los elementos configuradores de la responsabilidad contractual son: i) un contrato válidamente celebrado; ii) un daño derivado de la inejecución de ese negocio y; iii) que el daño sea causado por el deudor de sus obligaciones al acreedor.

Sobre el primero, está aceptado por la partes la existencia del contrato de transporte de personas. En relación con el segundo requisito, es decir, que exista un daño causado como consecuencia de la inejecución del negocio jurídico, se acreditó en el proceso que el choque del taxi de placas VVE-937 a la altura de la Avenida 68 No. 55-65 sentido norte-sur, conllevó el incumplimiento de la relación contractual.

Respecto al tercer presupuesto, esto es, que el daño le sea jurídicamente atribuible a la parte demandada, la Sala concluye que no se demostró ninguna de las causales eximentes de responsabilidad, carga que correspondía a la demandada, dado que no se acreditó la ocurrencia de un evento de fuerza mayor o caso fortuito, culpa de la víctima o intervención o hecho de un tercero.

⁸ Sentencia, 11 noviembre 2011, Ord. María Eugenia y Armando Samuel Guerrero Sierra vs. Cocel Electronics Ltda. Rad. 1100 1310 3002 2008 00393 01; MP. Germán Valenzuela Valbuena.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2018 00237 01

Así las cosas, en el contexto advertido no tiene especial trascendencia haberse probado o no que la causa eficiente del accidente fuera el exceso de velocidad con el que se conducía el automotor, pues no está de más insistir en que la obligación principal surgida del contrato de transporte de personas es movilizar al pasajero sano y salvo al lugar de destino (núm. 2, art. 982 C. de Co.), siendo ésta una obligación de resultado, objetivo que no se cumplió.

Se debe concluir, entonces, que el daño fue causado por el deudor de sus obligaciones a la acreedora de las mismas, por lo que los demandados (cada uno en su respectiva calidad -guardián y empresa afiliadora-) están llamados a responder patrimonialmente por los perjuicios causados a la parte demandante, por serles jurídicamente imputable la responsabilidad, toda vez que no se logró demostrar el acaecimiento de alguna causa extraña que hubiese podido quebrar el nexo causal entre el daño y la inejecución del contrato de transporte.

4. Desestimada de esa forma la apelación de uno de los codemandados y establecida la responsabilidad civil del dueño del taxi y de la empresa afiliadora, se provee sobre la apelación formulada por la parte demandante y que, en síntesis, aspira a un aumento de las indemnizaciones que fueron reconocidas, y también a obtener el reconocimiento de otros perjuicios por los que no se profirió condena; conjuntamente también se analizaran los demás reparos de la aseguradora que se encaminaron contra esos apartes de la sentencia impugnada.

4.1. Frente al daño emergente, cuando la Juez de primera instancia se refirió a que no se cumplen 'los presupuestos', lo hizo para explicar que no se acreditó el detrimento, como seguidamente lo justificó al plasmar los fundamentos de esa afirmación, sin percibirse que haya querido

significar falta de requisito alguno determinado por la ley o por la jurisprudencia, para que proceda la condena por esta tipología de daño, como pareció entenderlo la parte demandante. Bajo este entendido, entonces, no existe la falta de motivación que se acusa en los reparos.

4.2. Todavía dentro de los perjuicios materiales, con respecto al daño emergente la parte demandante reclama el pago de una mayor indemnización. La Sala, sin embargo, confirmará la sentencia apelada en cuanto a la negativa a reconocer tal rubro con apoyo en las múltiples facturas que se adosaron al expediente y que obran en el cuaderno No. 2, pues se pretendió el reembolso de algunos productos médicos sin demostrarse que su adquisición tuviera el objetivo de tratar las lesiones que sufrió la apelante. En efecto, nótese que algunos comprobantes de pago refieren a la compra de Amoxicilina y Nistatina, Voltaren, Promicar crema 60 gramos, Clenox 40 gramos, Acetaminofén y Cicatricure Crema,⁹ etc., insumos que, en principio, sirven para el manejo de múltiples patologías, sin haberse establecido su prescripción y de suyo su relación específica con las lesiones causadas en el accidente de que acá se trata.

Por ello, se resalta la exigencia de la a-quo, en torno a que esos elementos contaran con la orden del profesional de medicina, lo cual no se suple con la epicrisis, como se repara en la impugnación, porque ese resumen se realiza con la historia clínica que es el documento médico legal donde se establece todo lo referido a la condición del paciente y lo que se decide por el personal hospitalario, visto su estado y evolución, respecto a los tratamientos y procedimientos para restablecer su salud, mientras que la prescripción de servicios es donde se define cada vez lo que el médico tratante va ordenando (medicamentos, insumos, etc) para proveer lo

⁹ Folios 3, 5, 7, 9 a 11 y 12 cuaderno 2.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2018 00237 01

necesario con miras a ejecutar la progresiva sanación del enfermo. En conclusión, no aparece en el expediente la prueba concreta que permita establecer la relación entre el gasto efectuado y el hecho dañoso.

Por demás, el gran grupo de facturas comprenden gastos que no guardan ningún tipo de relación con la afectación que sufrió la demandante (vestuario, alimentación, suplementos dietarios, artículos de belleza y aseo personal) que como se estableció en la sentencia impugnada no pueden reconocerse a título de indemnización.

Sobre los servicios profesionales de abogado contratado para instaurar el proceso, debe advertirse que no son susceptibles de reconocimiento, en la medida en que se trata de gastos que deben tasarse en la oportunidad para liquidar las costas procesales que corresponde asumir a la parte vencida en el juicio, es decir, se hallan reconocidas dentro del rubro correspondiente a las agencias en derecho, como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, cuando precisó: “...*cualquier descontento en relación con los honorarios de abogado o con los gastos que haya sido necesario atender como secuela de la convocatoria a un proceso, no hacen parte, como equivocadamente lo pretenden los incidentalistas, de los perjuicios que se les causaron, sino de las costas, por lo que su exigencia tiene como escenario el cuestionamiento de la liquidación que de ellas se haga y a través del instrumento de la objeción de las mismas*”¹⁰.

4.3. El lucro cesante ‘consolidado’ según las pretensiones se hizo consistir en los 120 días de incapacidad laboral que se otorgaron a la demandante. Y el llamado lucro ‘pasado y futuro’ en el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 20.01% que le fue dictaminado.

¹⁰ C.S.J, Auto de 30 de noviembre de 2012 Ref. 11001-0203-000-2008-01847-00

El análisis de este daño se efectuó bajo la premisa de que la demandante devengaba un salario mensual de \$600.000, frente a lo cual la parte demandante aduce: (i) que se desconoció la certificación laboral que se trajo con la demanda; (ii) se ‘tergiversó’ la versión rendida en el interrogatorio de parte; y (iii) la jurisprudencia ha dicho que nadie puede devengar menos de un (1) Smlmv, el cual debe presumirse.

Al respecto, se precisa que la prueba documental que obra en el expediente no fue ignorada por la a-quo¹¹, lo que sucede es que fue desvirtuada por la confesión de la demandante al absolver el interrogatorio de parte. En efecto, no puede pasarse por alto que los elementos de prueba aportados al expediente pueden ser despojados de su valor demostrativo, pues ninguna prueba ingresa al contradictorio “...*en arca sellada para siempre, y adquiera la categoría de verdad inexpugnable, de tal suerte que sobre ella no se pueda volver la mirada...*”¹²

Y es que en verdad Marlly Yessenia Neira Morales sin vacilación señaló que laboraba como manicurista y “*en ese momento [refiriéndose a la fecha de accidente] yo estaba haciendo como, pues en realidad como mí sueldo era relativo, pero más o menos 500, 600, 650 mensual*”¹³. Por consiguiente, la prueba que se acompañó con la demanda quedó desvirtuada con la declaración que sobre el salario dijo percibir la trabajadora, quien estaba en mejor posición para dar cuenta sobre el verdadero monto, que a la postre resultó ser menor al ‘certificado’, versión que, por demás, no se percibe alterada por la juez, ante la claridad de las palabras de la interrogada, tal como se aprecia en la cita.

¹¹ Certificación expedida por ‘Capricci Peluquería’, dice que Marlly Yessenia Neira Morales para el 2 de julio de 2016 recibía un salario quincenal de \$600.000. (f. 67 c. 1)

¹² CSJ sentencia del 1 de abril de 2003, expediente 7514.

¹³ Minuto 38:17, audiencia celebrada el 7 de mayo de 2019.

En cuanto a que en esta materia la Corte Suprema de Justicia tiene definido que debe tomarse como base el salario mínimo legal, esa Corporación no ha sentado que siempre ha de estimarse que una persona percibe una determinada remuneración, y la jurisprudencia que cita la censura no respalda tal aseveración, porque es claro que el sueldo debe atender múltiples factores, tales como: el horario laborado (medio tiempo o tiempo completo), el tipo de contrato laboral (indefinido, por prestación de servicios, por labor u obra determinada), etc. Por lo demás, lo que sí se ha establecido como precedente judicial es que cuando en una contienda no se logre determinar el salario se debe acudir al mínimo vigente, presupuesto que no es aplicable en este caso, habida cuenta que acá existió prueba del valor que la demandante devengaba mensualmente por la labor en que se desempeñaba.

4.4. Establecida probatoriamente una remuneración mensual de \$600.000, el lucro cesante ‘consolidado’ se fundó en el pago de una incapacidad médico legal de 120 días¹⁴. Al respecto, aunque es cierto que, en principio, ese valor debe ser asumido por el régimen de seguridad social, como lo expone la aseguradora demandada, lo cierto es que ese extremo procesal, como ninguno de los co-demandados aportó, como era su carga, prueba que permita corroborar la ocurrencia de dicho pago, motivo que resulta suficiente para despachar desfavorablemente su reparo porque la indemnización a la víctima debe atender el principio de reparación integral.

Ahora bien, repara la parte demandante en que no se aplicaron las fórmulas decantadas por la Corte Suprema de Justicia, pero para esta particular indemnización no existe ninguna operación matemática que

¹⁴ Folio 23 c. 1.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2018 00237 01

utilizar, diferente a aplicar ese valor mensual de \$600.000 para efectuar la multiplicación por los 120 días de incapacidad. En este aparte no tiene injerencia alguna el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, porque es sólo el pago de los días en que la actora no pudo laborar por la incapacidad médico legal que obra en el plenario.

Así entonces, como no se demostró que la incapacidad fuera satisfecha por alguna Eps, Arl o aseguradora, ese valor debe ser pagado por los demandados. Y aunque en principio la prueba incorporada al momento de dictar la sentencia (consulta en página web de Adres), habría limitado *in situ* la oportunidad de las partes para pronunciarse sobre ella, en el caso concreto ese elemento de juicio sirvió para demostrar que para el día del accidente la demandante no estaba afiliada a ninguna Eps. Por manera que al excluirse de la valoración ese elemento de juicio, que es lo que se tiene que hacer, para que no hubiera lugar al lucro cesante que la actora llamó ‘consolidado’, la contraparte tenía que acreditar que la incapacidad de 120 días fue cancelada a la víctima, cosa que no sucedió y motiva que se mantenga la condena sobre ese concepto.

4.5. En lo relativo al lucro cesante pasado y futuro, sin preámbulos se anuncia que está llamado a ser reconocido en favor de la demandante - víctima directa-, en la medida en que no es menester, como lo entendió el a-quo, que se acreditara que con ocasión del accidente estuvo imposibilitada para acceder a un empleo.

Si la situación se presentara como lo estimó la juez de primera instancia, tal *sub especie* de indemnización únicamente podría reconocerse a quienes como consecuencia del daño quedaran en estado de invalidez absoluta, lo cual ciertamente no se acompasa con la situación de las víctimas que pierden un porcentaje de su capacidad laboral. Sin embargo,

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2018 00237 01

los así afectados también experimentan una pérdida, obviamente de menor entidad que la que sufren quienes padecen una invalidez total, pero sobre la que tienen igual derecho a ser indemnizados, ya que una merma en la capacidad laboral, cualquiera que sea su origen y naturaleza, incide de manera objetiva en el potencial para la generación de ingresos, evidentemente que si se toman 2 individuos de condiciones análogas, *in abstracto* estará en condiciones de producir más renta aquél de ellos que se encuentre al 100% de sus capacidades, por manera que todo tipo de disminución de ese potencial, al incidir negativamente en la fuerza de trabajo de la víctima como potencial instrumento de generación de riqueza, deba ser resarcida.

Así las cosas, establecido que la pérdida de la capacidad laboral de Marilly Yessenia Neira Morales fue de 20,01% (f. 66 c. 1), el Tribunal liquidará el lucro cesante pasado y futuro, partiendo de que al momento del daño ella devengaba \$600.000 mensuales, asignación a la que se le aplicará el porcentaje correspondiente a la pérdida de la capacidad laboral, quedando así monetizada dicha pérdida.

- Lucro cesante pasado.

Para su concreción se parte desde el 3 de noviembre de 2016¹⁵, hasta el 27 de septiembre de 2019, fecha de la decisión de primera instancia, esto es, 34 meses; con base en el salario mensual probado de \$600.000, que es la base para calcular dicho perjuicio, el cual se cuantificará de acuerdo con los parámetros y fórmulas financieras utilizadas por la doctrina nacional y la jurisprudencia¹⁶.

¹⁵ Se toma esta fecha porque la remuneración de los primeros 120 días después del accidente se suplen con la retribución que hubiera obtenido durante el tiempo de incapacidad médico legal, valor que también se está reconociendo en el *sub judice*.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 9 de julio de 2010.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2018 00237 01

Se aplica la siguiente fórmula para obtener el resultado de la tabla 2¹⁷:

$$VA = LCM \times S_n$$

Dónde: VA = Valor actual del lucro cesante pasado total,

incluidos intereses del 6% anual.

LCM = Lucro cesante mensual actualizado.

S_n = Valor acumulado de la renta periódica de un peso que se paga “n” veces con un interés “i” por periodo.

La fórmula matemática para S_n es:

$$S_n = \frac{(1 + i) \text{ a la } n \text{ exponencial} - 1}{i}$$

$$S_n = \frac{(1 + 0.005) \text{ a la } 34 \text{ exponencial} - 1}{0.005}$$

Siendo: i = tasa de interés por período

n = número de pagos (en nuestro caso, número de meses a liquidar).

$$LCM = \$600.000$$

$$S_n = (1 + 0.005) \text{ a la } 34 \text{ exponencial} - 1, \text{ todo dividido por } 0.005$$

$$S_n = 36,960575 \text{ (factor)}$$

$VA = \$600.000 \times 36,960575 = \$22.176.345$, de los cuales, como se anticipó, la demandante sólo tiene derecho al 20,01%, por lo que la indemnización efectiva a su favor es de: \$4.437.486.

- Lucro cesante futuro.

¹⁷ Tratado de responsabilidad civil, Javier Tamayo Jaramillo.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2018 00237 01

A efectos de completar los elementos para liquidar el lucro cesante, se tiene que desde el 27 de septiembre de 2019¹⁸ y hasta cuando la demandante cumpla con su respectiva expectativa de vida que es de 58.7 años¹⁹, restan por liquidar 403 meses que para su cuantificación final, se utilizará la siguiente fórmula:

$$VA = LCM \times SN$$

LCM = \$600.000 (Valor actual del lucro cesante mensual)

Meses = 403

Sn = Factor²⁰ 176.4129

$$VA = 600.000 \times 176.4129$$

$$VA = \$105.847.410.$$

En consecuencia, se tiene que por lucro cesante futuro la operación arroja \$105.847.410, de los cuales la demandante sólo tiene derecho al 20,01%, por lo que la indemnización efectiva a su favor es de: \$21.180.132,80, que adicionado al lucro pasado \$4.437.486, arroja un gran total de **\$25.617.618,80.**

4.6. En cuanto a los perjuicios de naturaleza extrapatrimonial, el daño a la vida de relación se reconocerá por este Tribunal en favor de la víctima directa como un perjuicio autónomo del moral. Al respecto, argumentó la *a quo* para denegar la reparación de esa especie de daño que la demandante en el interrogatorio de parte lo único que dijo fue que a causa de las lesiones no pudo volver a jugar con su ‘hija’, hecho

¹⁸ Para esta fecha la víctima tenía 25 años y 10 meses.

¹⁹ Datos que se toman de la Resolución 0110 de 22 de enero de 2014, expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia.

²⁰ Tratado de responsabilidad civil, Javier Tamayo Jaramillo Tomo II, según la tabla cinco, Pág. 949.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2018 00237 01

insuficiente para estructurar del daño, quien además no probó con el registro civil su calidad de madre.

Sobre la naturaleza del daño a la vida de relación, la Corte Suprema de Justicia en decisión que sentó precedente en la materia, consideró que:

“...esta especie de perjuicio puede evidenciarse en la disminución o deterioro de la calidad de vida de la víctima, en la pérdida o dificultad de establecer contacto o relacionarse con las personas y cosas, en orden a disfrutar de una existencia corriente, como también en la privación que padece el afectado para desplegar las más elementales conductas que en forma cotidiana o habitual marcan su realidad. Podría decirse que quien sufre un daño a la vida de relación se ve forzado a llevar una existencia en condiciones más complicadas o exigentes que los demás, como quiera que debe enfrentar circunstancias y barreras anormales, a causa de las cuales hasta lo más simple se puede tornar difícil. Por lo mismo, recalca la Corte, la calidad de vida se ve reducida, al paso que las posibilidades, opciones, proyectos y aspiraciones desaparecen definitivamente o su nivel de dificultad aumenta considerablemente. Es así como de un momento a otro la víctima encontrará injustificadamente en su camino obstáculos, preocupaciones y vicisitudes que antes no tenía, lo que cierra o entorpece su acceso a la cultura, al placer, a la comunicación, al entretenimiento, a la ciencia, al desarrollo y, en fin, a todo lo que supone una existencia normal, con las correlativas insatisfacciones, frustraciones y profundo malestar”.

Bastan esas premisas para poner en evidencia la sinrazón de la tesis sostenida en primera instancia para denegar una indemnización por este concepto, pues muy por el contrario, está suficientemente acreditado que el accidente dejó en su víctima directa alteraciones de orden físico²¹ que determinaron que se calificara una pérdida de la capacidad laboral en

²¹ Según el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez presenta “fractura de clavícula izquierda, fisura en cadera izquierda, traumas cortantes en cara, brazo derecho, fractura de fémur y tibia izquierda, tibia y peroné derecho”. Además estuvo sometida a terapia física y apoyo parcial. Fue sometida a cirugía plástica y dos operaciones ortopédicas. Con cicatriz quirúrgica en clavícula izquierda, cara lateral y medial de cuello de pie derecho y medial izquierdo. (fs. 60 a 66 c. 1)

porcentajes ya conocidos. A partir de las conclusiones contenidas en el trabajo de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, como de la historia clínica, la Sala infiere, por lo demás con la fuerza propia del indicio necesario, que de tales mermas en la fuerza productiva se puede tener por demostrado que su cotidianidad también resultó diezmada.

El daño físico padecido asimismo permite inferir que las afectaciones a la vida de relación se produjeron y trascienden al resto de su vida, pues ellas derivaron en una pérdida catalogada como “incapacidad permanente parcial”, según lo determinó la Junta Regional de Invalidez (f. 66 c. 1). Entonces la Sala estima²² que por dicho concepto se debe reconocer a favor de Marly Yessenia Neira Morales una indemnización de \$20.000.000. No obstante la congruencia, aunque dentro de los límites de lo pedido, esta ponderación se hace en pesos y no en salarios mínimos, en atención a claros y consistentes precedentes sobre el punto²³. Con todo, dados los límites de la competencia del ad-quem, no se varían las determinaciones sobre ese particular que no fueron impugnadas, y que de todos modos, pese a su tasación en salarios, se tradujeron a pesos.

4.7. Para finalizar el análisis de la apelación en cuanto a los daños extrapatrimoniales, la Sala no accederá a la solicitud de incrementar la indemnización del daño moral a favor de la demandante, ni tampoco a negar el detrimento, como lo reclama la alzada de la aseguradora. Al respecto debe memorarse que la tasación se hizo al abrigo del arbitrio

²² “La valoración de ese daño [vida de relación], ha sentado así mismo la doctrina jurisprudencial citada, dada su estirpe extrapatrimonial, es propia del prudente arbitrio del juez (*arbitrium iudicis*), acorde con las circunstancias particulares de cada evento” CSJ sentencia SC22036-2017 de 19 de diciembre de 2017. Radicado No. 73001-31-03-002-2009-00114-01.

²³ Al ser la cuantía de los daños extrapatrimoniales “un asunto que queda reservado al justo criterio del fallador, y como quiera que no se trata en este evento más que de mitigar el dolor que sufre el demandante a consecuencia del hecho dañoso, y no en estricto sentido de una reparación propiamente dicha, no tendría sentido acudir a patrones (corrección monetaria, oro, upac, dólar, uvr) cuya utilidad práctica consiste con mayor o menor eficacia en mantener en el tiempo la tasación del daño, en servir de correctivo de la desvalorización de la moneda nacional, que con el paso del tiempo pierde su poder adquisitivo y por tanto hace irrisoria una suma fijada en pesos, a modo de indemnización por equivalente” (CSJ. sent. de 17 de agosto de 2001, exp. 6492. y sent. 19 de noviembre de 2011, exp. 00533).

judicial, como que tal es la forma que se tiene reconocida para proveer una indemnización en estos casos en atención a la comprobada imposibilidad de fijarle de antemano un valor al dolor que experimentan las víctimas, como a la afección de sus sentimientos.

En ese orden, sin que existan referentes de obligatorio cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales, y sin que tampoco sea dado reclamar una indemnización por perjuicios morales en un caso determinado tomando como referencia lo que en otros asuntos hayan resuelto los jueces, encuentra el Tribunal que la reparación concedida consulta las circunstancias acreditadas en el presente proceso.

Así las cosas, considera la Sala que la indemnización en lo relativo al daño moral, compensa de manera equitativa, en todo cuanto quedó probado, las afecciones, congojas, el dolor y en general, la pesadumbre moral experimentada por la víctima directa con ocasión del accidente ocurrido el 3 de julio de 2016. Entonces, no se abren paso los fundamentos del recurso de la demandante, dado que en esta materia la jurisprudencia civil ha sido clara en señalar que es al arbitrio del juzgador al que ha de someterse la graduación monetaria de ese tipo de daño²⁴, sin que a la sazón resulten especialmente útiles los criterios tenidos en cuenta en la jurisprudencia contencioso administrativa.

5. Sobre la indemnización reconocida a la demandante se debe condenar a la Compañía Mundial de Seguros S.A., no propiamente como llamada en garantía, sino directamente como demandada principal, específicamente por los valores que deba pagar su asegurada Tax Express S.A., teniendo como base los topes y especificidades de los dos contratos de seguro suscritos, pero ello no implica que deba ser declarada

²⁴ V. gr. Cas. Civ. de 26 de agosto de 2010.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2018 00237 01

responsable, como así se determinó en la sentencia de primera instancia, porque no tuvo ningún tipo de relación en la ocurrencia de los hechos, salvo la celebración de los negocios de seguro.

6. Finalmente, como lo indicó la parte actora en su apelación, la sentencia de primera instancia omitió pronunciamiento sobre las pretensiones 12 y 13 de la demanda, falencia que debe asumir el Tribunal, como lo dispone el inciso segundo del artículo 287 del Cgp.

Sobre la indexación de los perjuicios desde la fecha del accidente, la juez a-quo procedió en tal forma para el daño emergente. El lucro cesante pasado tiene un componente de réditos del 6% que estima la Sala suficiente para superar la pérdida adquisitiva que tiene el dinero por el transcurso del tiempo; el lucro cesante futuro no puede ser indexado, porque se genera por circunstancias posteriores a la sentencia de primera instancia. Para los perjuicios inmateriales no es posible reconocer indexación, ya que su fijación corresponde al prudente arbitrio del juzgador y se hace con la condena de la respectiva sentencia. En consecuencia, las pretensión 12 de la demanda será denegada.

De otro lado, solicitó la demandante que se condene a la Compañía Mundial de Seguros S.A. al pago de intereses moratorios en la forma prevista en el artículo 1080 del C. de Co., norma mercantil que prevé que la aseguradora tiene la obligación de cancelar el siniestro “*dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aun extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077*”, y vencido este plazo, pagará adicionalmente réditos moratorios a la una y media veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera, postulado que se basa en que la inobservancia del pago del siniestro “*provoca una inequitativa y de paso*

inconsulta dilación en el cumplimiento del deber de prestación a cargo del asegurador, desnaturalizando así la inocultable teleología bienhechora reconocida universalmente al contrato de seguro, pues si de este negocio jurídico emana la obligación condicional de la entidad aseguradora (nral. 4 art. 1045, en concordancia con el art. 1054 del C. Co., en lo pertinente), ocurrido el siniestro, en virtud de la realización del referido riesgo asegurado (arts. 1054 y 1072 ib.), surge –in actus- la obligación a cargo de ésta de satisfacer la prestación asegurada (art. 1080 ib.)”²⁵.

Ahora bien, por su parte, el artículo 1077 CCo., al cual remite dicha regla, asigna al asegurado la carga de demostrar la ocurrencia y cuantía del siniestro, requisitos que para el caso concreto no se habían satisfecho, puesto que no hay prueba de que la demandante hubieran acreditado ante la aseguradora la ocurrencia del suceso condicional amparado, a lo que se agrega que, de hecho, tampoco se demostró en su momento la cuantía de la pérdida, motivos suficientes para no acceder esa pretensión.

En consecuencia de todo lo dicho, se modificará la sentencia de primera instancia, para: (i) ordenar el resarcimiento tanto del lucro cesante (pasado y futuro), como del daño a la vida de relación; (ii) discriminar lo conceptos por los que existió condena en la providencia impugnada (daño emergente y moral); y (iii) aclarar la participación de la aseguradora en el *sub judice*, y disponer que los demás demandados son solidariamente responsables. Ante las resultas de las apelaciones, no se impondrá condena en costas.

DECISIÓN

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 2 de febrero de 2001; expediente 5670.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2018 00237 01

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:

I. MODIFICAR los ordinales primero y segundo de la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2019, por el Juzgado Cuarenta Civil del Circuito de Bogotá, los cuales quedarán así:

“PRIMERO: DECLARAR que Diego Alejandro Patarroyo y Tax Express S.A., son civil, solidaria y contractualmente responsables de los perjuicios patrimoniales por daño emergente, lucro cesante pasado y lucro cesante futuro, y de los extrapatrimoniales por daño moral y daño a la vida de relación sufridos por Marrly Yessenia Neira Morales, por el incumplimiento del contrato de transporte generado con ocasión del accidente de tránsito ocurrido el 3 de julio de 2016, cuando se desplazaba como pasajera del vehículo taxi de palcas VEV-937.

SEGUNDO: En consecuencia, se condena a Diego Alejandro Patarroyo y a Tax Express S.A. a pagar Marrly Yessenia Neira Morales, la suma de: \$3.429.388, por daño emergente y el valor de \$25.617.618,80., por concepto de lucro cesante, tanto pasado como futuro.

Se condena a Diego Alejandro Patarroyo y a Tax Express S.A., a pagar a la demandante perjuicios inmateriales en los siguientes términos:

Daño moral por un monto de \$24.843.480. Daño a la vida de relación en una suma de \$20.000.000..

Disponer que las sumas causadas y señaladas a favor de la parte demandante sean pagadas en el término máximo de 5 días siguientes a la

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2018 00237 01

ejecutoria de esta sentencia, so pena del pago de intereses a la tasa del 6% anual.

Condenar a la Compañía Mundial de Seguros S.A., como demandada directa, conforme las pólizas contratadas por Tax Express S.A., a pagar las sumas a que fue condenada la empresa afiliadora, atendiendo los límites de cobertura y términos del contrato de seguro”.

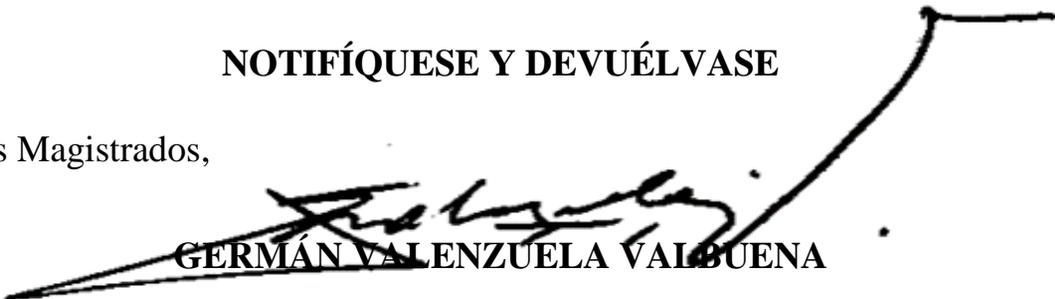
2. Adicionar a la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2019, por el Juzgado Cuarenta Civil del Circuito de Bogotá, el siguiente ordinal:

“SEXTO: Denegar las pretensiones 12 y 13 de la demanda”.

3. En todo lo demás se **CONFIRMA** la sentencia apelada. Sin condena en costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

Los Magistrados,



GERMÁN VALENZUELA VALBUENA



ÓSCAR FERNANDO YAYA PEÑA



MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA

Radicado: 1100 1310 3040 2018 00237 01

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de dos mil veinte (2020).

VERBAL de RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL de RUTH CAROLINA MELENDEZ PARRA contra la persona jurídica GCSI GRUPO COLOMBIANO DE SEGURIDAD INTEGRAL ADVISEGAR LTDA. Exp. 011-2016-00304-02.

Acomete el Magistrado Sustanciador el análisis de la concesión del recurso extraordinario de casación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por la Sala el día 20 de agosto de la presente anualidad, en el asunto de la referencia.

I.- ANTECEDENTES

1.- Procedente del Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá correspondió al Tribunal conocer de la alzada interpuesta en contra de la sentencia de fecha 14 de febrero de 2019 dictada por esa autoridad, por la que se declaró el incumplimiento del contrato de corretaje, se ordenó a la persona jurídica demandada a pagar la remuneración en la forma pactada en los contratos, al tiempo que reconoció el valor de la cláusula penal a la que se obligaron las partes. (fls, 234 a 236 c. 1).

2.- Esta Corporación en sentencia dictada el 20 de agosto hogaño modificó el numeral 3° de la proferida en la primera instancia, en el sentido de ordenar a la demandada GRUPO COLOMBIANO DE SEGURIDAD INTEGRAL ADVISEGAR LTDA. el pago nominal de las cláusulas penales pactadas en los convenios GCSI-001-2015 y GCSI-002-2015, al verificarse el incumplimiento contractual de la parte demandada, deduciéndose de las mismas los valores pagados anticipadamente y revocándose en lo demás lo dispuesto en dicho nomenclador.

3.- En escrito enviado vía electrónica el 27 de ese mismo mes y año, dirigido a la Secretaría de la Sala Civil de este Tribunal, la apoderada de la parte demandante interpuso el recurso extraordinario de casación en contra del aludido fallo.

II. CONSIDERACIONES

1.- El recurso extraordinario de casación procede contra las sentencias señaladas taxativamente en el artículo 334 del C. G. P, cuando son proferidas por los tribunales superiores en segunda instancia: 1) las dictadas en toda clase de procesos declarativos. 2) las dictadas en las acciones de grupo cuya competencia corresponda a la jurisdicción ordinaria. 3) Las dictadas para liquidar una condena en concreto.

2.- Resulta necesario advertir que la cuantía para recurrir en casación ha venido siendo modificada, primero, por el Decreto 522 numerales 1º y 2º de 1988 y, por la Ley 592 de 2000 posteriormente Ley 1564 de 2012 -Código General del Proceso- así dispone el artículo 338 que: “Cuando las pretensiones sean esencialmente económicas, el recurso procede cuando el **valor actual** de la resolución desfavorable al recurrente **sea superior a un mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (1000 smlmv)**...” (Énfasis del despacho).

3.- En el asunto puesto a consideración el requisito formal contemplado en el artículo 337 del C.G.P. sobre la oportunidad y legitimación para interponer el recurso se cumple, frente a la parte demandante quien se vio **desfavorecida** con la sentencia emitida por esta Corporación y Sala, ya que sólo quien tenga un específico interés vinculado a la decisión objeto de este medio extraordinario de impugnación, está legitimado para formularlo.

Al respecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, ha dicho:

“Ahora, del agravio que al impugnante ocasione la decisión combatida, surge el denominado **interés para recurrir**, que naturalmente **se predica sólo de quien haya resultado vencido en la instancia**, siempre y cuando, por supuesto, no haya renunciado a ese interés”.

“Al respecto se ha expresado cómo ‘por cuanto los recursos son medios establecidos por la ley para obtener la corrección de los errores del juez que perjudican a quienes son parte en el proceso, la doctrina y la jurisprudencia tienen dicho que uno de los **presupuestos indispensables para la procedencia de la casación es la existencia de interés legítimo en el impugnador, que se concreta en el perjuicio que la providencia cause al recurrente**. (G.J t. CXLVIII, p. 110)¹ (Resaltado fuera de texto).

¹ Auto No. 036 de 18 de febrero de 1998, exp. 7018, reiterado en autos del 7 de septiembre de 2011. Exp. No. 2000-00162-01 y 5 de noviembre de 2013. Exp. No. 2007-00737-01.

4.- En relación a la determinación del interés económico para recurrir, se debe partir del valor actual de la resolución desfavorable a la recurrente, siempre exceda de un mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El monto mínimo del interés para recurrir en el presente año es el siguiente:

$$1000 \quad \text{S.M.L.M.V.} \quad \times \quad \$877.803.00,^2 \quad = \\ \mathbf{\$877'803.000.00.}$$

Ahora bien, establece el artículo 339 ejúsdem que: “Cuando para la procedencia del recurso sea necesario fijar el interés económico afectado con la sentencia, **su cuantía deberá establecerse con los elementos de juicio que obran en el expediente. Con todo, el recurrente podrá aportar un dictamen pericial si lo considera necesario, y el magistrado decidirá de plano sobre la concesión**”.

4.1.- En el presente asunto, para calcular “el valor actual de la resolución desfavorable a la recurrente” se debe tener en cuenta el quantum revocado por este Tribunal, ya que, es en ese monto donde se surge el interés económico para recurrir en casación de la convocante Ruth Carolina Meléndez Parra, de acuerdo a los parámetros jurisprudenciales fijados en casos similares.

4.2.- En tal sentido, véase que en el fallo de primer grado se ordenó a la sociedad demandada cancelar las sumas de \$78'678.944.00 en relación con el convenio GCSI-001-2015 y \$107'500.000.00 por el contrato GCSI-002-2015, a favor de la demandante -recurrente en casación- por concepto de remuneración pactada en dichos negocios jurídicos, y los cuales fueron revocados en la sentencia de segunda instancia proferida dentro de este asunto por esta Corporación, de ahí que la resolución desfavorable para la misma ascienda a la suma de **\$186.178.944,00** el cual resulta ser ostensiblemente inferior a la cuantía mínima necesaria para acceder a la concesión del recurso de casación.

Así las cosas, se puede inferir sin hesitación alguna que no se cumple con el requisito del interés para recurrir actualmente en casación, cuyo quantum se encuentra en un mínimo de **\$877'803.000.00**, para la época en que se dictó la sentencia e interpuso el recurso extraordinario en comento.

5.- En ese orden de ideas, habrá que negarse la concesión del recurso de casación en la medida que no aparece acreditada la cuantía necesaria para su procedencia.

² El salario legal mensual vigente para el año 2020 se fijó mediante Decreto No. 2360 del 26 de diciembre de 2019, en la suma de \$877.803.00 pesos m/cte.

III. DECISION

Por lo expuesto, el Magistrado Sustanciador del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.,

RESUELVE:

***NEGAR** la concesión del recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha 20 de agosto de 2020, proferida por esta Sala en el asunto de la referencia.*

NOTIFÍQUESE



JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEPTIMA CIVIL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente
OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

Bogotá, D.C., diez de septiembre de dos mil veinte
(discutido en salas de 22 de julio y 10 de agosto del mismo año, aprobado en la segunda)

11001 3110 027 2017 00541 02

Se decide la apelación que formularon los demandados contra la sentencia que el 10 de febrero de 2020, profirió el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá en el proceso ejecutivo para efectividad de la garantía real promovido por el acreedor hipotecario, Luis Alfredo Manrique Quevedo contra Álvaro Rodríguez Bautista y Ana Felisa López Prieto.

ANTECEDENTES

1. Con fundamento en tres pagarés, sin número, suscritos el 18 de noviembre de 2015, el 26 de febrero de 2016 y el 16 de marzo de 2017, se libró mandamiento de pago el 2 de octubre de 2017 contra los ejecutados, por las sumas capitales de \$54'000.000,00; \$38'000.000 y \$38'000.000, con sus intereses moratorios, hasta la fecha de pago.

2. **LA OPOSICIÓN.** Se formularon las siguientes excepciones:

“imposibilidad de cobro de los acreedores por falta de literalidad del título valor de la cuota del derecho divisible que le pertenece a cada uno”. Alegaron que la demanda fue presentada por uno sólo de los beneficiarios cambiarios, sin que de los pagarés se pudiera deducir solidaridad por activa, razón por la cual y de acuerdo con los artículos 632 y 822 del Código de Comercio y 1568 y 1581 del Código Civil, deberá tomarse en consideración que esas obligaciones son divisibles.

“ausencia de cadena de endosos” (arts. 647 y 651 del c.co.). Afirmaron los opositores que en el demandante no recae la facultad legal de cobro al no ser legítimo tenedor del pagaré suscrito el 16 de marzo de 2017, ya que, solamente obtuvo la tenencia, pero no le fue endosado al único ejecutante.

“inexistencia de la obligación por incumplimiento de acreedor” (1500, 2221 y 2222 del c.c.), por cuanto el contrato de mutuo no se perfeccionó por la falta de entrega de las sumas de dinero.

“enriquecimiento sin justa causa del demandante” (art. 831 c.co.) ya que el actor pretende la restitución de sumas de dinero que nunca fueron entregadas a los supuestos deudores y así aumentar indebidamente su patrimonio;

“contrato no cumplido” (art. 1609 del c.c.). Por la inejecución de la obligación del mutuante de dar sumas de dinero a los ejecutados no están los mutuarios en mora, ni obligados a restituir las

Y, por último, “mala fe” (artículo 79 c.g.p.) por la falta de elementos fácticos y probatorios que demuestren la existencia del negocio jurídico, su cumplimiento y la mora alegada.

3. EL FALLO APELADO. El juez *a quo* acogió la excepción de “ausencia de cadena de endosos”, pues encontró que la beneficiaria del pagaré sin número, suscrito el 16 de marzo de 2017 (fls. 6-7) es María Cristina Manrique Villamil y no el señor Luis Alfredo Manrique Quevedo (único ejecutante).

En ese entendido, dispuso continuar con la ejecución sin incluir el importe de aquel título valor y desestimó las demás defensas que plantearon los ejecutados.

Añadió que, como “los demandados suscribieron los pagarés en un mismo grado, son obligados solidariamente a cancelar el importe de la obligación”; que a aquellos no les es factible “alegar incumplimiento del negocio causal relevándose de cancelar las obligaciones (...) cuando fueron ellos quienes autorizaron a terceras personas a fin de que recibieran las sumas mutuadas por el demandante”, y que, de la recepción de los dineros mutuados “dieron cuenta los testimonios recaudados” en el proceso.

4. LA APELACIÓN. La parte inconforme bifurcó su discurso de la siguiente manera.

4.1. De un lado, sostuvo que el juez *a quo* incurrió en un “defecto sustantivo por inaplicación del artículo 1568 del Código Civil”, dada la existencia de pluralidad de acreedores, por lo cual, resaltó que el juez se equivocó “al otorgarle el grado de solidaridad de los acreedores cuando no cumplió el requisito de ser establecida la calidad solidaria (...) ni haber sido expresada dentro del título”.

Añadió que se produjo la “indebida aplicación del artículo 632 del Código de Comercio”, pues la presunción que establece la norma, “se predica respecto de los signatarios o suscriptores” y “jamás de la parte activa o acreedores de la ya mentada relación jurídica”.

4.2. De otro lado, manifestó que se produjo una indebida valoración de las declaraciones de parte que absolvieron tanto el ejecutante, como la demandada Ana Felisa López Prieto, al igual que del testimonio que rindió Leonardo Ossa Gómez, versiones que muestran “que el accionante no cumplió con el negocio hoy ejecutado, es decir, con el mutuo”, que tales dineros los entregó el hoy ejecutante a Leonardo Ossa Gómez, sin autorización de los ejecutados, quienes jamás recibieron de su yerno, total, ni parcialmente, el producto del mutuo.

Con tales argumentos los opositores insistieron en la prosperidad de la excepción de “contrato no cumplido”.

CONSIDERACIONES

1. Verificada la ausencia de irregularidades que impidan proferir decisión de fondo, la Sala decide el resumido recurso de apelación.

Ha de tenerse en cuenta que con el fallo impugnado se excluyó de la ejecución el cobro atinente a uno de los tres títulos valores que soportó el mandamiento de pago (pagaré sin número suscrito el 16 de marzo de 2017, por un capital de \$38'000.000), y que aquí no apeló la parte actora, única desfavorecida con esa decisión. Por tal razón, el Tribunal no efectuará ningún pronunciamiento adicional sobre ese particular, por respeto al principio de la “*no reformatio in pejus*”.

En ese mismo orden de ideas se advierte que la apelación recayó sobre la continuidad de la ejecución por los otros dos pagarés, los suscritos el 18 de noviembre de 2015, capital de \$54'000.000 y el 26 de febrero de 2016, capital de \$38'000.000, y que, al igual que lo hicieron al formular sus excepciones, los opositores enfilaron la sustentación de su alzada, con dos propósitos claramente diferenciables:

Uno, para que se excluya de la ejecución el cobro por los dos pagarés de los que viene de hablarse, lo cual impondría un fallo totalmente favorable a los recurrentes, y el otro, con miras a que se ajuste esta actuación coercitiva, tomando en consideración que respecto de ninguno de esos cartulares es factible deducir una solidaridad por activa.

Lo segundo, lo comparte el Tribunal, no así lo primero. De ahí que se imponga reducir, en una mitad, los montos por los que ha de proseguir la ejecución. A explicar todo esto se destinarán las ulteriores consideraciones.

2. En la medida de lo necesario, corresponde ahora pronunciarse sobre el punto de la apelación que atañe a las declaraciones de parte del demandante; de la señora Ana Felisa López Prieto (ejecutada) y del testigo Leonardo Ossa Gómez.

Según los recurrentes, de haber valorado adecuadamente esas versiones el juez *a quo*, hubiera acogido la excepción de contrato no cumplido, por cuanto, pese a haber signado los cartulares por los que prosiguió la ejecución, al igual que la escritura pública contentiva de la hipoteca, los opositores no recibieron los dineros mutuados, ni autorizaron a su hija ni a su yerno a recibirlos.

2.1. Conviene resaltar que los dos pagarés por cuyo importe prosiguió la ejecución satisfacen los requisitos generales previstos en el artículo 621 del Código de Comercio para los títulos-valores, al igual que las exigencias que, para esta clase específica de instrumentos negociales, consagra el artículo 709, *ibidem*. Además, como en dichos documentos figura que los ejecutados los signaron en condición de otorgantes, se tiene que prestan mérito ejecutivo cual lo prevé el artículo 422 del C. G. del P.

En ese escenario conviene memorar ahora que los títulos valores son documentos que se presumen auténticos, y como tales, hacen fe de su otorgamiento y de las declaraciones o disposiciones que en ellos se hayan consignado, razón por la cual su contenido, en línea de principio, ha de considerarse como una expresión cierta de la voluntad del signatario (así lo prevén los arts. 244 y 261, C. G. del P.). Por ende, si alguna duda subsistiera en punto al diligenciamiento o al contenido del cartular, la misma habría de absolverse en contra de la parte ejecutada, pues al tenor del artículo 167 del C. G. del P., es a ella a quien correspondía probar la veracidad del sustrato fáctico de su oposición.

Aquí, la parte demandada quiere sustraerse de los efectos propios de los deudores cambiarios, alegando, no sin cierta vaguedad, que el “verdadero” deudor de las obligaciones pecuniarias que se incorporaron a los cartulares materia de este litigio, no son propiamente ellos, sino el señor Leonardo Ossa Gómez, su yerno.

Tal planteamiento no lo encuentra de recibo el Tribunal, de un lado, por cuanto la prueba recaudada muestra lo contrario, tema al que se destinará la consideración siguiente, y del otro, por cuanto así en simple gracia de discusión se diera por cierta la versión que ofrece ahora la parte apelante, habría que verse -a la luz del artículo 639 del Código de Comercio-, que quien ha otorgado un título valor sin recibir “contraprestación cambiaria” alguna (proceder que tradicionalmente se conoce como “firma de favor”) queda obligado a satisfacer el respectivo derecho de crédito que se hubiera incorporado al documento de entidad cartular, caso para el cual la norma en cita prevé expresamente que **“en ningún caso el suscriptor (...) podrá oponer la excepción de falta de causa onerosa contra cualquier tenedor del instrumento que haya dado por este una contraprestación”**.

A lo dicho con antelación se añade que en la cláusula cuarta de la escritura pública, por medio de la cual los mismos deudores constituyeron una hipoteca (abierta) en favor de su contraparte, se plasmó que esta respalda “no solamente los capitales entregados, sino también los intereses de los mismos, al igual que, “otras deudas, ya consten en pagarés, letras de cambio, etc.

En ese escenario, ni siquiera partiendo de la base fáctica que esgrimió la opositora como sustento de sus excepciones, sería factible reprochar a la parte ejecutante por haber optado por cobrar el importe de los cambiales a quien libremente los otorgó. Tampoco se olvide que “toda obligación cambiaria deriva su eficacia de una firma puesta en un título-valor y de su entrega con la intención de hacerlo negociable conforme a la ley de su circulación” (art. 625, *ib.*).

2.2. Aunque lo anotado en precedencia sería suficiente para confirmar lo que sobre ese particular dispuso el juez de primera instancia (pues, se insiste, el éxito de las excepciones no frustraría la viabilidad de la demanda ejecutiva), el Tribunal en todo caso estima importante destacar las razones por cuya virtud aquí no es factible acoger el relato fáctico que ofreció la parte apelante.

Y es que acá concurren los presupuestos que se requieren para deducir el carácter de representantes de los señores Leonardo Ossa Gómez y Rocío Rodríguez López, respecto de los ejecutados, tomando en consideración que en la legislación patria, frente a la celebración o ejecución de los contratos (como el de mutuo) que pueda realizar una o varias personas, no es indispensable su participación de manera presencial, ni directa, para que los efectos jurídicos de ese contrato real, se produzcan frente a ellos.

Es sabido, también, que para que opere la figura de la representación, regulada en el artículo 1505 del Código Civil, es menester que, se dé la “intervención” de un representante, en un acto de “índole jurídica”, en el que, “actuando en nombre del

representado” y mediando la existencia de un “poder”, se produzcan iguales efectos que si hubiere contratado él mismo¹.

Acá hace presencia la “intervención de los representantes”: Rocío Rodríguez López (hija de los deudores, acá ejecutados) y Leonardo Ossa Gómez (esposo de Rocío), quienes, según lo refleja el expediente, han acometido diferentes actos y contratos, comprometiendo patrimonialmente, por tales conductos, a los aquí demandados. Así mismo, es ostensible la intervención de “índole jurídica”, ya que, inclusive, en el otorgamiento de la escritura pública de hipoteca que pesa sobre el inmueble objeto del proceso y que su dominio ostentan los ejecutados, aparece Rocío Rodríguez López en virtud del poder a ella otorgado (ver fls. 20 y 21).

De otro lado, la declaración de parte que rindió la ejecutada Ana Felisa, muestra que su hija Rocío también participó -junto con Leonardo Ossa Gómez-, en el perfeccionamiento del contrato de mutuo, por el recibimiento de los dineros al señor Manrique Quevedo y entrega de los pagarés que firmaron los ejecutados, y que esas actuaciones tuvieron lugar “en nombre de los representados”, pues desde el momento en que fue constituida la garantía hipotecaria (escritura pública No 2401 de 20 de noviembre de 2015, fls 12 a 21), y se gestaron las primeras relaciones jurídicas que se dieron a conocer al Tribunal, los demandados han actuado por intermedio de terceras personas (su hija Rocío).

2.3. A continuación la Sala hará un pronunciamiento adicional, ya en forma más puntual, en lo que atañe a los defectos de valoración que la apelante esgrimió, en su esfuerzo por mostrar que, como no recibió los dineros y no se perfeccionó el contrato de mutuo, efecto que le asignó al hecho en que quien los recibió fue el yerno, quien no se los entregó a los ejecutados, de todo lo cual pretende deducir “incumplimiento” contractual del mutuante.

A) Aquí es bueno traer a cuento la versión de la demandada Ana Felisa López Prieto, quien a la pregunta de la juez “**¿Y usted sí había autorizado a la señora Rocío, así fuera de manera verbal para que pudieran recibir los dineros?**”, la ejecutada respondió: “A Leonardo, a Leonardo”. Por lo que nuevamente, procedió a preguntar ¿A quién autorizó? y la mencionada dijo: “**El primero si fue a Rocío y los otros no**”, seguidamente, le cuestionó: ¿Y los otros dos?, a lo que manifestó: Los otros no, Leonardo quería sacar un préstamo y de ahí me prestaba”. Por lo cual la juzgadora preguntó ¿O sea que usted autorizó a Leonardo para los préstamos por esos 2 pagarés?”, a lo que manifestó: “**Sí, pero yo no recibí plata**”.

En ese escenario, cabe añadir sobre la “existencia de poderes” que facultan a los representantes para actuar, en tanto que de lo que mandan los artículos 1505 y 2149 del Código Civil ha de colegirse que, por regla, impera la consensualidad en la “representación voluntaria” que enuncia el Código Civil, por lo que, la forma de prueba de la misma, es libre y aquí se obtiene sin dificultad, de lo que recién se transcribió.

¹ TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y DEL NEGOCIO JURÍDICO, Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, Editorial Temis, séptima edición, Bogotá D.C., pág. 334 -341.

Frente a la manifestación de la demandada López Prieto, según la cual, “había firmado porque Leonardo iba a sacar un préstamo y de ahí (él) le prestaba (a ella)”, el Tribunal observa que en tal hipótesis, que con la firma de los pagarés y de la escritura pública de hipoteca, los ahora ejecutados se erigieron en garantes de su yerno, circunstancia que no los libera de los efectos de esta ejecución, entre otras cosas, también por lo dicho en el numeral 2.1., en precedencia, en torno al alcance del precepto que regula el artículo 639 del Código de Comercio (firma de favor).

B) Pese a que el testigo Leonardo Ossa Gómez aseveró que “actuó de mala fe”, “engañó” a los demandados y “nunca les entregó los dineros, ha de verse que esas vicisitudes, no enervan lo dicho con antelación en punto al perfeccionamiento del contrato de mutuo y la mediación del testigo y su esposa, en el diligenciamiento de la documentación que en esta ejecución se presentó como título ejecutivo, ni lo atinente al hecho mismo de la autorización de los aquí ejecutados, a su yerno, para recibir los dineros que desembolsó su acreedor hipotecario.

Esa autorización, para recibir los dineros mutuados, como se registró en el literal anterior, expresamente y en forma pormenorizada la admitió la aquí ejecutada al absolver su declaración de parte.

Así las cosas, resulta pertinente recordar, en relación con los contratos reales que, en cuanto a su perfeccionamiento, son aplicables las formas de materializar la tradición de las cosas corporales muebles del artículo 754 del Código Civil. Uno de aquellos tipos es la del numeral primero, que establece la posibilidad de realizar la tradición: “...1. **Permitiéndole la aprehensión material de una cosa presente**”.

En este asunto ya se explicó que los dineros mutuados, los recibió el señor Leonardo Ossa Gómez, quien, como representante de los ejecutados, estaba facultado para ello. Vale la pena memorar que el artículo 741 del Código Civil prevé que, tanto el adquirente, como el tradente, pueden “entregar y recibir” por intermedio de terceras personas (inciso segundo), y que, “la tradición hecha **por** o a **un** mandatario debidamente autorizado, se entiende hecha **por** o a **el** respectivo mandante” (inciso cuarto).

Ya el destino último que aguardó a los dineros mutuados, según lo relató el testigo, y si este los trasladó o no a sus suegros, es cosa ajena a lo que en este litigio debe decidirse.

C) En apartes de la declaración de parte que absolvió el ejecutante, los impugnantes hicieron especial énfasis para plantear que de esa declaración emana que el señor Manrique Quevedo, “i. Nunca entregó dinero a los ejecutados; ii. Nunca le fue exhibido poder o autorización por (...) Rocío Rodríguez López y Leonardo Ossa Gómez para entregar las sumas adeudadas, iii. Nunca tuvo relación transaccional o comercial con los ejecutados y iv. Siempre todos los dineros se los entregaba a Leonardo Ossa Gómez”.

Lo anterior, queda desvirtuado en virtud del extenso análisis hecho en precedencia, ya que la razón por la cual le eran entregados los dineros objeto del mutuo a Leonardo Ossa Gómez, era consecuencia directa de la autorización que impartieron los deudores en virtud de la representación que ejercían. Por ello, no era indispensable la

entrega personalmente de los dineros a los ejecutados, máxime, cuando aquellos le enviaban los pagarés con firma autenticada.

2.4. En relación a la “excepción de contrato no cumplido”, en tratándose del reseñado contrato real, ha dicho la Corte Suprema de Justicia “el contrato de mutuo **“es un contrato unilateral**. Como real, que también es, no se perfecciona sino por la entrega de su objeto. Sin la entrega no hay contrato y sólo por ella él existe, con ella y por virtud de ella nace. No es jurídicamente admisible la acción resolutoria. Tanto el artículo 1546 como el 1609 del C. C. comienza diciendo: ‘En los contratos bilaterales’ para establecer aquél la condición resolutoria tácita y para establecer éste la mencionada excepción de contrato no cumplido, **son inaplicables, en fuerza de estas claras y consabidas nociones, a un contrato unilateral**” (sentencia de 3 de junio de 1947, LXII-429).

Ese criterio jurisprudencial que es aplicable al caso, “porque si bien el Código de Comercio no define el ‘contrato de mutuo’, por la remisión establecida en el artículo 822 del mismo estatuto, la noción que respecto de dicho ‘contrato’ trae el Código Civil en el artículo 2221, sirve a los propósitos de este proceso. Por esto, debe seguirse que el ‘mutuo’ comercial, al igual que el civil, es un ‘contrato’ de naturaleza real”.²

2.5. En resumidas cuentas, y contrario a lo ambicionado por los apelantes no resultan de recibo las argumentaciones que estos expresaron con miras a hacer exitosa las defensas que denominaron “excepción de contrato no cumplido”.

Es bueno añadir que, con base en el mismo sustrato fáctico, los opositores esgrimieron otras defensas (mala fe, “inexistencia de la obligación por incumplimiento de acreedor” y “enriquecimiento sin justa causa del demandante”). Más que excepciones perentorias distintas, esas otras defensas corresponden a denominaciones múltiples de la misma excepción que arriba se mencionó, razón por la cual no es menester pronunciamientos adicionales para desecharlas.

3. AUSENCIA DE SOLIDARIDAD POR ACTIVA. Ya se advirtió que el Tribunal revocará parcialmente la sentencia de primera instancia, esto de acuerdo con lo que esgrimieron los opositores (únicos apelantes), respecto del alcance de las normas contenidas en los artículos 632 del Código de Comercio y 1568 del Código Civil.

Ha de verse, visto el contenido de esos cartulares, que el señor Luis Alfredo Manrique Quevedo y la señora María Cristina Manrique Villamil son beneficiarios de los pagarés suscritos el 18 de noviembre de 2015 (primero) por un capital de \$54'000.000 y el 26 de febrero de 2016 (segundo) por un valor capital \$38'000.000.

Por lo anterior, la Sala abordará el problema jurídico, de si cuando hay pluralidad de acreedores o beneficiarios de un título valor, le es aplicable la solidaridad del artículo 632 del Código de Comercio, o ha de aplicarse lo preceptuado en el artículo 1568 del Código Civil, por ser una obligación divisible.

Aquí, de la literalidad de esos pagarés, por cuyo importe total el juez *a quo* dispuso proseguir la ejecución (fls 2-5), emana que, cuando se hace mención a los beneficiarios,

² CSJ, sent. de 12 de diciembre de 2006, expediente 1999 00238 01.

se usa la conjunción individual “y”, al identificarlos en la cláusula primera de cada uno de ellos (fls 2 y 4).

Ante circunstancias muy similares, la Corte Suprema de Justicia resaltó que “La situación adquiere alguna connotación, aunque de ninguna manera hasta el punto de hacerse ininteligible ni insoluble, cuando los titulares del instrumento son dos o más personas. Para estos casos la praxis mercantil ha acudido con éxito al empleo de conjunciones individuales, como "o" e "**y**", o conjuntas que reúnen ambas "y/o", existiendo disimiles criterios en su interpretación, entre ellos el primer caso la disyuntiva significa que la distribución puede efectuarse indistintamente a una u otra; **el segundo evento implica como secuela de la unión o cópula que la solución debe hacerse a los dos**; y la tercera es la mezcla de las anteriores comportando que el descargo de la obligación cartular pueda hacerse por el deudor a uno de ellos con absolutos poderes liberatorios, e inclusive ambos”³. [Subrayado y negrilla fuera del texto].

Ahora, de la consulta de las fuentes del derecho comercial, no se encuentra mandato que, para la situación que acá se comenta, establezca una solidaridad por activa. Las normas dispositivas de los títulos valores, sólo hacen relación a la solidaridad en el artículo 632 del Código de Comercio, que va dirigido, a cuando dos o más personas “suscriban” un título valor en un mismo grado, por el mismo negocio o causa, como “giradores, otorgantes, aceptantes, endosantes”, en general deudores.

Sin embargo, respecto de ninguno de los pagarés por los que continuó la ejecución, se verifica el supuesto de hecho que contempla el artículo 632 en cita, ya que los señores Luis Alfredo Manrique Quevedo y María Cristina Manrique Villamil fungen como acreedores de la promesa incondicional de pago, no como deudores cambiarios.

En consecuencia, continuando con la autonomía privada, las partes nada dijeron respecto a la solidaridad activa, por lo que, tampoco podrá valerse de está a fin de dar solución a la controversia, ni mucho menos de normas supletivas, ya que la regulación de los títulos valores, tanto en sus generalidades (arts. 619-670), como en los artículos 709 o 710 sobre el pagaré y aún en las reglas de la letra de cambio que le son extensivas por el artículo 711, no se encuentra que haya disposición aplicable que se erija como excepción a la regla general de la que se viene hablando.

Ante el desconocimiento de una costumbre mercantil que sea uniforme, pública, reiterada y relacionada con la solidaridad activa, que de acuerdo con el artículo 3 del código de comercio, tenga la misma autoridad de la ley comercial y que hubiese sido puesta en conocimiento por las partes a esta Corporación, ha de acudirse a la aplicación extensiva que consagran los artículos 2 y 822 del estatuto mercantil, a fin de lograr la integración y establecer la norma aplicable al caso.

En ese entendido, la disposición no es otra que la que contempla el artículo 1568 del Código Civil, que prevé que la solidaridad debe ser expresamente declarada cuando la ley no la establezca, y que, “**cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible (...) cada uno de los acreedores en el segundo, sólo tiene derecho a su parte o cuota en el crédito**”, salvo que por ley, convención o testamento se pacte otra cosa.

³ CSJ, sent. de 3 de febrero de 2009, expediente 00282-01.

Así mismo, la Honorable Corte Suprema de Justicia⁴ sostuvo, ante una situación que en mucho se amolda a la que ahora reclama la atención del Tribunal, que:

“Siendo el CDT un título valor, cuando el mismo se constituye por dos personas, sin distinguir entre ellas, como aquí sucedió, **es válido entender, como lo hizo el Tribunal, que ambas son titulares o propietarias del derecho literal y autónomo en el porcentaje que en él se incorpora o en subsidio por iguales partes**. En este caso específico, no hay forma de interpretar, tal como lo proclama el impugnante, que una redacción de ese tipo tenga alcances diferentes, como podría ser, por ejemplo, que cada una de ellas es dueña de todo el monto o dinero que representa el instrumento y por la tesis de la solidaridad le permita a la entidad bancaria descargarlo en su integridad a uno solo de los beneficiarios. El artículo 825 del Código de Comercio dispone: “En los negocios mercantiles, cuando fueren varios los **deudores** se presumirá que se han obligado solidariamente”. Esta presunción, tal como se desprende con claridad y nitidez de su texto literal y el que además no es posible ni válido interpretarlo de manera distinta, **consagra la llamada solidaridad por pasiva y nunca la activa, esto es, respecto de los acreedores. Es sabido que para que la última se configure tiene que existir el pacto expreso e inequívoco al respecto**”. [Negrilla y subrayado fuera del texto].

Para finalizar, de la lectura de esos dos pagarés, la Sala registra que no acreditó convención o estipulación de la cual se exprese la respectiva solidaridad de los beneficiarios o acreedores, y que, como ya fue mencionado, la ley no se pronunció sobre ella, por lo cual, el Tribunal concluye, a partir de su literalidad, que el ejecutante y la señora María Cristina Manrique Villamil en su calidad de beneficiarios cambiarios, son acreedores de una obligación divisible, y en consecuencia, el demandante, como acreedor hipotecario único, sólo podrá ejecutar su parte o cuota en el crédito contenida en los títulos valores, es decir, la mitad, y no la totalidad.

RECAPITULACION:

a. Se desatenderá la alzada en cuanto con ella se insistió en el éxito de la excepción de “contrato no cumplido”, uno, por cuanto se estableció la existencia del mutuo y su oponibilidad a los ejecutados; dos, por la naturaleza real y unilateral del contrato de mutuo, que hace improcedente, en lo que refiere a la obligación principal del mutuante, un incumplimiento, y tres, en razón de los argumentos ya esgrimidos en consideración segunda de esta providencia, con soporte en la norma que contempla el artículo 639 del estatuto mercantil (firma de favor).

El sustrato fáctico y jurídico de esa excepción de contrato no cumplido, corresponde a la sustentación de las otras defensas que desestimó el juez de primera instancia (mala fe, “inexistencia de la obligación por incumplimiento de acreedor” y “enriquecimiento sin justa causa del demandante”), sobre cuya prosperidad no insistieron los apelantes. De ahí que tales “defensas” no ameritan hoy pronunciamiento adicional por parte del Tribunal.

b. Por el contrario, ante la inexistencia de la solidaridad por activa que adujo la parte ejecutada al formular su excepción de “imposibilidad de cobro de los acreedores por

⁴ CSJ, sent. de 3 de febrero de 2009, expediente 00282-01.

falta de literalidad del título valor de la cuota del derecho divisible que le pertenece a cada uno”, se acogerá esa defensa perentoria, razón por la cual se revocará parcialmente el numeral segundo de la parte resolutive del fallo apelado, para disponer que la ejecución proseguirá únicamente por la mitad del importe de los dos pagarés que allí se mencionan (\$ 27'000.000) y \$19'000.000), con sus intereses moratorios, según se dispuso en el auto de apremio.

c. No se impondrán costas de segunda instancia, ante la prosperidad parcial de la alzada.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Séptima de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, REVOCA PARCIALMENTE el ordinal segundo de la sentencia que el 10 de febrero de 2020, profirió el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá, en el proceso ejecutivo hipotecario para efectividad de la garantía real que incoó Luis Alfredo Manrique Quevedo contra Álvaro Rodríguez Bautista y Ana Felisa López Prieto.

En tal virtud, y ante la prosperidad de la excepción de “imposibilidad de cobro de los acreedores por falta de literalidad del título valor de la cuota del derecho divisible que le pertenece a cada uno”, la ejecución solo proseguirá por la mitad del importe de los (dos) pagarés, vale decir, el suscrito el 18 de noviembre de 2015, por la suma capital de \$27'000.000 y el firmado el 26 de febrero de 2016, por la suma capital de \$19'000.000, con sus intereses moratorios, según se dispuso en el mandamiento de pago.

En todo lo demás, se CONFIRMA la sentencia apelada.

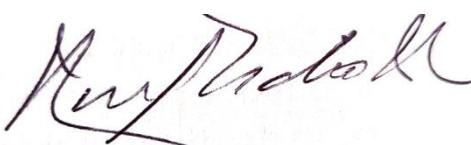
Sin costas de segunda instancia, ante la prosperidad parcial de la alzada.

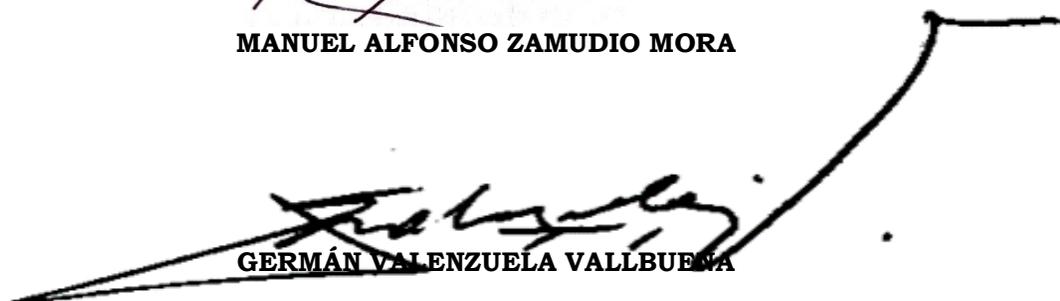
Devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Notifíquese

Los Magistrados


OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA


MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA


GERMÁN VALENZUELA VALLBUENA

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

Bogotá, D. C., diez de septiembre de dos mil veinte

11001 3199 001 2019 28061 01

Ref. Proceso verbal de protección al consumidor de PARCELACIÓN VILLAS DE YERBABUENA
P.H. frente a CERROS DE YERBABUENA S.A

Como quiera que la acá inconforme no sustentó su apelación en la oportunidad que consagra el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 (que se computó a partir de la ejecutoria del auto de 27 de agosto de 2020, mediante el cual se admitió el recurso vertical), el suscrito Magistrado DECLARA DESIERTO el recurso que interpuso la demandante contra la sentencia que, en primera instancia, se profirió en el proceso de la referencia.

Lo anterior, en armonía, además, con las previsiones del inciso final del artículo 322 del C.G.P., según el cual, **“el juez de segunda instancia declarará desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado”**.

Devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Notifíquese


OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA
Magistrado

RAMA JUDICIAL



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

Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de dos mil veinte (2020).

REF. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN DE CÉSAR WILLIAM GÓMEZ CORREAL Y OTROS CONTRA LA AGENCIA DE VIAJES Y TURISMO FALABELLA.

RAD. 110012203000201900852 00

En atención a la documental que antecede y a lo dispuesto en el artículo 151 del Código General del Proceso, según el cual “*Se concederá el amparo de pobreza a la persona que no se halle en capacidad de atender los gastos del proceso sin menoscabo de lo necesario para su propia subsistencia y la de las personas a quienes por ley deba alimentos (...)*”, se **DESIGNA** al abogado **JINNIER DAVID ORTÍZ HERRERA** identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.010.182.808 y la Tarjeta Profesional No. 207.725, domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C. e inscrito en el Registro Nacional de Abogados.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Julian Sosa Romero', is written over a printed name and identification number.

JULIAN SOSA ROMERO
C. C. 93201654 de Purificación

MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL

Bogotá D.C., diez de septiembre de dos mil veinte

Magistrada sustanciadora: **ADRIANA AYALA PULGARIN**

Radicación: 110012203 000 2020 01276 00.
Clase: Disciplinario.
Autoridad: Juzgado Setenta y Ocho Civil Municipal, transformado transitoriamente en el Juzgado Sesenta de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá.
Disciplinado(a): Nasly Vanessa Palacios Muñoz.
Auto: Acepta impedimento.

Se decide la manifestación de impedimento que para conocer de las presentes diligencias ha exteriorizado el Juez Setenta y Ocho Civil Municipal, transformado transitoriamente en el Juzgado Sesenta de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá, doctor Mauricio de los Reyes Cabeza Cabeza.

I. ANTECEDENTES

1. Argumentó el togado en mención que mediante acto administrativo del 7 de mayo de 2019 desvinculó a Nasly Vanessa Palacios Muñoz, quien para entonces fungía como Secretaria de su Despacho; momento desde el cual esta última asumió una serie de conductas que consideró *“contrarios a la ética profesional y la dignidad del cargo que venía desempeñando”*.

Agregó que la señora Palacios Muñoz lo denunció ante el Comité de Convivencia Laboral por *“presuntos actos de acoso”* que resultaron *“infundados”*, incoó una acción de tutela para solicitar su reintegro al cargo y presentó acción de nulidad y restablecimiento del derecho, aduciendo que *“fue instigada de forma violenta [por parte del mismo] a presentar renuncia”*, y que existieron *“presuntos actos discriminatorios, tratos degradantes, gritos [e] ilegalidades”*.

Finalmente informó que mediante proveído del 1° de julio de 2020 abrió investigación disciplinaria en contra de la citada ex empleada.

2. Considerando que las “manifestaciones” aludidas “perturban [su] ánimo [...] para decidir, en justicia y derecho, la [...] investigación disciplinaria”, mediante escrito del 7 de julio subsiguiente se declaró impedido, con fundamento en la causal 1ª del artículo 84 de la Ley 734 de 2002 y el numeral 1° del canon 140 del Código General del Proceso

II. CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo dispuesto en la Sala Plena Ordinaria No. 25 de 3 de agosto de 2015 realizada en este Tribunal, dentro de las funciones asignadas a la Sala de Decisión Especializada se encuentra la de “repartirse para segunda instancia los asuntos disciplinarios provenientes” de los jueces nominados, lo que arroga la competencia para resolver lo atinente a impedimentos que se presenten dentro de dicho trámite¹.

2. El numeral 1° del artículo 84 de la Ley 734 de 2002² establece que “Son causales de impedimento y recusación, para los servidores públicos que ejerzan la acción disciplinaria”, “Tener interés directo en la actuación disciplinaria, o tenerlo su cónyuge, compañero permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”.

Al respecto, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido, que:

“el ‘interés en la << actuación >> procesal’ de que habla... el numeral 1° del artículo 84 de la Ley 734... puede ser de carácter moral, intelectual o patrimonial, y es de tal connotación que obligatoriamente debe el funcionario separarse del conocimiento del asunto, pues su imparcialidad y objetividad se verían implicadas, llegando, inconscientemente, a influir en su inteligencia para fallar. Ha expresado la Corte:

*“Tal como la Sala lo tiene establecido, el ‘interés en el proceso’, erigido como causal de << impedimento >> en la norma transcrita, es aquella **expectativa manifiesta por la posible utilidad o menoscabo**, no sólo **de índole patrimonial**, sino también **intelectual o moral**, que la solución del asunto en una forma determinada acarrearía al funcionario judicial o a sus parientes cercanos, y que, **por aparecer respaldada en serios elementos de juicio, compromete la ponderación e imparcialidad del juzgador, tomando imperiosa su separación del conocimiento del proceso**” (Auto de 17 de junio de 1998, M.P. Fernando Arboleda Ripoll)”. [Énfasis no original]*

¹ Adicionalmente, sobre el particular, el Consejo de Estado ha precisado que: “Si se acepta que el competente para conocer de los recursos de apelación contra las decisiones que adoptan los jueces al calificar los servicios de los empleados judiciales de sus despachos, es el respectivo tribunal superior, en su calidad de nominador y, como tal, superior jerárquico-administrativo de aquellos funcionarios, no es congruente sostener que el mismo tribunal no es competente para conocer en segunda instancia de las decisiones que en materia disciplinaria tomen dichos jueces contra los mismos empleados.” Decisión del 2 de octubre de 2014, exp. 11001-03-06-000-2014-00121-00. M.P. William Zambrano Cetina.

² Por la cual se expide el Código Disciplinario Único. Derogado a partir del 1° de julio de 2021, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019.

³ C. S. J. Sala Plena, auto de 1° de abril de 2004, expediente N° 11-001-02-30-021-2004-00001. M.P.: Isaura Vargas Díaz.

3. En el caso de marras se encuentra acreditado que el 7 de mayo de 2019 Nasly Vanessa Palacios Muñoz denunció al Juez Setenta y Ocho Civil Municipal, transformado transitoriamente en el Juzgado Sesenta de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá, doctor Mauricio de los Reyes Cabeza Cabeza, por sendas razones que para ella constituían actos de “*acoso laboral*”; denuncia a la cual le dio alcance en varias ocasiones y que conforme a lo narrado en impedimento resultó infundada.⁴

Asimismo, que la señora Palacios Muñoz impetró acción de tutela en contra de las actuaciones adelantadas por dicho funcionario para declararla “*insubsistente*”, y que actualmente⁵ cursa ante la jurisdicción contencioso administrativa una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Dirección Ejecutiva de Administración judicial y el Juzgado mencionado⁶.

4. De la manera, como en la presente ocasión es el propio juzgador disciplinario el que manifiesta que su juicio podría verse afectado por la animadversión que le genera todo lo anterior -situación de índole intelectual y moral-, resulta razonable inferir que a este podría reportarle algún provecho o acarrearle alguna consecuencia desfavorable la suerte de lo que decida en la tramitación de la investigación que le sigue a su ex empleada, al punto que el resultado de que se trate podría influir en la resolución de la actuación que actualmente se adelanta ante la jurisdicción contencioso administrativa, máxime las delicadas manifestaciones que en la respectiva demanda se realizaron por parte de la pretensora.

5. Es por ello que no puede menos que aceptarse el impedimento formulado y, en consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 87 del Código Único Disciplinario, en concordancia con el artículo 144 del Código General del Proceso, se remitirá la indagación preliminar al juzgado que sigue en turno, en atención al orden numérico, para que asuma su conocimiento.

⁴ Cfr. archivo digital “3 acción de nulidad y restablec”

⁵ Cfr. <https://consultaprocesos.ramajudicial.gov.co/Procesos/NumeroRadicacion#DetalleProceso>

⁶ IB. Radicado 110013342050-2019-00550-00. Juzgado Cincuenta Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá,

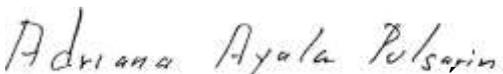
RESUELVE

PRIMERO: ACEPTAR el impedimento presentado por el Juez Setenta y Ocho Civil Municipal, transformado transitoriamente en el Juzgado Sesenta de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá, doctor Mauricio de los Reyes Cabeza Cabeza.

SEGUNDO: REMITIR la actuación al Juzgado Setenta y Nueve Civil Municipal, transformado transitoriamente en el Juzgado Sesenta y Uno de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá, para que proceda con el trámite subsiguiente.

TERCERO: COMUNICAR lo decidido al Juzgado Setenta y Ocho Civil Municipal, transformado transitoriamente en el Juzgado Sesenta de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


ADRIANA AYALA PULGARIN

Magistrada

Firmado Por:

ADRIANA AYALA PULGARIN

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 017 SUPERIOR SALA CIVIL DE LA CIUDAD
DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA D.C.,**

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

Código de verificación:

9a59cc5c4f51274670d4e5b146e280491f6cb12b7ba4a7651da806e673438781

Documento generado en 10/09/2020 09:10:31 a.m.

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., diez de septiembre de dos mil veinte

Sentencia escrita proferida con cimiento en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020.-

Proceso: Ordinario.
Demandante: Ana Myriam Moreno Gil.
Demandada: Cruz Blanca E.P.S. y otros.
Radicación: 110013103001200900124 01.
Procedencia: Juzgado 46 Civil del Circuito de Bogotá.
Asunto: Apelación de sentencia.

1

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación provocado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2019 por el Juzgado Civil del Circuito de Cáqueza – Cundinamarca en descongestión de conformidad al Acuerdo PCSJA19-11277, en el asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

1. Los señores Ana Myriam Moreno Gil y Francisco de Paula Cortés Pérez, instauraron demanda en contra de la Corporación IPS Saludcoop Cundinamarca – Clínica Veraguas, Cruz Blanca EPS S.A., EPS Organismo Cooperativo “Saludcoop”, Juan Mauricio Rojas García y Luis Rafael Rodríguez Robayo, en la que plantearon como pretensiones:

1.1. PRINCIPALES:

A. Declarar que los demandados son civilmente responsables, por responsabilidad civil contractual, de los perjuicios causados por el manejo negligente, descuidado, omisivo y deficiente suministrado a la paciente materna Ana Myriam Moreno Gil por parte de la Clínica Veraguas Cruz Blanca EPS y su personal médico durante el trabajo de parto que dio como resultado el fallecimiento de la hija de los actores el 25 de julio de 2007.

B. Se condene a las demandadas, en forma solidaria, a pagar a los demandantes el equivalente a 500 SMLMV, a cada uno, por concepto de perjuicios morales; así como, el valor de la devaluación del dinero referido en el literal anterior desde la fecha de su causación el 25 de julio de 2007, hasta que el pago se verifique, teniendo en cuenta las tablas autorizadas por el Banco de la República.

C. Se condene a los demandados al pago de costas en caso de que se opongan a las pretensiones.

2

1.2. SUBSIDIARIAS:

A. Declarar que los demandados son civilmente responsables, por responsabilidad civil extracontractual, de los perjuicios causados por el manejo negligente, descuidado, omisivo y deficiente suministrado a la paciente materna Ana Myriam Moreno Gil por parte de la Clínica Veraguas Cruz Blanca EPS y su personal médico durante el trabajo de parto que dio como resultado el fallecimiento de la hija de los demandantes el 25 de julio de 2007.

B. Se condene a las demandadas, en forma solidaria, a pagar a los demandantes, por las mismas sumas referidas en el numeral precedente.

2. Como sustento fáctico se expuso:

2.1. Ana Myriam Moreno Gil se afilió como cotizante con Cruz Blanca EPS S.A.

2.2. La señora Moreno Gil inició control prenatal de su embarazo el 25 de enero de 2007, en el Centro Médico

Familiar Cruz Blanca EPS de la Avenida 1° de Mayo en Bogotá.

2.3. El 8 de mayo de 2007, la señora Moreno Gil consultó en la Clínica Policarpa IPS de Bogotá, por presentar dolor abdominal de un mes de evolución y sangrado tipo manchado color café de 3 días. Fue valorada por el doctor Jorge Cely, especialista en ginecoobstetricia, quien realizó el diagnóstico de *Supervisión de Primigesta Añosa*, prescribió medicación y ordenó exámenes paraclínicos.

2.4. El 4 de junio de 2007 la señora Moreno Gil asistió a la Corporación IPS Saludcoop Cundinamarca - Clínica Veraguas, por presentar "*sangrado vaginal y contracciones uterinas esporádicas.*", allí fue valorada por el doctor Jorge Cely, quien diagnosticó "*falso trabajo de parto antes de la 37 semanas completas de gestación*" y solicitó: "*ECO OBSTÉTRICA + CERVICOMETRÍA*".

2.5. En control del 12 de junio de 2007 la señora Moreno Gil, asistió a la misma Clínica Veraguas, por continuar con dolor hipogástrico, allí fue atendida por la doctora Lina María Oliveros Hernández quien prescribió analgésicos, incapacidad médica e hizo recomendaciones sobre signos clínicos de alarma.

2.6. El 10 de julio de 2007, la señora Moreno Gil consultó en la Clínica Veraguas, por presentar malestar general de 5 días de evolución caracterizado por epigastralgia asociada con cefalea frontal moderada y dolor lumbar, sitio donde la asistió la doctora Lina María Oliveros Hernández, quien realizó examen dopler que mostró "*FCF 150, feto único en posición cefálica de dorso derecho*", y diagnosticó "*infección de vías urinarias, sitio no especificado*".

2.7. El 14 de julio de 2007, la señora Moreno Gil acudió de nuevo a la Clínica Veraguas, por presentar "*cuadro clínico de 4 horas de evolución consistente en sangrado vaginal escaso, no coágulos asociado a dolor tipo presión en hipogastrio irradiado a genitales, refiere actividad uterina irregular*", allí fue atendida por la doctora Denny Paola Neiza Saavedra, médica general, quien en el examen encontró feto en posición podálico y diagnosticó "*Riesgo de amenaza de parto prematuro en estudio; embarazo de 32.2 semanas*", por lo que ordenó estudio de *MONITORÍA FETAL*, parcial de orina con sonda y valoración por ginecoobstetricia.

2.8. El 17 de julio de 2007 a la señora Ana Myriam Moreno Gil se le diagnosticó embarazo de 33 semanas y amenaza de parto prematuro, momento en el cual la doctora Mónica Patricia García Zuluaga evidenció taquicardia fetal por lo que ordenó un monitoreo fetal.

2.9. El 24 de julio de 2007, a las 12:40, la señora Moreno Gil presentó severo dolor abdominal en zona hipogástrica de 7 horas de evolución y sangrado vaginal escaso, momento en el cual fue atendida por la doctora Lina María Oliveros Hernández quien en el examen físico encontró feto vivo con frecuencia cardiaca fetal de 150 por minuto, siendo hospitalizada en la Clínica Veraguas.

2.10. La señora Moreno Gil fue atendida por la doctora Luz Nancy Torres Gualtero, médica general, a las 16:00 horas del 24 de julio de 2007, quien en la historia clínica anotó: *"Paciente de 37 años; Embarazo de 32 semanas; Amenaza de parto prematuro; G2P1V1. Diagnóstico: "Falso trabajo de parto antes de la 37 semanas completa de gestación". Análisis: "Se inicia tocólisis IV con sulfato, no se coloca maduración pulmonar, en anterior hospitalización de hace 1 semana se colocó maduración pulmonar, se traslada a piso"*.

2.11. El 25 de julio de 2007, a las 0:55 horas, en control de la paciente realizado por la auxiliar de enfermería Maritza Redondo Acuña anotó en la historia clínica: *"Paciente refiere contracciones seguidas, se le toma monitoria fetal, registrando desaceleraciones fetales, se le informa al jefe Luis quien informa al doctor Rojas quien ordena subir paciente sala de partos"*.

2.12. En la misma fecha a las 1:20 horas, la materna Moreno Gil fue valorada por el doctor Juan Mauricio Rojas García quien encontró frecuencia cardiaca fetal de 123 por minuto y consignó en la historia clínica: *"Atiende llamado de enfermería Monitoria no reactiva con actividad presenta desaceleración, se sube a salas de partos, manejo por ginecoobstetricia"*.

2.13. A las 01:45 horas de esa misma data la auxiliar de enfermería Adriana Constanza Moreno Reyes realizó control a la paciente materna y anotó en la historia clínica: *"Se toma monitoria con movimientos fetales (+), con FCF (+) 144x' Paciente rompe membranas. Es nuevamente valorada por el doctor Rodríguez, quien ordena monitoria con desaceleración y ordena alistarla para cesárea urgente."*

2.14. A las 02:19 hora de ese día, el médico Luis Rafael Rodríguez Robayo, médico ginecoobstetra, examinó a la materna y anotó en historia clínica: *"Monitoria fetal presenta desaceleraciones profundas variables. Se decide desembarazar por cesárea por estado fetal no satisfactorio en paciente lejos del parto."*

2.15. A las 2:45 horas se inició cesárea y a las 02:50 horas, el médico Luis Rafael Rodríguez Robayo realizó nota de valoración pediátrica a la recién nacida hija: *"producto de madre de 37 años G2P1V1 con control prenatal (6) riesgo obstétrico alto....ingresó en la mañana del 24 de julio en trabajo de parto, en control se evidenció desaceleraciones severas hasta 50. Se pasó a cesárea. Se recibe recién nacida sexo femenino sin esfuerzo respiratorio, bradicardia 50 cianosis . Se encontró meconio espeso y doble circular al cuello... Se pasa a reanimación bradicardia sostenida a pesar de todas las medidas. Fallece a las 4:00 a.m. Se observó pre término, aspecto séptico, pálida, con petequias diseminadas, meconiada... Análisis: Recién nacida pretérmino, peso adecuado. SFA meconio espeso doble circular al cuello. Asfixia perinatal severa. SDR aspiración de meconio. Sepsis posible listeria. RX de tórax se descartó neumotorax opacidad bilateral irregular compatible con aspiración masiva de meconio"*

2.16. Conforme al estudio técnico realizado a la historia clínica de la señora Ana Myriam Moreno Gil se evidencia que la muerte de la recién nacida, de sexo femenino, pudo tener origen en el manejo negligente, descuidado, omisivo y deficiente suministrado a la paciente materna por parte de la Corporación IPS Saludcoop Cundinamarca - Clínica Veraguas, durante el trabajo de parto, pues la paciente acudió juiciosamente a las citas médicas en las oportunidades pertinentes, pero a pesar de que se evidenciaba un parto de alto riesgo no le brindaron una atención especializada, practicaron una cesárea inoportuna, pues si esta se hubiera practicado al momento de encontrarse evidencia de sufrimiento fetal, caracterizado por las desaceleraciones, bradicardia fetal, hubiera sido posible lograr un recién nacido vivo y como la cesárea se practicó en forma tardía se obtuvo un recién nacido asfíctico al que fue imposible reanimar.

2.17. Al momento de practicarse la cesárea la señora Moreno Gil sintió que le extrajeron la bebé pero no la pudo ver porque le cubrieron el rostro con una sábana doblada en tres partes y le avisan de la muerte de su hija hasta luego de transcurrida una hora y media después.

2.18. En la Clínica le informaron a los demandantes que el Laboratorio de la Clínica se encargaba de la necropsia y de la cremación del bebé.

2.19. Ellos accedieron a firmar la orden de necropsia pero no a la cremación, y encontraron que existía algo irregular y el actor se dirigió a la Fiscalía y puso en conocimiento el hecho.

2.20. El 25 de julio de 2007 cuando llegó el CTI dirigen el cadáver de la bebé a medicina legal para practicarle la necropsia y le indican que el 27 de julio de 2.007 le entregan la bebé.

2.21. Pasados 8 días los demandantes son informados de que no se pudo establecer la causa de la muerte de la bebé porque la Clínica no entregó la placenta junto con el cuerpo de la niña y que no le encontraron nada en el cuerpo.

2.22. La madre de la niña habló con la doctora Viviana Rodríguez, médica de esa Clínica y le fue informado que la placenta estaba vuelta nada, que no entendía porque esa placenta estaba así y que la habían botado.

2.23. La investigación se inició ante la Fiscalía 13 de la Unidad 1ª de Vida.

2.24. En el Instituto de Medicina Legal reposa la historia clínica de la bebé y por ende el dictamen de la necropsia.

2.25. La Corporación IPS Saludcoop Cundinamarca - Clínica Veraguas, inicialmente contrató para prestarle servicios a Cruz Blanca EPS S.A., por lo que ésta es solidariamente responsable.

2.26. Cruz Blanca EPS S.A. fue adquirida por EPS ORGANISMO COOPERATIVO "SALUDCOOP", luego la segunda nombrada como sociedad matriz de la primera nombrada también es solidariamente responsable.

2.27. Los médicos Juan Mauricio Rojas García y Luis Rafael Rodríguez Robayo en calidad de trabajadores de Corporación IPS Saludcoop Cundinamarca - Clínica Veraguas son responsables de los daños económicos y

morales causados a la señora Moreno Gil, que le representó sufrimientos morales de ella y a su familia.

2.28. Los señores Ana Myriam Moreno Gil y Francisco Paula Cortes Pérez, son los padres extramatrimoniales de la niña nacida y fallecida el 25 de julio de 2007, objeto de esta acción y por ello actúan como dolientes y solicitantes de los perjuicios que se reclaman.

2.29. Es un hecho notorio que el fallecimiento de un hijo es un hecho doloroso, pero más lo es, cuando se tiene que es deceso ocurrió por negligencia, descuido y deficiencia de una entidad importante a la que se le ha confiado el cuidado de la vida de las personas.

3. Mediante auto de 27 de mayo de 2009, el Juzgado 1 Civil del Circuito de Bogotá, admitió la demanda.

3.1. El demandado Juan Mauricio Rojas García, quien oportunamente se pronunció sobre los hechos de la demanda, se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de mérito que denominó: *“Inexistencia de responsabilidad”* e *“Inexistencia de culpa, fuente de obligaciones”*.

3.2. Notificado el demandado Luis Rafael Rodríguez Robayo, contestó la demanda, rechazó las pretensiones y como excepciones planteó: *Ausencia e inexistencia del elemento culpa en cabeza de mi representado, buena praxis médica; Inexistencia del elemento denominado nexo de causalidad; Cobro exagerado y cuantía exagerada de perjuicios y la innominada.*

3.3. Cruz Blanca EPS S.A., debidamente vinculada acudió en oposición al *petitum*, y formuló como defensas: *Cumplimiento de las obligaciones contractuales y legales por parte de Cruz Blanca EPS; Discrecionalidad y autonomía técnico científica de las instrucciones y médicos tratantes que no vincula a la EPS Cruz Blanca; Inexistencia de causalidad, y la genérica.*

3.4. La demandada Corporación IPS Corvesalud – Coodontologos, antes Corporación I.P.S. Saludcoop Cundinamarca, también se opuso a las pretensiones, y excepcionó: *Ausencia de responsabilidad; Inexistencia de responsabilidad por inexistencia de incumplimiento de los deberes contractuales por parte de Corporación IPS Corvesalud – Coodontologos; No presunción de culpa en el caso de la responsabilidad médica; Exigencia de culpa probada; Inexistencia de obligación de resultado, exigencia de obligación de medios en el*

acto médico desplegado por la I.P.S.; Obligación de medios en el campo de la obstetricia, y la genérica.

3.5. La Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo “SALUDCOOP”, se notificó por conducta concluyente compareció oponiéndose a las pretensiones y propuso las siguientes excepciones: *Inexistencia de vínculo contractual entre demandante y demandado – Saludcoop EPS.; Inexistencia de solidaridad entre Saludcoop EPS y Cruz Blanca EPS., y la genérica.*

4. El 22 de junio de 2010, se adelantó la audiencia que trataba el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, en la cual se aceptó el desistimiento de la acción respecto de Saludcoop EPS., y se evacuaron las otras etapas.

Seguidamente, se practicaron las pruebas decretadas.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 17 de septiembre de 2019, el Juzgado Civil del Circuito de Cáqueza, Cundinamarca profirió sentencia, en la que advirtió que no se evidencia la existencia de una relación contractual, pues no se observan las afiliaciones de la demandante con la EPS demandada, no se pudo constatar en la historia clínica que la demandante para la época de los hechos era cotizante del RSSGSS, ni los compromisos contractuales a los que se ciñeron las partes, sin que lo expresado por la señora Ana Myriam pueda tenerse como prueba suficiente para acreditar las condiciones pactadas. Recalcó que la actora no adosó prueba suficiente que constatará el convenio con la EPS demandada y la IPS que atendió la paciente. Y en cuanto al señor Cortés dijo que carecía de legitimación para reclamar una responsabilidad contractual, sin que pudiese examinarse la extracontractual formulada de forma subsidiaria pues no era factible su acumulación.

Tampoco tuvo por acreditado el incumplimiento de los demandados, pues a pesar que el extremo actor allegó un dictamen pericial donde se establecieron graves deficiencias en el personal científico de la Clínica Veraguas Cruz Blanca EPS que fueron determinantes en la muerte de la menor; aunado al dictamen rendido por el doctor Andrés Duque, en el que se estableció que no

fue oportuno el trabajo de los especialistas, no obstante, las causas de la muerte fueron naturales.

De otro lado, puso de presente que en el dictamen aportado por Medicina Legal se determinó que el procedimiento médico fue oportuno y diligente.

De igualmente plasmó que la Federación Colombiana de Obstétrica y Ginecología consideró que la presencia de circulares de cordón en el cuello y en otras partes del cuerpo era imposible determinarlas en el feto in útero y no dependen de un error médico, en cada caso es independiente y tiene factores especiales. En caso de existir bradicardia severa se debe practicar el parto en los siguientes minutos al diagnóstico. Dijo que la frecuencia cardíaca fetal a las 00:55 am fue desacelerada y desde entonces estuvo en monitoreo, y a la 1:45 am era desacelerada pero no implicaba bradicardia severa, a las 2:19 se detectó desaceleración, profundas variables y se procedió a cesárea inmediatamente.

En el interrogatorio rendido por la señora Ana Myriam indicó que la preparación quirúrgica fue rápida puesto que el bebé se encontraba en mal estado de igual forma el personal médico y asistencial estuvo pendiente de ella.

9

No se probó el deficiente, negligente, descuidado y omisivo manejo del trabajo de parto a la materna por parte de la clínica demandada.

De esa manera resaltó que la demandante no cumplió con la carga probatoria que le correspondía.

Corolario de esa argumentación negó las pretensiones de los demandantes.

LA APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante sustentó su disenso frente a la decisión de primer grado, en los siguientes argumentos, que ante esta Sede desarrolló:

1. Respecto de la legitimación en la causa, repite el reconocimiento de una responsabilidad contractual entre

la demandante y E.P.S. Cruz Blanca, y responsabilidad extracontractual con los vinculados por la pasiva.

2. En cuanto al señor Cortes Pérez la responsabilidad que se reclama es netamente extracontractual, puesto que si bien no es la víctima directa del siniestro, resulta como “hecho notorio” que al ser el padre del *nasciturus* se le ocasionó un perjuicio moral que debe ser resarcido.

Precisó que en la demanda se presentaron pretensiones principales invocando la responsabilidad civil contractual y a su vez unas subsidiarias invocando responsabilidad civil extracontractual, sin embargo, la Juez únicamente tomó en cuenta las primeras sin pronunciarse respecto de las otras, razón por la que se declaró la falta de legitimación del actor.

3. Respecto de la negativa de las pretensiones de la demanda, el apoderado consideró que en el debate probatorio se demostró que existió un contrato entre la señora Moreno y la EPS Cruz Blanca, el cual estuvo vigente durante todo el embarazo, teniéndose documentado que este era de alto riesgo en primigestante añosa, lo que ameritaba una atención diligente, la cual según la historia clínica no se brindó, trayendo como consecuencia la muerte de la recién nacida. Se demostró entonces la existencia del vínculo jurídico entre la demandante y la culpa sin eximentes de responsabilidad, debido a la prestación deficiente de los servicios de salud; pues acreditar la diligencia en la misma era carga de los demandados, que no satisficieron.

Finalmente, indicó que la Juez de primera instancia no valoró adecuadamente la prueba, debido a que, si bien se configura una obligación de medio y no de resultado, es claro que se incumplió con la *lex artis* pudiendo hacerlo, dado que la clínica Veraguas contaba con todos los medios para ello.

La réplica de la parte demandada:

En el traslado surtido en esta instancia el apoderado de la demandada EPS Cruz Blanca en liquidación, dijo que la parte demandante no demostró los elementos axiológicos de la responsabilidad supuestamente desplegada por la EPS, no acreditó el actuar negligente,

descuidado o imprudente de la entidad; además que no presta el servicio de salud de forma directa, únicamente se encarga de coordinar el acceso a éste, y no se apartó de las obligaciones contraídas con la afiliada por el contrario garantizó el acceso a los servicios en todo momento, efectuando las labores administrativas necesarias para tal fin; de allí que no hay nexo entre los hechos generadores de daño y la función legal de la Entidad Prestadora de Salud.

Finalmente insistió en que no está determinado bajo ningún parámetro que la Entidad deba responder solidariamente por las conductas unilaterales ejecutadas por las IPS o por sus profesionales adscritos.

Por lo anterior solicitó sea confirmado el fallo de primera instancia.

También se pronunció sobre la sustentación del recurso el apoderado del demandado Luis Rafael Rodríguez Robayo, porfiando en que éste no generó el daño alegado por la parte demandante, puesto que prestó la atención medica especializada de manera diligente, prudente, cuidadosa, oportuna y con total apego de la *lex artis*.

11

Agregó que no obra dentro del plenario prueba que acredite que el señor Francisco Cortés era el padre del nasciturus, es así que no existe documental que demuestre la relación de parentesco entre ambos, por lo que no podría reclamar daño alguno.

En su criterio el apelante se dedicó únicamente a reprochar la atención médica sin basarse en prueba alguna sino en meras apreciaciones sin fundamento factico, jurídico ni probatorio. Y las pruebas adosadas logran demostrar que frente al profesional Rodríguez Robayo no se configuran los tres elementos estructurales de la responsabilidad civil, y por ello no debe declararse la misma. Finalmente mencionó que el sustento jurisprudencial sobre el cual se basa el recurso de apelación, no se adapta al caso concreto, debido a que no guarda similitud entre las circunstancias fácticas y probatorias por lo que no debe adoptarse la misma conclusión.

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 segunda instancia.

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

Valga aquí anotar que el apelante oportunamente manifestó ante esta Colegiatura los motivos de su inconformidad, como en síntesis se consignó líneas atrás, que se consideran como suficientes para tener por sustentado el recurso; sin que al amparo de un excesivo formalismo pueda sacrificarse el derecho sustancial que en todo caso debe privilegiarse como el mandato constitucional lo impone (artículo 228) y así mismo lo indica el artículo 11 de la ley 1564 de 2012; máxime cuando la ley procesal civil sólo exige que se sustente el recurso mediante el desarrollo “*de los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia*”.

3. Para emprender el estudio del asunto debe apuntarse en primer lugar que la responsabilidad originada por la desatención de los deberes médicos, se erige para el paciente perjudicado, en la responsabilidad **contractual** por el incumplimiento del respectivo convenio de servicios de salud, mientras que frente a los terceros ajenos a dicho vínculo contractual, en la responsabilidad aquiliana o extracontractual, sobre ese tópico ha explicado la Corte:

*“En lo atañadero a la responsabilidad civil en general, y a la médica, en particular, conocida es su clasificación en contractual o extracontractual (cas. civ. sentencias de marzo 5 de 1940, 26 de noviembre de 1986, 30 de enero de 2001, exp. 5507, septiembre 11 de 2002, exp. 6430). **Aquella, exige una relación jurídica preexistente entre las partes, o, lo que es más general y frecuente, la existencia y validez de un contrato, su incumplimiento, el daño y la relación de causalidad** (cas. civ. sentencia de 12 de julio de 1994, exp.*

3656). **En cambio, en la última, el quebranto se produce al margen de cualquier vínculo jurídico previo entre aquellos que se relacionan con ocasión del daño.”**

(...)

“La responsabilidad de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), es contractual o extracontractual. **Con relación al afiliado o usuario, la afiliación, para estos efectos, materializa un contrato, y por tanto, en línea de principio, la responsabilidad es contractual,** naturaleza expresamente prevista en los artículos 183 de la Ley 100 de 1983 que prohíbe a las EPS “en forma unilateral, terminar la relación contractual con sus afiliados”, y los artículos 16 y 17 del Decreto 1485 de 1994, relativos a los “contratos de afiliación para la prestación del Plan Obligatorio de Salud que suscriban las Entidades Promotoras de Salud con sus afiliados” y los planes complementarios. Contrario sensu, **la responsabilidad en que pueden incurrir las Entidades Promotoras de Salud (EPS) respecto de terceros perjudicados por los daños al afiliado o usuario con ocasión de la prestación de los servicios médicos del plan obligatorio de salud, es extracontractual.**”¹ (Negrilla por la Sala).

Siguiendo tales derroteros, cuando de un procedimiento médico se generan daños, para el paciente lesionado la reparación a pedirse no será por responsabilidad civil extracontractual, sino la **contractual**, en razón a que origen de la prestación del servicio de salud surgió de un contrato y quién ejerce la acción es directamente el afectado y no sus causahabientes ni terceros; y en la hipótesis en que con la desatención contractual se vean perjudicados terceros el resarcimiento de los daños que pudiesen haber soportado puede reclamarse pero en el escenario de la responsabilidad **extracontractual**, itérese, por no ser parte del vínculo contractual.

4. Ahora, es imperioso memorar que la responsabilidad civil derivada de la actividad médica, al igual que otros eventos, presupone, de un lado, para el demandante la carga de acreditación de los elementos que la estructuran, relacionados con la existencia del hecho, el daño -y su cuantificación-, el nexo causal entre uno y otro, y la culpa del agente del daño, teniendo en cuenta que este tipo de responsabilidad, es de carácter subjetivo; y, por el otro, para el demandado, la de desvirtuarlos.

Desde luego que en este campo debe operar el principio

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia sustitutiva de 17 de noviembre de 2011. M.P. William Namén Vargas. Radicación 110013103018199900533 01

de la carga de la prueba, visto con un sentido dinámico, socializante y moralizador, esto es, distribuyéndola entre las partes para demandar de cada una la prueba de los hechos que están en posibilidad de demostrar y constituyen fundamento de sus alegaciones. Además, ha de atenderse que a pesar de que la responsabilidad del médico, de las EPS y de las IPS, hacen parte de un tipo de responsabilidad profesional, que no es extraña al régimen general de la responsabilidad, en la medida que debe concurrir un comportamiento activo o pasivo, el daño patrimonial o extrapatrimonial y la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y el comportamiento, no es menos cierto que todos ellos responden a un título de imputación diferente.

Así, mientras los médicos por violación del deber de asistencia y cuidado, propios de la profesión imputable subjetivamente a título de dolo o culpa y las instituciones prestadoras de servicios médicos (IPS), directamente por los daños causados con dolo o culpa, por los médicos y demás personal médico que en ellas prestan el servicio²; las entidades promotoras de salud (EPS), responden por la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuno, lesivo de la calidad exigible, no obstante que son *“todas solidariamente responsables por los daños causados, especialmente, en caso de muerte o lesiones a la salud de las personas.”*³

14

De conformidad con el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral conformado con los regímenes de pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios definidos por la ley para la efectiva realización de los principios de solidaridad, universalidad y eficiencia enunciados en el artículo 48 de la Constitución Política, la función básica de las Entidades Promotoras de Salud es *“organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados”*, y la de *“establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud”* (artículo 177, numeral 6º, *ibídem*), que les impone el

² Ver sobre el particular, sentencias del 8 de septiembre de 1998, expediente No 5143, Magistrado Ponente Dr. Pedro Lafont Pianetta, y del 26 de noviembre de 2010, expediente No 1999-08667-01, Magistrado Ponente Dr. Pedro Octavio Munar Cadena (providencia esta última en la que trae a colación los fallos del 12 de septiembre de 1985, y del 22 de julio de 2010)

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia sustitutiva del 17 de noviembre de 2011, MP. Dr. William Namén Vargas.

deber legal de garantizar la calidad y eficiencia de los servicios de salud, por cuya inobservancia comprometen su responsabilidad, sea que lo presten directamente o mediante contratos con las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) y profesionales respectivos (artículo 179, *ejusdem*).

Igualmente, la prestación de los servicios de salud garantizados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), no excluye la responsabilidad legal que les corresponde cuando los prestan a través de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) o de profesionales mediante contratos reguladores sólo de su relación jurídica con aquéllas y éstos. Por lo tanto, a no dudarlo, la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuno, lesivo de la calidad exigible, abusivo con la dignidad del paciente y de la *lex artis*, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud y prestándolos mediante contratación con Instituciones Prestadoras de Salud u otros profesionales, son todas solidariamente responsables por los daños causados a las personas.

15

Por la misma senda, es importante recalcar, que la obligación de los profesionales de la medicina es de medio y no de resultado, lo que, en términos de la Corte Suprema de Justicia, *“implica para el galeno el compromiso si no exactamente de curar al enfermo, sí al menos de suministrarle los cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los datos adquiridos por la ciencia, según expresiones con que la jurisprudencia francesa describe su comportamiento. Por tanto, el médico tan sólo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo, de suerte que en caso de reclamación éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación”*⁴, pues se itera, que la médica, es una responsabilidad *“que se deduce mediando la demostración de la culpa, independientemente de que la pretensión indemnizatoria tenga una causa contractual o extracontractual”*⁵.

Igualmente, no puede pasarse inadvertido que acerca del servicio de salud la jurisprudencia ha recalcado:

⁴ Casación Civil, Sentencia del 12 de septiembre de 1985, reiterada en sentencia del 5 de noviembre de 2013, Rad: 20001-3103-005-2005-00025-01, M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

⁵ Casación Civil, Sentencia de 30 de enero de 2001, exp. 5507.

“En correlación, la prestación del servicio de salud se halla atada al principio de benevolencia o no maledicencia, según el cual, en general, los distintos agentes involucrados deben contribuir al bienestar y mejoría de los pacientes o de los usuarios del sistema. Por lo mismo, los profesionales del ramo, se encuentran ligados a una obligación ética y jurídica de abstenerse de causar daño, como desarrollo del juramento hipocrático, el cual impone actuar con la diligencia debida y luchar por la mejoría y el bienestar de los pacientes y de la humanidad entera, para evitar así el dolor y el sufrimiento.”⁶

5. En el presente asunto se endilga responsabilidad civil a los demandados, derivada del servicio médico prestado a la señora Ana Myrian Moreno Gil quien en estado de gravidez llegó a la IPS Clínica Veraguas a donde ingresó por el servicio de urgencias a las 12:39:27 del 24 de julio de 2007 por presentar fuerte dolor, habiéndosele practicado césarea al día siguiente a las 2:50, y su recién nacida falleció a las 4:00 a.m.; servicios que denuncian los aquí demandantes fueron prestados de manera negligente e irresponsable por los demandados, generándole la muerte a su hija.

6. Lo primero que ha de analizarse es la legitimación de los demandantes, que en el señor Francisco de Paula Cortés Pérez no halló estructurada la juez de primer grado.

16

Conforme a los postulados jurisprudenciales *ut supra* reseñados, emerge patente que la acción aquí ejercida por la señora Ana Myriam Moreno Gil es de naturaleza contractual, y la del señor Cortés Pérez padre de la recién nacida fallecida, ostenta el carácter de extracontractual, de allí que de cara a la pretensión principal éste carece de legitimación.

En el capítulo de antecedentes de esta providencia se dejó plasmado lo perseguido por los demandantes, quienes se invocaron pretensiones encaminadas a que se declaren ambas modalidades de responsabilidad, endilgadas a los demandados con ocasión de un mismo supuesto fáctico, el ya referido, sin que se estableciera diferencia alguna, lo que a juicio de la Sala luce desacertado, si se tiene en cuenta que “...en el orden jurídico colombiano es clara la existencia de una concepción dualista de la

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de enero de 2018, MP. Luis armando Tolosa Villabona (SC10003-2018, Rad.11001-31-03-032-2012-00445-01)

responsabilidad civil, por lo que no se puede confundir el tratamiento de una y otra responsabilidad, las cuales están reguladas de manera autónoma e independiente en capítulos distintos del Código Civil, se originan en causas o fuentes diversas y sus prescripciones en materia de reparación no son coincidentes”⁷.

No obstante, debe admitirse que las dos sí tienen aspectos de contacto, como de cierta manera lo es el daño y el nexo de causalidad. Así, la jurisprudencia⁸ ha enseñado que para el éxito de la acción de responsabilidad contractual el demandante debe acreditar la existencia de los siguientes supuestos: *«i) que exista un vínculo concreto entre quien como demandante reclama por la inapropiada conducta frente a la ejecución de un convenio y aquél que, señalado como demandado, es la persona a quien dicha conducta se le imputa (existencia de un contrato); ii) que esta última consista en la inejecución o en la ejecución retardada o defectuosa de una obligación que por mandato de la ley o por disposición convencional es parte integrante del ameritado vínculo (incumplimiento culposo), iii) y en fin, que el daño cuya reparación económica se exige consista, básicamente, en la privación injusta de una ventaja a la cual el demandante habría tenido derecho (daño) de no mediar la relación tantas veces mencionada (relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño)»*

17

En tanto cuando de responsabilidad extracontractual se trata, tendrá que: *«aducir la prueba de los factores constitutivos de responsabilidad extracontractual, como son, el perjuicio, la culpa y la relación de causalidad o dependencia que lógicamente debe existir entre los dos primeros elementos enunciados, estando desde luego el demandado en posibilidad de exonerarse de la obligación de que se trata si demuestra un hecho exonerativo de responsabilidad”⁹*

En criterio de la Sala, el demandante debía evaluar cual era el escenario jurídico en que su situación personal se enmarcaba, dentro del mismo plantear sus aspiraciones procesales y su carga probatoria, pues frente a ellas y su sustento fáctico los demandados es que ejercen la defensa, y no dejar al azar o la casualidad; para que sea la jurisdicción quien asuma esos mínimos deberes que le corresponden a la parte de fijar los límites en que se desarrollará el debate judicial y probatorio.

6.1. Con base en lo anterior, de un lado, fue hecho indiscutido que la señora Molina se encontraba afiliada

⁷ C-1008/10

⁸ CSJ SC 380-2018 del 22 de febrero de 2018, Rad. 2005-00368-01.

⁹ CSJ SC del 9 de febrero de 1976.

como “COTIZANTE” a la EPS Cruz Blanca, y la institución donde fue atendida -la IPS Clínica Veraguas- pertenecía a la red a través de la cual prestaba los servicios médicos, hospitalarios; así se aprecia en el encabezamiento de la historia clínica¹⁰, así en su ingreso el 24 de julio de 2007 se lee “*Convenio: Clínica Veraguas Cruz Blanca Eps -Pos contributivo*”¹¹; adicionalmente, fue hecho expresamente aceptado por las demandadas Cruz Blanca EPS, y la Corporación IPS Corvesalud – Coodontólogos antes Corporación IPS Saludcoop Cundinamarca quienes al responder el hecho primero, relativo a la afiliación como cotizante de la señora Moreno¹², dijeron “*Es cierto*”¹³.

En cuanto al señor Cortés Pérez, padre de la bebé fallecida, es cierto que no obra registro civil de nacimiento que acredite el parentesco, pero no puede desdeñarse que la recién nacida apenas sobrevivió una hora y diez minutos. Su relación filial se desprende de otras probanzas: a folios 373 y 374 del cuaderno 1, se encuentra el documento suscrito por Ana Myriam Moreno Gil y Francisco de Paula Cortés Pérez en el que autorizaron “*la realización de la necropsia o estudio de patología al cuerpo de nuestro hijo*”, y que hace parte de la historia remitida por la Clínica Veraguas.

18

Pero no lo es menos, como ya se dijo que no probó vínculo alguno con los demandados, ergo, no puede pregonarse de ellos responsabilidad contractual; e inviable era que con fundamento en la misma génesis factual también invocara responsabilidad extracontractual. Por tanto, no encuentra la Sala en el señor Cortés Pérez legitimación para la acción propuesta.

6.2. Y en lo que atañe a la legitimación de los demandados, sin hesitación alguna emerge que son los convocados a enfrentar la acción, pues les endilgan los demandantes responsabilidad por el proceder negligente en la prestación del servicio médico asistencial que brindaron a su afiliada y paciente, al que atribuyen fue el origen del lamentable deceso de su pequeña.

7. Dilucidado el tema de la legitimación, se pasa a verificar si con los medios probatorios aportados se

¹⁰ Folio 69 siguientes cuaderno 1

¹¹ Folio 89 cuaderno 1

¹² Folio 134 cuaderno 1

¹³ Folios 215, 231 cuaderno 1

acredita la configuración de los elementos estructurales que consagra el artículo 2341 del Código Civil; responsabilidad civil concebida como aquél deber legal de reparar, resarcir o indemnizar un daño, a la que hay lugar cuando se demuestra la confluencia de los supuestos que la estructuran: el hecho, el daño y el nexo de causalidad entre el hecho dañino y el daño.

7.1. En cuanto a lo primero, registra la historia clínica que producto del embarazo de la señora Ana Myriam Moreno Gil “SE RECIBE RECIEN NACIDA SEXO FEMENINO SIN ESFUERZO RESPIRATORIO BRADICARDIA 50 CIANOSIS SE ENCONTRO MECONIO ESPESO Y DOBLE CIRCULAR AL CUELLO”¹⁴, más adelante se describe “SE EXTRAE RN DE SEXO FEMENINO, DEPRIMIDO HIPOTONICO, HIPOPERFUNDIDO, CON TRIPLE CIRCULAR APRETADA AL CUELLO, MECONIO GRADO II, SE ASPIRA POR BOCA Y NARIZ, SE PINZA CORDON Y SE PASA PARA ADAPTACIÓN, SE TOMA MUESTRA DE CORDON PARA SEROLOGIA TAMIZAJE Y HEMOCLASIFICACIÓN, SE APLICA OXITOCINA”, y “...SIN ESFUERZO RESPIRATORIO, MECONIO GRADO III, DOS CIRCULARES EN EL CUELLO APRETADAS, DR RODRIGUEZ GINECOLOGO DE TURNO CORTA CORDON, SE PASA A LAMPARA DE ADAPTACIÓN NEONATAL, PEDIATRA DRA VIVIANA RODRIGUEZ ASPIRA SECRECIÓN POR BOCA Y NARIZ, DA PRESION POSITIVA EL RECIEN NACIDO NO RESPONDE, PEDIATRA DE TURNO REALIZA INTUBACIÓN OROTRAQUEAL CON TUBO N 2.5 RECIEN NACIDO SIN FRECUENCIA CARDIACA, SE INICIA MANIOBRAS DE REANIMACIÓN CARDIO PULMONAR AL CUAL RESPONDA. PEDIATRA INSERTA CATETER UMBILICAL N. 6 Y PASA 20 cm DE SOLUCION SALINA NORMAL RECIEN ENTRA EN PARO CARDIO RESPIRATORIO NUEVAMENTE PEDIATRA INICIA REANIMACIÓN CARDIO PULMONAR Y SE SUBE A UNIDAD DE RECIEN NACIDOS”¹⁵; pese a todas las medidas el neonato fallece a las 4:00 AM¹⁶.

Las repercusiones de estas complicaciones son evidentes pues la recién nacida no sobrevivió a pesar de las maniobras de reanimación que se le practicaron.

7.2. Demostrado el hecho dañoso, se hace necesario realizar a continuación el juicio de reproche culpabilístico que se atribuye a los demandados, a partir de la demostración de la violación de la *lex artis medicorum*, conformada por los conceptos de los expertos, las normas técnicas, las guías y los protocolos científicos que describen los procedimientos que debió

¹⁴ Folio 92 cuaderno 1

¹⁵ Folios 91 y 93 cuaderno 1, están legajados en desorden

¹⁶ Folios 92 y 94 cuaderno 1.

seguir el personal médico tratante a la luz de la medicina evidencial.

A ese propósito se impone reseñar, como lo hizo la Corte Suprema de Justicia, que la Ley 1438 de 2011 estableció parámetros para fortalecer el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) «a través de un modelo de prestación del servicio público en salud que en el marco de la estrategia Atención Primaria en Salud permita la acción coordinada del Estado, las instituciones y la sociedad para el mejoramiento de la salud y la creación de un ambiente sano y saludable, que brinde servicios de mayor calidad, incluyente y equitativo, donde el centro y objetivo de todos los esfuerzos sean los residentes en el país» (Artículo 1º), sobre lo cual destacó la Corte que:

*“Por expreso mandato legal, las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir las funciones indelegables del aseguramiento, la representación de los afiliados ante las instituciones prestadoras, **la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la asunción del riesgo transferido por el usuario.***

(...) Entre los criterios técnicos mínimos para el cumplimiento de resultados en la atención de salud de calidad, la mencionada ley incluyó la prevalencia e incidencia de la morbilidad y mortalidad materna perinatal e infantil; la incidencia de enfermedades de interés en salud pública; la incidencia de enfermedades crónicas no transmisibles y de las precursoras de eventos de alto costo; la incidencia de enfermedades prevalente transmisibles e inmunoprevenibles; y el acceso efectivo a los servicios de salud. (Art. 2º)”

20

Advirtiendo que la ley 1438 modificó el artículo 153 de la ley 100 de 1993, señalando los principios que orientan el SGSSS, entre los cuales se encuentran el de **igualdad, prevalencia de derechos; enfoque diferencial; calidad y prevención** (artículo 3º); explicó la Corte:

“El marco legal que se ha resumido en líneas precedentes consagró un sistema obligatorio de garantía del servicio de salud que comporta un verdadero cambio de paradigma, pues ya no es posible seguir concibiendo la atención en salud como una labor de beneficencia, como ocurrió hasta finales de la década de los 80 del siglo pasado; dado que a partir de la constitucionalización de la salud y la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social en salud y del sistema obligatorio de garantía de la calidad de la atención en salud, ésta es un derecho superior de los habitantes del territorio, que se patentiza en los resultados constatables y medibles en el servicio eficaz que reciben los usuarios o destinatarios finales del sistema.

Es cierto que la atención de calidad es una obligación que las entidades y agentes del sistema general de seguridad social en salud tienen que cumplir de manera progresiva. No obstante, la gradualidad no es una mera ‘idea regulativa’ o un ‘principio general no susceptible de aplicación inmediata’, ni mucho menos un pretexto para justificar una atención en salud retardada, deficiente, mediocre o rezagada con relación a los avances científicos y tecnológicos, sino que es una característica concreta del SGSSS que se patentiza en el mantenimiento de los criterios de calidad actuales y en el mejoramiento permanente de los estándares existentes de tecnología, administración, operación y trato humano que permiten materializar el mandato constitucional y legal de un servicio de salud de alta calidad que redunde en mejorar las condiciones de vida de la población.

Los estándares de calidad son el conjunto de políticas, reglas, instrucciones y procedimientos establecidos por las entidades que conforman el SGSSS y el SOGC para todas las operaciones principales, tanto administrativas como asistenciales, los cuales sirven de guía o parámetro de acción a los miembros de la organización para desempeñar sus labores con eficacia. La clave del éxito de la calidad del servicio de salud es el mejoramiento constante y en marcha que involucra a todos los componentes del sistema (alta administración, gerentes, coordinadores, médicos, paramédicos y operarios) para desarrollar procesos estandarizados orientados a resultados.

Los parámetros explícitos y concretos de pertinencia clínica se encuentran en las guías de atención del Ministerio de Salud y las distintas entidades territoriales; siendo su acatamiento una obligación legal y no una simple facultad de los agentes prestadores del servicio de salud, quienes tienen que ceñirse a ellas con el fin de brindar un servicio de verdadera calidad conforme a las condiciones personales del usuario, la cultura de seguridad del paciente, la práctica de la medicina basada en la evidencia científica y la atención integral, segura, oportuna y humanizada, tal como lo ordena el artículo 3° de la ley 1438 de 2011.

La cultura de calidad total del servicio de salud y seguridad del paciente tiene repercusiones directas en el derecho de la responsabilidad civil, pues en el entorno del sistema obligatorio de calidad de la atención en salud las demoras en la prestación del servicio; el uso de tecnología obsoleta; la ausencia de tratamientos y medicamentos de utilidad comprobada por la medicina evidencial; la despreocupación por la satisfacción del cliente y la falta de atención de sus necesidades asistenciales; la falta de disciplina en el acatamiento de reglamentos tales como guías, normas técnicas y reglas de diligenciamiento de la historia clínica; la insuficiencia de continuidad e integralidad del servicio; la complacencia frente a malas prácticas y su ocultamiento; y en fin, la carencia de un pensamiento orientado

al proceso y desarrollo de estrategias que aseguren un mejoramiento continuo e interminable del servicio de salud que involucre a todas las personas de los distintos niveles de la jerarquía, son circunstancias constitutivas de responsabilidad organizacional por deficiente prestación del servicio cuando lesionan con culpa la integridad personal del paciente; lo que afecta la sostenibilidad económica del sistema por mayores costos de tratamientos de eventos adversos y pagos de indemnizaciones por daños ocasionados a los usuarios.

(...)

En el marco del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del SGSSS, la lex artis ad hoc es un concepto concreto, medible, transparente y constatable a la luz de los dictados de la medicina evidencial, que no sólo es bien intencionada sino que además está bien orientada, documentada y experimentada. De manera que ese es el parámetro objetivo que han de seguir los jueces para valorar las pruebas que dan cuenta de la conducta (activa u omisiva) de los agentes prestadores del servicio de salud, a fin de poder determinar la presencia de los elementos que permiten atribuir responsabilidad civil, o descartarlos si no hay prueba de ellos en el proceso”.

7.2.1. A la luz de los precedentes postulados se examinará el haz probatorio acopiado en este caso.

22

Tenemos en primer lugar el concepto del especialista Médico Forense César Manuel Carrillo Martínez, quien con base en el historial clínico de la señora Moreno expresó: “[E]l servicio de ginecoobstetricia consideró la sintomatología clínica presentada por la paciente como de “alto riesgo obstétrico”, diagnóstico que consideró correcto; pero resaltó la equivocación del personal médico de la Clínica Veraguas por cuanto “dio el tratamiento normal una situación que ameritaba un manejo de estricta vigilancia y control continuo, cuando las condiciones clínicas evidenciaban claramente la presencia de una situación altamente riesgosa para el feto. Todo embarazo de alto riesgo amerita un seguimiento muy estricto, detallado y especializado en el propósito de lograr que el mismo llegue a feliz término y sin daño para la madre y/o feto, manejo que estuvo presente caso”. Enseguida recalcó las irregularidades advertidas en la atención brindada a la señora Moreno:

“[1] No se tomó una ecografía durante el tiempo que la paciente permaneció hospitalizada con el diagnóstico de embarazo de alto riesgo. La toma de una de ecografía hubiera permitido determinar el estado del feto y hubiera podido brindar las posibilidades diagnosticadas de circular de cordón al cuello.

2. Una vez demostrada la severa bradicardia fetal mediante monitoreo, el personal de la CLINICA VERAGUAS CRUZ

BLANCA EPS, debió proceder, de forma pronta y sin dilaciones, a realizar un urgente, cuidadoso y estricto estudio para establecer si era procedente continuar con el trabajo de parto o practicar la cirugía cesaria.

No se explica medicamente cómo si la enfermera auxiliar MARITZA REDONDO ACUÑA encontró en monitoreo fetal a las 0:55 horas del 25 de julio de 2007, desaceleraciones fetales indicativas de sufrimiento fetal, y avisó inmediatamente al enfermero jefe y él, a su vez, al médico doctor JUAN MAURICIO ROJAS, éste no comunicó tan importante y alarmante hallazgo al ginecoobstetra de turno, sino, que sin examinar a la paciente, se limita a ordenar “subir paciente sala de parto”. No se encuentra documentado que el médico JUAN MAURICIO Rojas hubiera avisado al ginecoobstetra de turno. Esta conducta equivocada adquiere una mayor dimensión al comprobarse que la paciente, con embarazo de alto riesgo, fue valorada por médico a las 16:00 del día anterior, es decir, 7 horas y 55 minutos permaneció hospitalizada sin atención médica, menos de especialista.

3. La cesarea fue inoportuna. Si esta cirugía se hubiera realizado al momento de encontrarse evidencia de sufrimiento fetal, caracterizado por las desaceleraciones, bradicardia fetal, hubiera sido posible un recién nacido vivo. Como la cesaria fue tardía se obtuvo un recién nacido asfíctico al que fue imposible reanimar. La historia clínica permite demostrar que la causa de la asfixia fue la presencia de circulares apretadas al cuello. Esta situación clínica es relativamente frecuente en la práctica ginecoobstétrica y los especialistas se encuentran debidamente adiestrados en su manejo. No se pueden aceptar argumentaciones en el sentido que el problema de la presencia de circulares al cuello son una dificultad absolutamente insalvable e insuperable para el ginecobstetra, como para innovar la eximente de responsabilidad de la fuerza mayor. Las circulares al cuello en los fetos forman parte del listado de causas que frecuentemente originan sufrimiento fetal agudo durante el trabajo de parto, que el especialista cuidadoso debe superar con diligencia, pericia y celo profesional. Su diagnóstico es posible y en la mayoría de los casos un alto nivel de sospecha, apoyado por un buen control del trabajo de parto, monitoreo fetal y, eventualmente una ecografía, permiten practicar una cesarea oportuna que pueda ser salvadora para el feto” (sic)¹⁷.

Con esas apreciaciones remató: “Del análisis de la historia clínica se concluye que las graves deficiencias mostradas por el personal científico asistencial de la institución CLINICA VERAGUAS CRUZ BLANCA EPS fueron determinantes en la producción de la muerte en la producción de la muerte del recién nacido, hijo de ANA MYRIAM MORENO GIL”.

¹⁷ Folios 128 a 133 del cuaderno 1

Criterio que ratificó al rendir declaración, indicando que “la atención prestada por la clínica Veraguas a la señora ANA MIRYAM MORENO GIL, no fue la adecuada ni se le prestó atención especializada que la situación ameritaba, (...) por que a pesar de haberse catalogado como un embarazo de alto riesgo, no se hicieron los controles médicos con la cautela necesaria, para detectar oportunamente cualquier irregularidad en el parto”, y manifestó que “A pesar de una monitoria fetal que indicaba un sufrimiento fetal a la paciente se le ordenó trabajo de parto como si se tratara de un parto normal. Esta decisión fue tomada por el Dr. JUAN MAURICIO ROJAS médico general que en ese momento estaba de turno, que no aviso a la gineco obstetra de turno (...) Cuando el sufrimiento fetal se hizo más grave y evidente se le avisó al DR. LUIS RAFAEL RODRÍGUEZ, quien ante la situación clínica crítica decidió suspender el trabajo de parto indicado por el Dr. Rojas y ordenó de urgencia una cesárea. Desafortunadamente como la cesárea fue tardía, el feto de sexo femenino nació con una severa asfixia lo que finalmente provocó la muerte”, en su criterio una cesárea oportuna “hubiera podido ser salvadora”; señaló que el concepto diagnóstico y destreza quirúrgica del Dr. Rodríguez no se ponían en duda, su labor fue adecuada y correcta, pero fue avisado tardíamente; si hubiese sido informado cuando se detectó el sufrimiento fetal es probable que hubiera practicado cesárea de urgencia “y también es razonablemente probable que hubiese obtenido un recién nacido en mejores condiciones clínicas que luego de la atención medica del pediatra reumatólogo (sic) probablemente hubiera permitido que el producto del embarazo se hubiera salvado”¹⁸.

24

7.2.2. El mencionado concepto es coincidente con el recaudado en el curso del proceso y que fue realizado por el perito médico Andrés Felipe Duque Rodríguez, quien en su trabajo luego de hacer una cronología del contenido de la historia clínica plasmar los antecedentes teóricos y responder los interrogantes formulados sobre la atención brindada a la materna anotó: “El inicio de la atención fue acorde con las guías y con el deber ser dentro del cuadro presentado por la paciente, pero hay un periodo de tiempo prolongado durante el cual no se refiere valoración alguna de la paciente, que corresponde al lapso , que corresponde al lapso entre las 16+30 del 24 de Julio de 2007 y las 1+20 del 25 de Julio del mismo año. Es un periodo de 8 horas 50 minutos durante los cuales al parecer no hubo ningún tipo de valoración médica, lo cual es excesivo teniendo en cuenta que se trataba de una gestación catalogada de alto riesgo; teniendo después que asumir la urgencia de la cesárea por una alerta emitida desde el personal de enfermería, y no de un médico que estuviese vigilante del trabajo de parto de la paciente.- Siendo así, hubo una desatención de la paciente por un periodo prolongado,

¹⁸ Folios 482 a 487 del cuaderno 1

que jugó en contra del bienestar del feto y que pudo influir de manera directa en el desenlace fatal del recién nacido”.

Con esas observaciones concluyó, que: “[L]as intervenciones realizadas y los manejos instaurados corresponden a la *lex artis* y se ciñen a los parámetros establecidos dentro de las guías de manejo, en cuanto a procedimientos e intervenciones, lo cual demuestra la idoneidad del personal de salud que estuvo a cargo de la paciente; pero cabe destacar que algunas de las intervenciones y estudios paraclínicos de soporte no se realizaron con celeridad, lo que hace que la atención no haya sido oportuna. En ese sentido, aunque hubo acceso al servicio de salud y aunque el personal de salud era especializado en la atención de las maternas (eran peritos en el área), no fue oportuna la intervención. Y aunque la causa de la muerte es natural como fue expresado en el reporte de medicina legal (y con lo cual estoy completamente de acuerdo), el desenlace podría haber sido diferente si la intervención se hubiese realizado de manera oportuna”¹⁹.

Y en la aclaración en cuanto a la falta de oportunidad en la atención a la paciente indicó:

“[E]s evidente que una paciente que presenta una amenaza de parto pretérmino, y cuyo estado es lábil debe tener un control periódico, así que, es apenas lógico que si no hay ningún tipo de reporte en la historia de la situación de la paciente durante 8 horas 50 minutos, se entiende que no fue valorada durante dicho periodo de tiempo, y que por ende no se pudo notar el cambio en el estado de salud de la paciente, ni del fruto de su gestación.

Si una intervención que sirve como posibilidad diagnóstica se omite o no se realiza en el momento oportuno, y por ende, no se establece una terapéutica acorde con el estado de la paciente, se afecta de manera directa el desenlace, mas aún cuando la vida depende de la oportunidad y la celeridad en la atención...”

Afirmación que sustentó expresando los siguientes aspectos científicos: “[C]omo queda claramente explicado en el dictamen pericial, la causa de la muerte fue una asfixia perinatal debido a una circulación del cordón umbilical al cuello del feto. Esto implica que el feto se fue asfixiando, es decir, se fue quedando sin aporte de oxígeno para suplir las funciones mínimas del cuerpo, y por ende, de manera progresiva fue disminuyendo todas las funciones del organismo hasta llegar a un punto de no retorno que desencadena en la muerte”.

Añadió que “Como es evidente, ante una situación de asfixia, el tiempo es un factor determinante en el desenlace (...). En el feto la situación es similar al ejemplo, solo que el feto está en una medio

¹⁹ Folios 614 a 648 del cuaderno 1A

acuoso todo el tiempo y su recambio gaseoso se realiza a través de la placenta, que se comunica con el feto por medio del cordón umbilical. Entonces, si el cordón umbilical tiene alguna alteración, que para este caso fue una circulación apretada al cuello, entonces el flujo de sangre que lleva el oxígeno a todo el cuerpo se disminuye y el feto se empieza a ahogar (asfixia). Igual que en el ejemplo, el tiempo determina si se recupera la funcionalidad o se desencadena la muerte”.

Explicó “Como en el vientre materno no es posible saber de manera directa que el feto se está asfixiándose, existen algunos métodos paraclínicos para evaluar el estado del feto y predecir, pero sobretodo, evitar posibles complicaciones”; agregando, que “Este es el papel de la monitoria fetal, del perfil biofísico y de la ecografía, entre otros. Con cualquiera de ellos se habría de detectado, en fases iniciales, el aumento de la frecuencia cardiaca fetal como un indicador de estado fetal insatisfecho; o en fases más tardías, la disminución de la frecuencia cardiaca fetal. Esto habría llamado la atención del personal de atención y habrían notado la alteración, pudiendo tomar decisiones con respecto al estado del feto y de la madre...”; por lo cual recalcó “Y efectivamente, fue cuando se realizó una monitoria fetal (8 horas y 50 minutos después del último evento de atención) que se evidencia el estado grave del feto y se empiezan a realizar acciones pertinentes”.

De ese estudio concluyó: “...ante una situación de asfixia, una desatención de 8 horas y 50 minutos influye de manera directa en la probabilidad de supervivencia del feto; y si se hubieses realizado antes monitoria fetal y se hubieses evidenciado el sufrimiento fetal, se hubiese podido realizar una cesaría más oportuna y podría haber sido mejor el pronóstico para el feto”.

Igualmente, aclaró su conclusión respecto a “que algunas de las intervenciones y estudios paraclínicos no se realizaron con celeridad...”, apuntando: “El momento clave de la atención, donde se fractura el deber de la atención oportuna, es en el lapso de las 8 horas y 50 minutos entre las 16+30 del 24 de Julio de 2007 y la 1+20 del 25 de julio de 2007”.

Enfatizó que el descuido no le era atribuible al galeno Luis Rafael Rodríguez Robayo: “...la desatención se presentó durante dos turnos diferentes (es decir, hubo cambio de turno de todo el personal), y cuando se refiere a la intervención del Dr. Rodríguez Robayo, que es el 25 de Julio a las 2+06, se ordena una monitoria fetal, que es el examen paraclínico indicado, lo evalúa a las 2+19, es un tiempo realmente corto, ya que la monitoria fetal tiene un protocolo de duración de 20 minutos y decide desembarazarla a la paciente por estado fetal insatisfactorio (...) el Dr. Luis Rafael Rodríguez Robayo atiende el llamado de enfermería y realiza las intervenciones como tienen que ser, según la lex artis, y en tiempo oportuno, por ende no es el Dr. Rodríguez Robayo quien retarda la atención de la paciente o la omite”²⁰.

²⁰ Folios 659 a 661 del cuaderno 1 A

7.2.3. A los anteriores trabajos se suma la respuesta de la Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología, a las preguntas formuladas por el representante judicial de la parte demandante.

La Federación antes de dar conclusiones se ocupó de hacer unos planeamientos o resaltar las controversias que se presentan en temas importantes para desatar el caso, como es el hallazgo de “una circular de cordón” , y advirtió que *“debe quedar claro que la decisión de parto vs cesárea se aplica en cada caso particular y no existe una patrón (sic), guía o protocolo que indique la conducta a seguir pues la circular del cordón puede ser un hallazgo curioso en un parto normal, o puede ser una limitación que impida el parto por vía vaginal y obligue la realización de una cesárea”*.

Igualmente, recalcó que *“Una cesárea de emergencia por causa fetal, es una pérdida súbita del bienestar fetal por bradicardia severa que se convierte en amenaza grave de muerte fetal. Se debe opera ven los siguientes minutos al diagnostico”*. (sic)

Conforme a lo anterior, precisó:

“En las cesáreas de urgencias y de emergencias queda poco por hacer por parte del médico; se debe realizar en condiciones muchas veces adversa para la madre o el feto pues no tiene el ayuno adecuado, o no tiene las pruebas de laboratorio completas, o no se le ha podido corregir o compensar una comorbilidad.

Si una cesárea es de emergencia para salvar la vida de la madre o la vida del feto, se realiza en los siguientes minutos, sin considerar el mejor escenario de laboratorio, o de ayuno o de compensación de la comorbilidad, pues la vida de la madre está en peligro, o del feto o la vida de ambos. Por obvias razones la legislación colombiana exime de consentimiento informado en las cirugías de urgencias o de emergencias, y exime al médica por aquellas complicaciones que siguen a las realización de la cesaría por la prisa; la necesidad de llevar al prematuro a la UCI, la agudización de una condición médica de la madre que no se pudo corregir a tiempo, etc.”. Concluyendo entonces, que *“la participación del medico es diferente de acuerdo a la prematura o no, de realizar la intervención quirúrgica”*.

De otro lado, respecto al procedimiento técnico y/o quirúrgico para la preparación de una cirugía cesárea, para el caso de *“la cesárea de urgencia o de emergencia induce cambios menores relacionados con las personas que intervienen: es el obstetra de turno, el anestesiólogo de turno, la instrumentadora de turno, etc. Las medidas de seguridad no cambian: la limpieza de la sala, la esterilización del paquete quirúrgico, la manera de hacer la intervención quirúrgica, casi no cambian en nada...”*.

Finiquitando, que: *“los quirófanos de urgencias se mantienen listos desde el punto de vista de la seguridad del paciente, los paquetes de cirugía están reservados en condiciones óptimas y la técnica quirúrgica es similar a los casos programados, solo que con mayor agilidad para realizar el procedimiento. La agilidad es recomendable pues facilita la recuperación de la madre, y acelera la intervención del pediatra en los recién nacidos en malas condiciones”*.

En lo atinente al procedimiento que se debe dar a una paciente que presenta amenaza de parto pretérmino, indicó que en el lenguaje de la obstetricia se toma como sinónimo de parto prematuro, el cual tiene ocurrencia entre las semanas 28 a 36 mas 6 días. Anotó que el sistema más utilizado para la valoración de los factores de riesgo (FR) para presentar parto pretérmino es el de cuantificación de riesgo de Papiernik, modificado por Gonik y Creasy que asigna puntos del 1 al 10. Concluyendo que la amenaza de parto pretérmino es la condición en la cual la gestante presenta uno o mas factores que hacen probable el nacimiento del feto antes del término.

Explicó que en esos casos *“se debe hospitalizar, se deben realizar las pruebas diagnósticas que permitan conocer las noxas de la amenaza del parto prétermino, se deben intervenir sobre las causales si el factor desencadenante es susceptible de ser intervenido, se deben suspender las contracciones si las condiciones del feto y la madre lo permiten, para favorecer a maduración pulmonar fetal, o por el contrario, se debe acelera el nacimiento del feto, si las condiciones intrauterinas le son adversas como ocurre cuando el liquido amniótico está infectado y al feto le va mejor en una incubadora que en el ambiente séptico de la bolsa amniótica”* (sic). Por lo que precisó: *“Puede verse que no existe una respuesta única, como ocurre normalmente en Medicina, y que aun con la ayuda de guías de manejo y de protocolos, siempre se necesitará la experiencia del médico para tomar la mejor decisión, aunque a veces se aparte de la guía, especialmente cuando los recurso de la institución impiden cumplirla cabalmente”*.

28

En lo relacionado al papel o razón de ser de la monitoria en el diagnóstico del estado fetal, luego de traer bastante estudios y literatura, señaló: *“[E]n la actualidad la MEFCF es utilizada en la mayoría de las unidades obstétricas, siendo la base para la valoración clínica del estado del feto, tanto durante el embarazo como en el parto. Si bien es cierto los registros anormales de la FCF no guardan una buena correlación con el estado fetal, si éste es normal predice el bienestar del recién nacido en un 99% de los casos”²¹*.

²¹ MEFCF: monitorización electrónica de a frecuencia cardiaca fetal.-

Con esas bases recomendó: “[E]mplear durante el parto cuando es alto riesgo, siendo principales indicaciones: a) RCIU, b) parto pretérmino, c) embarazo post término, d) complicaciones médicas del embarazo (SHE, diabetes), e) oligoamnios, f) signos de corioamnionitis o infección fetal, g) fiebre materna, h) líquido amniótico meconial, i) complicaciones obstétricas intraparto (metrorragia), j) inducciones y/o conducciones, k) antecedentes de FMIU, l) patología fetal, m) hallazgos auscultatorios anormales en la FCF”. Así mismo, que: “[L]a lectura del MEFCE intraparto sea a partir de una velocidad de trazado de 3 cm por minuto, tomando en cuenta que esta interpretación es dinámica y dependiente de todos los factores antes mencionados. Quizás una manera de uniformar el criterio en la interpretación de la tococardiograma es la propuesta por el grupo de expertos de NICHD, quienes aconsejan clasificar estos registros en “normales”, “sospechosos” y “anormales”, para tomar las medidas necesarias de resucitación intrauterina ante la amenaza de hipoxemia fetal”²².

Así pues, se tiene que cuando existe un diagnóstico de embarazo de alto riesgo debe existir una vigilancia rigurosa del proceso de gestación de tal forma que sea posible prevenir y controlar oportunamente los factores de riesgo de la vida tanto de la gestante como del feto.

7.2.4. En el caso bajo estudio, revisada la historia clínica se registra que la señora Ana Myriam Moreno Gil ingresó por urgencias a la Clínica Veraguas el 17 de julio de 2007, por presentar dolor general, momento para el cual corría la semana 32.4 de gestación, dejando como diagnóstico “FALSO TRABAJO DE PARTO ANTES DE LA 37 SEMANAS...” y dentro del examen se encuentra “TAQUICARDIA FETAL” y “SE ORDENA MONITORIA FETAL, CH+PCR”²³; fecha en la que finalmente fue hospitalizada para observación; estadía que se extendió hasta el 20 de julio de 2007.

La paciente retornó a esa institución por urgencias el 24 de julio de 2007 a las 12:39:27, dejándose la siguiente anotación: “PACIENTE QUIEN REFIERE DOLOR HIPOGÁSTRICO DE 10/10 DE INTENSIDAD EPISÓDICO QUE INICIA HACE 7 HORAS DE EVOLUCIÓN QUE SE ASOCIA A SANGRADO VAGINAL ESCASO (...) NIEGA SINTOMATOLOGÍA URINARIA NIEGA AMNIOORREA. PACIENTE FUE HOSPITALIZACIÓN POR FALSO TRABAJO DE PARTO HACE 5 DIAS POR FALSO TRABAJO DE PARTO”²⁴.

²² Folios 684 a 705 cuaderno 1 A

²³ Folios 72-73 cuaderno 1

²⁴ Folio 87 cuaderno 1

Tiempo después, a las 18:30 la historia registra: “PACIENTE REIFERE DISMINUCIÓN DE ACTIVIDAD UTERINA RESPECTO AL INGRESO PERCIBE MSFS ACTIVOS CONCIENTE HIDRATAD AFEBRIL TA 10-67 FC: 20 CP NORMAL ABDOMEN GLOBULOS X UTERO GRAVIDO CON FCF 156 AL MOMENTO TV DIFERIDO. SE CONTINUA TOCOLISIS Y TRANALADO APISO SEGÚN DISPONIBILIDAD DE CAMAS”²⁵(sic), etapa que fue afrontada por la médica Luz Nancy Torres Gualtero.

Según la evolución, la atención médica se reactivó pasadas 6 horas y 50 minutos, es decir, a las 01:20 del 25 de julio, por efecto del llamado de enfermería “*Subjetivo: PACIENTE CON SALIDA DE LIQUIDO Y ACTIVIDAD REGULAR A PSEAR DE UTEROINHIBICION. Objetivo: ALERTA AFEBRIL. CP NORMAL. GO UTERO GRAVIDO FCF 123. TV CUELLO ABIERTO 2 CMS CON SALIDA DE LIQUIDO. Análisis: MONITORIA NO REACTIVA CON ACTIVIDAD PRESENTA DESACELERACION DESCARTA ESTADO FETAL INSATISFACTORIO. SE SUBE A SALAS DE PARTOS. MANEJO X GO*”, situación que fue atendida por el médico Juan Mauricio Rojas García, quien continúa calificando el incidente bajo el código CIE10:0470 “*Falso trabajo de parto antes de la 37 semanas completas de gestación*”²⁶. Es retomada la atención 46 minutos después, es decir, a las 2:06 donde se registra: “*EMBARAZO DE 34 SEMANAS CONTRACCIONES REGULARES. SALIDA DE LIQUIDO (...) FCF 156 (...) P/REFUERZYO DE T. PARDO SUSPENDER S.MAGNESIO, MONITOREO FETAL YA TIENE MADURACION PULMONAR*”, evento que es rotulado con el código CIE10:420 “*Ruptura prematura de las membranas, e inicio del trabajo de parto de las 24 horas*”, por el especialista Luis Rafael Rodríguez Robayo. A las 02:19 se registra “*MONITORIA PRESENTA DESACELERACIONES PROFUNDAS VARIABLES.- SE DECIDE DESEMBARAZAR POR CESAREA POR ESTADO FETAL NO SATISFACTORIO EN PACIENTE LEJOS DEL PARTO*”²⁷.

30

Conforme a este derrotero se encuentra probado, que los síntomas que presentó la paciente días antes del parto eran claros que era un embarazo riesgoso y con amenaza de parto prematuro, tal como fue corroborado en los dictámenes aportados, y por tanto ameritaba atención médica especial y un seguimiento oportuno.

De igual modo, está acreditado que la recién nacida al ser extraída presentaba “*triple circulación apretada al cuello, meconio grado II*”, circunstancias que demuestran que el feto presentó momentos de incomodidad con antelación

²⁵ Folio 89 cuaderno 1

²⁶ Folio 89 cuaderno 1

²⁷ Folios 89 y 92 del cuaderno 1

a su expulsión, por efectos de esa estrangulación que se venía haciendo con su propio cordón umbilical, situación que se hubiera podido detectar y controlar si se hubiera prestado una atención acorde a los antecedentes y evolución del embarazo y particularmente del cuadro que presentaba para el 24 de julio de 2007; empero, se dejó a la madre por más de 6 horas sin la atención especializada, limitándose a hacer verificación de la frecuencia cardíaca del feto, como lo expresan las notas de enfermería.

Es cierto que el Instituto de Medicina Legal respondió a la Fiscal 13 Seccional Unidad 1ª de Delitos contra la vida, que la *“causa de muerte del producto de la concepción una choque séptico por bronconeumonía intrauterina y microabscesos en glándulas suprarrenal e hígado. Muerte Natural”* y que el manejo dado a la señora Moreno fue oportuno y adecuado²⁸, conclusión a la que llegó sin dar explicaciones.

Importante es, en este tema, la observación del perito Duque Rodríguez: *“La muerte perinatal se relaciona directamente con la situación acontecida durante el parto y por ende, se relaciona con el sufrimiento fetal agudo, la asfixia perinatal, la aspiración de meconio. Entonces, si bien la causa de la muerte se estableció de manera clínica dada en los diagnósticos definidos por la pediatra, no se puede desligar el hecho que durante el proceso del parto cuando el feto todavía se encuentra unido a la placenta mediante el cordón umbilical, toda la oxigenación depende del aporte a través de dicho cordón. Entonces toda situación que altere el cordón y que ponga en riesgo la vida del feto durante el trabajo de parto hace parte de las causas mismas de la muerte”*²⁹, pues el proceso comenzó intrauterino.

7.3. Todas estas circunstancias, valoradas en conjunto según las reglas de la sana crítica, indican que la atención deficiente, inoportuna y negligente que recibió la gestante, fue el factor decisivo del fatal desenlace de la recién nacida.

8. Incumbe ahora ocuparse de examinar la defensa propuesta por los integrantes de la parte demandada:

8.1. El galeno Juan Mauricio Rojas García, planteó las excepciones de *“Inexistencia de responsabilidad”* e *“Inexistencia de culpa, fuente de obligaciones”*, basadas en que su atención se circunscribió a que una vez estuvo en el área de

²⁸ Folio 444 cuaderno 1

²⁹ Folio 642 cuaderno 1A

hospitalización y tuvo conocimiento de los antecedentes de la paciente – hoy demandante – ordenó su remisión a la sala partos; pues como médico general tenía que hacer las valoraciones nocturnas de los pacientes hospitalizados, y para la fecha eran 21 camas, entre madres e hijos, es decir, 42 valoraciones en el piso de hospitalización, junto con la atención de consulta prioritaria y la estabilización de cada uno de los casos.

8.2. El médico – ginecólogo Luis Rafael Rodríguez Robayo, propuso como defensas *“Ausencia e inexistencia del elemento culpa en cabeza de mi representado – buena praxis médica”, “Inexistencia del elemento denominado nexo de causalidad”, “cobro exagerado y cuantía exagerado de perjuicios” e “innominada”*; las dos primeras fundadas en que desde el mismo instante que fue informado de la situación de la paciente y ésta fue subida a la sala de observación, donde él se encontraba realizando otra cesárea, ordenó la realización de una monitoria, y obtenida esta dio la orden de su preparación para cesárea. Resaltando que la *“[R]ealidad lo es que, para llevar a cabo la cirugía de la señora ANA MYRIAM MORENO, se debía hacer uso de la misma sala de cirugía en donde se había acabado de intervenir a la señora YENNY ACOSTA y del único equipo quirúrgico físico y humano con que contaba la institución, los cuales debían ser preparados de manera cuidadosa...”. Añadiendo que la paciente “debía ser monitorizada e hidratada, lo que debe hacer, por más urgencia que sea la cirugía. De lo contrario, no solo se estaría exponiendo a un riesgo injustificado a la paciente, sino que encontraríamos, ahí sí, ante una mala práctica médica....”*.

32

8.3. Teniendo en cuenta que las excepciones enunciadas se erigen en argumentos similares, como es, que los médicos demandados actuaron dentro de la temporalidad correcta y de acuerdo a las funciones que les correspondían, todas ellas se analizaran al unísono.

8.3.1. Efectivamente se encuentra probado en el plenario que el médico general Rojas García, atendió a la señora Moreno mientras se encontraba hospitalizada y en controles a cargo de las enfermeras de turno; pero ciertamente su labor no fue oportuna; en efecto, según sus exculpaciones ese día, el 24 de julio, recibió turno a las 7:00 p.m., así lo corroboró la declarante Maritza Redondo auxiliar de enfermería que estuvo en el mismo turno, no obstante no hay nota de su parte que haya estado al tanto de la paciente Ana Moreno, como atrás se refirió hubo un periodo de 6 horas y 50 minutos en que

la paciente no fue atendida por un médico, y ese tiempo fue cuando ya estaba de turno el doctor Rojas García, quien sólo hasta las 01:20 ya del 25 de julio, acudió al llamado de enfermería y continuó calificando el incidente bajo el código CIE10:0470 *“Falso trabajo de parto antes de la 37 semanas completas de gestación”*³⁰; pasaron 46 minutos más, es decir, a las 2:06 donde se registra: *“EMBARAZO DE 34 SEMANAS CONTRACCIONES REGULARES. SALIDA DE LIQUIDO (...) FCF 156 (...) P/REFUERZO DE T. PARDO SUSPENDER S.MAGNESIO, MONITOREO FETAL YA TIENE MADURACION PULMONAR”*, evento que es rotulado con el código CIE10:420 *“Ruptura prematura de las membranas, e inicio del trabajo de parto de las 24 horas”*, por el ginecoobstetra.

Conforme a lo anterior, se tiene que la atención que brindó el profesional de la salud Rojas García a la señora Ana Myriam Moreno Gil, fue tardío y descuidado; apenas recibió turno debió hacer ronda para verificar el estado de los pacientes hospitalizados, y darle prioridad al caso de la señora Moreno, considerando su edad y que según su historial clínico revelaba signos de alarma pues ya había acudido a la misma institución con amenazas de parto prematuro y dolores. Según dijo, porque no hay probanza de ello, tenía a su cargo 21 camas y 42 pacientes hospitalizados que tenía que vigilar y además atender consultas prioritarias, pero aún admitiendo tal exculpación, ello no justifica que pasaran más de 6 horas sin brindarle atención a la señora Moreno, máxime cuando aduce que le correspondía hacer las rondas de las personas hospitalizadas.

33

8.3.2. En lo atinente al doctor Rodríguez, ha de verse que su atención estuvo dentro de un lapso relativamente mínimo, pues su intervención fue entre las 2:06 a.m. y 2:50 a.m., tiempo en el que practicó la cesárea.

Ahora, si bien es cierto que entre el momento en que el médico Rojas García ordenó el envío de la paciente a las 01:20 y el momento en que realmente la atendió el médico Rodríguez Robayo, 02:06 pasaron alrededor de 46 minutos, no puede atribuírsele a éste desidia, como quiera se encontraba atendiendo a otra paciente en la única sala de cirugía disponible.

³⁰ Folio 89 cuaderno 1

8.3.3. Concluye la Sala entonces que la defensa del médico Juan Mauricio Rojas García no tiene vocación de prosperidad y por el contrario debe asumir la responsabilidad de su proceder omisivo.

No ocurre lo mismo respecto del especialista Luis Rafael Rodríguez Robayo, pues en verdad su gestión se desplegó dentro de términos razonables de atención a la paciente; y no se avizora que hubiese incurrido en un proceder culposos.

8.4. Cruz Blanca EPS, se opuso a las pretensiones con las excepciones que tituló: *“Cumplimiento de las obligaciones contractuales y legales por parte de Cruz Blanca EPS”, “Discrecionalidad y Autonomía Técnica científica de las instituciones y médicos tratantes que no vincula a la EPS Cruz Blanca”, “Inexistencia de causalidad” y “Genérica”*. Y por otro lado, Corporación IPS Corvesalud – Coodontólogos antes Corporación IPS Saludcoop Cundinamarca, como defensas planteó: *“Ausencia de responsabilidad”, “Inexistencia de Responsabilidad por inexistencia de incumplimiento de los deberes contractuales por parte de corporación IPS Corcesalud - Coodontologos”, “No presunción de culpa en el caso de la responsabilidad médica”*, *“Exigencia de culpa probada”, “Inexistencia de obligación de resultado, exigencia de obligación de medios en el acto médico desplegado por la IPS” y “Genérica”*

34

Respecto a los medios de defensa propuestos por las entidades médicas debe anotarse que no tienen vocación de prosperar, pues como quedó anotado en los prolegómenos de este capítulo, las entidades e instituciones prestadoras de los servicios de salud tienen la obligación de ofrecerlos, brindarlos y suministrarlos a sus usuarios de manera eficiente, efectiva, oportuna, bajo estándares óptimos de calidad.

Obligación que no fue cabalmente satisfecha respecto de la señora Moreno Gil, como quiera que pese a calificarse su embarazo de alto riesgo, no se dispusieron los medios indispensables para que en la atención del nacimiento de su hija estuviera asistida por el personal médico especializado necesario.

Se reitera, quedó demostrado que en el turno del 24 de julio de 2007 entre las 7:00 p.m. y las 7:00 a.m. del día siguiente, en las instalaciones de la Clínica Veraguas había un solo médico general: *“Para el servicio de hospitalización únicamente el Dr. Rojas quien también asiste a*

consulta prioritaria en el segundo piso si se requiere y el tiempo de hospitalización se le permite”, refirió la testigo Maritza Redondo quien como auxiliar de enfermería también cubrió ese turno³¹; así mismo, sólo había un médico gineco obstetra: el doctor Rodríguez Robayo; y una única sala quirúrgica, situación distinta no alegaron ni demostraron las instituciones de salud; circunstancias que impidieron una atención oportuna de la complicación de la materna demandante.

Ante el fracaso de la defensa por parte de las mencionadas instituciones, se declarará su responsabilidad.

9. Resta entonces por establecer la indemnización que, claro está, debe corresponder al perjuicio irrogado a quien lo depreca; ello con cimiento en el artículo 2341 del Código Civil, y en armonía con el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 según el cual: *«Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales»*; atendiendo en todo caso los límites fijados por la parte demandante al plantear sus pretensiones, como quiera que ellas delimitan la decisión del juzgador por virtud del principio de congruencia.

En esta oportunidad, la actora sólo reclama se reparen los daños morales padecidos por la pérdida de su pequeña hija, tipo de daños que se caracteriza por no ser estimables económicamente; de allí que, como lo tiene sentado la jurisprudencia su tasación está dada por el criterio de razonabilidad del juez, ponderando la prueba de la intensidad del mismo *“pues esta noción intelectual permite determinar en cada caso concreto si la medida simbólica compensatoria es equitativa, suficiente, necesaria y adecuada para consolar a la víctima por la pérdida de sus bienes inmateriales e inestimables en dinero, como son su integridad psicofísica, su honra y buen nombre, su dignidad, su proyecto de vida, o sus sentimientos o afectos”*³².

Recuérdese que el daño moral *“consiste en la compensación por el sufrimiento, pena o congoja, y en general por el padecimiento moral que soportan las víctimas, si continúan viviendo, y personas que tienen vínculos de amor filial, de parentesco, maritales o de*

³¹ Folio 450 cuaderno 1

³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC9193-2017 de 28 de junio de 2017. MP. Ariel Salazar Ramírez. Radicación 110013103039201100108 01

afección con la víctima.”³³, el que se causa: “por la pérdida de la vida, por daños a la salud y a la integridad corporal, por la violación de la libertad sexual y a la física o de locomoción, ya por un secuestro o por privación injusta de la libertad; además, por desconocimiento”³⁴.

La causación del daño moral resulta demostrada sin hesitación, en primer lugar, si en consideración se tiene que, como lo enseñan las reglas de la experiencia, el sentido común y las presunciones simples o judiciales, la muerte de un hijo produce, aflicción, desolación, tristeza, congoja. Aunado a ello, se evidencia en la historia clínica que la señora Ana Moreno fue atendida por especialista en psicología que registró “PACIENTE EN HOSPITALIZACION SITUACION DE CRISIS POR PERDIDA DE EMBARAZO, DE 32 SEMANAS MUESTRA APARIENCIA Y CONDUCTA DEPRESIVA, ... AL PROFUNDIZAR SU SITUACION ENTRA EN LLANTO PENSAMIENTOS DISTORCIONADOS ASOCIACIONES A IDEAS DE CIRCUNSTANCIALIDAD Y DESCUIDO POR LA ATENCION EN EL DIA DE AYER. JUICIO DEL PACIENTE COMPLEJO, LLENO DE PREJUICIOS ACERCA DE LA RAZON POR LA CUAL PERDIO A SU BEBE, CREENCIAS IRRACIONALES, (CATASTROFIZACION DE LA SITUACION), ES CONCIENTE DE LA PERDIDA SE PERSIVE EN NEGACION DE LA SITUACION HASTA LLEGAR A LA CASA, HIJO DE 10 AÑOS A QUIEN EL PAPA ESTA DANDO LA NOTICIA”³⁵ (sic), No hay duda del daño moral irrogado.

36

Acerca de la intensidad del mismo, y a fin de determinar un monto a título de indemnización recientemente indicó la Corte:

*“Con todo, si bien es cierto que cualquier tipo de perjuicio injustamente causado da lugar a una acción que busque su reparación, en esto del resarcimiento de daños morales, no puede dejarse de admitir que como en la vida en sociedad es usual que los seres humanos tengamos molestias, inquietudes, incertidumbres y perturbaciones de ánimo, todas ellas no pueden llegar a ser resarcibles, como simples molestias que son parte del diario vivir. Tampoco puede actuarse mecánicamente, desde luego que, así como acontece con el daño patrimonial, en aquel debe existir certidumbre, lo que implica que en el proceso existan medios de convicción que den cuenta de su existencia e **intensidad**, “... toda vez que -para decirlo con palabras de la Corte- es apenas su cuantificación monetaria, y siempre dentro de restricciones caracterizadamente estrictas, la materia en la que al juzgador le corresponde obrar según su prudente arbitrio...”C.S. J. Auto de 13 de mayo de 1988 sin*

³³ Valencia Zea, Arturo, otro. Derecho Civil, De las Obligaciones. Tomo III. Temis, 2010. pp. 248

³⁴ *Ibíd.* Cita de la obra “Derechos reales, 10ª ed., num. 116.”.

³⁵ Folio 96 del cuaderno 1

publicar)» (CSJ SC del 25 de noviembre de 1992, rad. 3382, G.J. CCIX, n°2458, pág. 670).

De esas presunciones judiciales o de hombre, de la mayor importancia, como lo ha reconocido de antaño esta Corporación, es la que procede de los estrechos vínculos de familia a efectos de deducir los perjuicios morales que padecen los allegados a la víctima directa, en atención a que se presume, por los dictados de la experiencia, que entre ésta y aquellos existen fuertes lazos de afecto por lo que, sin duda, el interés jurídico tutelado y transgredido con el acto dañoso no es, en criterio de la Corte, únicamente el dolor psíquico o físico dado que este suele ser una consecuencia (pero no la única) de la trasgresión a un derecho inherente a la persona, a un bien de la vida o un interés lícito digno de protección, como en este caso son las relaciones de la familia como núcleo esencial de la sociedad, dolor que quizás no se manifiesta en infantes ni menos en recién nacidos, pero no por ello ha de concluirse que el menoscabo a un bien extrapatrimonial de que gozaba o podía llegar a gozar ese menor no deba ser objeto de resarcimiento.” Sentencia SC5686 de 19 de diciembre de 2018.

En esa misma providencia la Corte delineó unos parámetros para la cuantificación del daño:

“...setenta y dos millones de pesos (\$72,000,000.00) para el daño moral propio sufrido por los demandantes a raíz del fallecimiento de padres, hijos, esposos y compañeros permanentes, la mitad de ese valor para hermanos, abuelos y nietos y la cuarta parte para el resto de parientes, conservando de esa forma el criterio establecido por la sala de decisión civil del Tribunal en cuanto a que, las circunstancias modales que hubieron de sufrir los reclamantes fueron, en términos generales, las mismas y el parámetro de una tasación similar, en consecuencia, se impone...”³⁶

37

Engranando todos los elementos, la guía jurisprudencial, la prueba de intensidad del daño padecido por la demandante dado el fallecimiento de su recién nacida, la Sala considera prudente, conceder a la progenitora la suma de \$50'000.000,00.

10. Colofón de lo anotado, se revocará la sentencia de primer grado y en su lugar, se adoptarán las determinaciones anunciadas en los términos que acaban de anotarse; por tanto, se condenará en costas de ambas instancias a demandados vencidos.

³⁶ SC-5686-2018. Radicado 05736318900120040004201. 19 de diciembre de 2018. M.P. Margarita Cabello Blanco.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia emitida el 17 de septiembre de 2019 por el Juzgado Civil del Circuito de Cáqueza en descongestión de conformidad al Acuerdo PCSJA19-11277.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por Juan Mauricio Rojas García, la Corporación IPS Saludcoop Cundinamarca – Clínica Veraguas – y por Cruz Blanca Entidad Promotora de Salud S.A. – Cruz Blanca E.P.S. -en liquidación-.

TERCERO: DECLARAR responsables civilmente a Juan Mauricio Rojas García, a la Corporación IPS Saludcoop Cundinamarca – Clínica Veraguas – y a Cruz Blanca Entidad Promotora de Salud S.A. – Cruz Blanca E.P.S. - en liquidación- por los daños causados a Ana Myriam Moreno Gil, por la atención médica negligente, inoportuna y deficiente que le fue suministrada, que desencadenó en la muerte de la recién nacida Ana María Cortés Moreno el 25 de julio de 2007.

CUARTO: CONDENAR a Juan Mauricio Rojas García, a la Corporación IPS Saludcoop Cundinamarca – Clínica Veraguas – y a Cruz Blanca Entidad Promotora de Salud S.A. – Cruz Blanca E.P.S. -en liquidación-, a pagar a la demandante ANA MYRIAM MORENO GIL la suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50'000.000,00), por concepto de perjuicios morales.

QUINTO: DECLARAR probadas las excepciones de mérito “Ausencia e inexistencia del elemento culpa en cabeza de mi representado – buena praxis médica”, “Inexistencia del elemento denominado nexos de causalidad” propuestas por el demandado Luis Rafael Rodríguez Robayo.

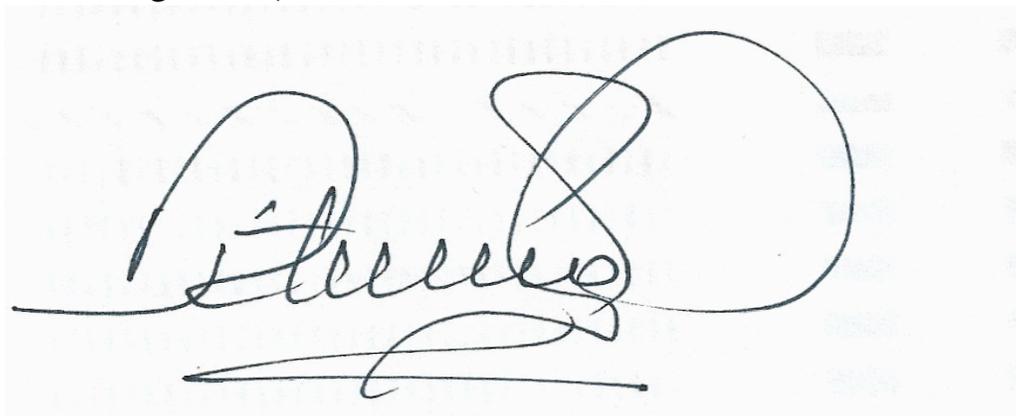
De manera oficiosa, se declara la Falta de legitimación en la causa en el demandante Francisco de Paula Cortés Pérez.

SEXTO: CONDENAR en costas de la primera instancia a los demandantes a favor del demandado Luis Rafael Rodríguez Robayo.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas de ambas instancias a Juan Mauricio Rojas García, la Corporación IPS Saludcoop Cundinamarca – Clínica Veraguas – y Cruz Blanca Entidad Promotora de Salud S.A. – Cruz Blanca E.P.S. -en liquidación-, a favor de los demandantes.

Como agencias en derecho correspondientes a esta Sede, la Magistrada Sustanciadora señala la suma de \$6'000.000,00.-

NOTÍFIQUESE,



RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada



MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada



JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

Aclaro el Voto

ACLARACION DE VOTO

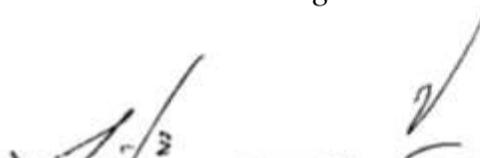
Ref: Verbal de Responsabilidad Médica de Ana Moreno y otro contra Cruz Blanca EPS y otros. Exp. 20090012401.

Con el debido respeto para con los restantes integrantes de la Sala efectúo precisión sobre dos temáticas tratadas en la decisión que acompaño, a saber:

El primero atañe a que clarificado el aspecto sustancial del tipo de responsabilidad materia de acogida en la decisión: la contractual -artículo 1610 numeral 3° del Código Civil, inexplicablemente en ese mismo acápite de la considerativa del fallo se echa mano del artículo 2341 que atañe a la extracontractual, para estructurarla, así se constata en los nomencladores 7 y 9, lo que en mi sentir es equivocado.

*La restante dice relación con la forma de establecer el parentesco de la menor fallecida con los aquí demandantes: relación filial entre padres e hija, le bastó a la ponente la sola mención documental contentiva de la autorización para la necropsia de la infante. En ese punto he compartido, entre otras, el fallo de casación civil SC 3452 de 27 de agosto de 2019 que precisa frente a una confesión de parte que la misma no prueba el estado civil de los contratantes en un negocio simulado, **pero si su familiaridad (destaco)**. Ocurre ahora que esa línea jurisprudencial la veo reflejada en la decisión que acompaño -página 17 del fallo, consideración 6.1. párrafo 3°-, pese a que la Magistrada Ponente en salvamento parcial de voto de la semana anterior (días 1 a 4 de septiembre de 2020) en el asunto asignado a mi conocimiento, radicado 20180036201, aludió a la forma de probar un estado civil a propósito de una unión marital de hecho y de los otros estados civiles, desechando la escritura pública en la que voluntariamente la pareja declaraba la existencia de la misma, con el argumento que al constituir un estado civil era otra la manera de acreditar su existencia, es decir, implicaba hacer su registro, empero, en el caso que nos ocupa relieves de esa exigencia legal a uno de los sujetos integrantes de la parte convocante: Francisco de Paula Cortés Pérez, la de inscribir el nacimiento de la menor, para establecer su legitimación.*

En los anteriores términos se recoge mi aclaración.


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO



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

Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Radicación: 11001-3199-003-2019-01072-01

Asunto. Verbal – Derechos del Consumidor
Recurso. Apelación de Sentencia.
Demandante. Alcaldía Municipal de Une
Demandado. Banco Popular.
Reparto. 14/07//2020

ADMÍTASE, en el efecto devolutivo, el recurso de apelación propuesto por la parte demandada frente a la sentencia de 7 de mayo de 2020, dictada por la Superintendencia Financiera de Colombia - Delegatura para Funciones Jurisdiccionales-, dentro del proceso citado en la referencia.

En firme, reingrese el expediente al Despacho.

NOTIFÍQUESE


NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL

MAGISTRADA PONENTE

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de dos mil veinte (2020)

**ASUNTO: PROCESO VERBAL DE MARYORY OCAMPO
MORALES CONTRA BANCOLOMBIA S.A.
RAD. 003-2018-02260 01.**

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

Decide la Sala el recurso de apelación que interpusieron las partes contra la sentencia que profirió la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencias Financiera de Colombia el 26 de agosto de 2019¹, dentro del asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. La señora Maryory Ocampo Morales convocó a Bancolombia S.A para que, mediante la acción de protección al consumidor financiero, se le condene a devolverle la suma de \$58.769.466,06 debitados de su cuenta de ahorros, sin autorización de pago, así como \$39.529.462,29 por corrección monetaria, correspondiente al porcentaje del IPC anual desde la fecha de los hechos hasta la presentación de la demanda.

¹ Repartida el 21 de enero de 2020

2. Como fundamentos fácticos relevantes expuso, en síntesis, que le fueron sustraídos de su cuenta de ahorros de Bancolombia las siguientes cantidades de dinero: i) \$30.000.000, el día 20 de octubre de 2015 en la sucursal Bolivariana de la ciudad de Medellín; 2) \$27.000.000, el día 21 de octubre de 2015 en la sucursal Carrera 70 de la misma ciudad y 3) tres retiros en cajero electrónico de Guatemala por las sumas de \$784.347,03, \$784.347,03 y \$ 200.772,00 el día 22 de octubre de 2015.

Agregó que se enteró del hurto de su dinero al intentar realizar una transacción electrónica; que se comunicó con el banco y de inmediato se canceló la tarjeta y le dijeron que se iniciaría una investigación para esclarecer los hechos. Así es como el día 3 de noviembre de 2015, la entidad financiera contestó de manera negativa su solicitud bajo la excusa de que el retiro se había efectuado con el original de la tarjeta, su clave personal y la cédula de ciudadanía.

Comentó que Bancolombia en respuesta a una nueva solicitud, le indicó que su tarjeta debito posiblemente fue clonada con un dispositivo ajeno a su entidad, por lo cual persistió en negar la devolución de los saldos sustraídos de su cuenta. Conforme a dicha respuesta interpuso queja ante la Defensoría del Consumidor Financiero, pero recibió idéntica respuesta.

3. Notificado el banco demandado formuló los medios defensivos denominados: *“CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y DE SEGURIDAD POR PARTE DE BANCOLOMBIA S.A.”*; *“INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CUENTA DE AHORROS”*; *“OMISIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE SEGURIDAD POR PARTE DEL DEMANDANTE”* y *“HECHO DE UN TERCERO – INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL”*², soportados en que según el registro filmico, las transacciones que cursaron en las sucursales Av. Bolivariana y Calle 70 de la ciudad de Medellín fueron realizadas por una mujer que presentó la cédula de ciudadanía, la tarjeta física y digitó la clave sin inconvenientes, por tanto se concluye que se identificó como la cliente pues tenía toda su información; que la custodia de la tarjeta y la clave personal son de uso exclusivo de la demandante, por tanto que terceros hayan tenido acceso a dicho documento e información denotan su falta de cuidado; que días antes del fraude en el log transaccional de la cuentahabiente no se evidenció un bloqueo de la cuenta ni de la clave; que en el presente asunto acaeció un hecho exclusivo de un tercero, el cual no

² Folios 312 a 315 C.1

se encontraba bajo el control ni dirección de su entidad lo que rompe el nexo de causalidad entre su actuar y el daño sufrido por la cliente.

4. Surtido el trámite correspondiente la Superintendencia Financiera, a través de la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales, el 26 de agosto de 2019 declaró probada la excepción de “*Hecho de un Tercero – Inexistencia de nexo causa*”; declaró no probadas las excepciones de “*cumplimiento de las obligaciones contractuales y de seguridad por parte de Bancolombia s.a.*”; “*incumplimiento del contrato de cuenta de ahorros*”; “*omisión de las obligaciones de seguridad por parte del demandante*”; pero declaró civilmente responsable a Bancolombia en cuanto a las transacciones realizadas en el exterior por valor de \$1.769.466 y negó las demás pretensiones de la demanda.

II. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA APELADA

A vuelta de efectuar referencias de orden normativo sobre el régimen de protección al consumidor y los deberes de las partes en el contrato de cuenta de ahorro, encontró que respecto de los retiros irregulares efectuados en la cuenta de ahorros de la demandante por las sumas de 30 y 27 millones de pesos, se empleó en ambas transacciones el formato F-543 establecido para retiros superiores a 10 millones de pesos, sobre el cual se estampó la firma de quien realizó la operación sin que se tachara la misma de falsa; de igual forma en dicho documento se rotuló la dirección Cra. 50 No. 94-70, apartado que para la época de los hechos correspondía a la vivienda de la demandante.

Agregó que las transacciones se realizaron bajo los parámetros para ejecutar retiros o traslados mediante el dispositivo electrónico de lectura de banda y chips denominado (PIN PAD), es decir presentar la cédula de ciudadanía y la tarjeta débito junto su correspondiente clave; dicha información es validada por el cajero en la pantalla, acto seguido se desliza la tarjeta por el mecanismo electrónico y después se procede al diligenciamiento del formato F-543, el cual no requiere ser visado habida cuenta que no se trata de una transacción mayor a 100 millones de pesos. En tal sentido el proceso adelantado en las oficinas de Bancolombia donde la persona que efectuó el retiro se identificó con la información exclusiva de la titular de la cuenta y no presentó señales de alarma, permitió establecer

que no existió responsabilidad del banco; y que lo ocurrido fue ajeno a la entidad bancaria, que servía de soporte para declarar próspera la excepción de “*Hecho de un Tercero – Inexistencia de nexa causal*”.

En cuanto a los retiros por cajero electrónico en el exterior, indicó que la demandada incumplió con los requisitos de la Circular Básica Jurídica, donde se contemplan las exigencias mínimas de seguridad en ese tipo de transacciones; por lo tanto la entidad crediticia no evaluó los hábitos y costumbres de uso de los servicios financieros de la demandante, que evidenciaban que nunca había retirado en el exterior, situación suficiente para bloquear el retiro de dineros realizado desde otro país.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandante, apeló la decisión y como reparos expuso:

Que respecto a la sustracción de su cuenta de las sumas de 30 y 27 millones de pesos, Bancolombia incumplió con el deber de verificación de la identidad de quien realizó los retiros, pues debió comprobar la firma impuesta en la forma F.543 con la registrada en la entidad en el momento de la apertura de la cuenta; y que los registros filmicos no demuestran con claridad si en realidad los cajeros recibieron la cédula de la cliente para efectuar la entrega del dinero.

A su turno, la entidad Financiera reparó en:

Que los retiros que se realizaron en Guatemala, la sentencia no se acompasa con el material probatorio aportado, donde quedó demostrado que la señora Ocampo Morales no se encontraba inscrita en el sistema de alertas y notificaciones de Bancolombia, condición que hubiera evitado el hurto de su dinero; y que la entidad tiene habilitado para sus clientes la posibilidad de realizar retiros en el exterior y el hecho de bloquear la primera transacción significaría restringir a todos sus cuentahabientes de dicho beneficio.

En la oportunidad prevista por el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, cada uno de los apelantes sustentaron en debida forma esos reparos.

IV. CONSIDERACIONES

1. Los presupuestos procesales se satisfacen en este asunto. Así, la capacidad para ser parte; capacidad para comparecer al proceso; demanda en forma y competencia jurisdiccional que fuera atribuida a la Superintendencia Financiera de Colombia para conocer de las controversias que surjan entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas relacionadas con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera, conforme lo prevé el artículo 57 de la ley 1480 de 2011 en concordancia con el 24 de la ley 1564 de 2012.

2. De otro lado, no hay discusión frente a la relación contractual existente entre la demandante y Bancolombia S.A., tampoco en que hubo sustracción de dineros de su cuenta de ahorros número 019-197159-67, que no fue realizada por su titular sino por terceras personas, de donde deviene que el análisis de la responsabilidad debe hacerse desde la óptica de la responsabilidad contractual.

3. También es importante recordar que la Carta Política en su artículo 335 considera la actividad financiera como de servicio público, razón por la cual las entidades bancarias, a voces de lo establecido en el artículo 3° de la ley 1328 de 2009, que modificó el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero “...*deben emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos o en la prestación de sus servicios a los consumidores, a fin de que estos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en desarrollo de las relaciones que establezcan con aquellas, y en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones. (...) Las entidades vigiladas deberán observar las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia en materia de seguridad y calidad en los distintos canales de distribución de servicios financieros*”, y ello es así, por cuanto como lo ha sentado la Corte Suprema de Justicia, “... *la importancia que en los órdenes social y económico se reconoce de antaño a la actividad de intermediación financiera, que por involucrar recursos ajenos,*

más concretamente los del ahorro privado, demandan de quienes a ella se dedican, una carga especial de diligencia en la atención de los asuntos que le son inherentes, pues en materia tan delicada no hay espacio para tolerar desbordamientos, abusos o descuidos, que amén de poner en peligro la estabilidad económica de la institución misma y de la Nación toda, tienen la potencialidad de resquebrajar la confianza pública en un servicio en el que, se itera, existe un interés general”³.

Desde esta perspectiva, como esta Sala lo ha argumentado en otras oportunidades, la diligencia exigible a las instituciones financieras tiene su razón de ser por cuanto, con su actividad se captan recursos del público, por consiguiente todo banco es responsable del reembolso por pérdida de sumas de dinero que se generen con ocasión a las fallas en su sistema de seguridad o de detección temprana de fraudes, pues al ser un profesional que deriva su provecho económico en el ahorro privado, le es exigible la mayor diligencia en el desarrollo de su objeto social.

Así lo puesto de presente la jurisprudencia la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia⁴ al reiterar que:

“Ha sido pródiga la jurisprudencia de esta Corporación al señalar que la profesión bancaria envuelve una actividad riesgosa, motivo por el cual a quienes la ejercen se les exige la diligencia y cuidado necesarios para este tipo de actividades, lo que genera una presunción de culpa en su contra, diciendo al respecto esta Corte que:

«Hay una presunción de culpa –dice la Corte- en quien no las satisface (las obligaciones) en el modo y tiempo debidos, porque el incumplimiento es un hecho o una omisión que afecta el derecho ajeno. El deudor puede destruir esa presunción probando que su incumplimiento obedeció a fuerza mayor, o caso fortuito que sobrevino sin culpa...Pero la culpa proviene de no obrar con la diligencia o cuidado que la ley gradúa según la naturaleza del contrato (arts. 63 y 1604), resulta que el deudor, para exonerarse de responsabilidad no le basta probar el caso fortuito, sino también que empleó la diligencia, o cuidado debido para hacer posible la ejecución de su obligación” (Cas. 7 junio de 1951, LXIX. 688» (CSJ SC de 7 de abril de 1967)

³ C.S.J. Cas Civ. Sent 7447, agosto 3 de 2004.

⁴ CSJ Sent. Cas Civ. 16972019 el 14 de mayo de 2019

En relación a esa presunción de culpa en el caso particular de las entidades bancarias apuntó lo siguiente:

«...deriva del ejercicio y del beneficio que reporta de su especializada actividad financiera, como así lo tiene definido la jurisprudencia cuando asevera que una entidad crediticia es una empresa comercial que dado el movimiento masivo de operaciones, ‘asume los riesgos inherentes a la organización y ejecución del servicio de caja’» (Cas. Civil 24 de octubre de 1994)» (CSJ SC976-2004 del 3 de agosto de 2004, rad. 7447)».

2. Con todo, esa responsabilidad no emerge de manera objetiva, pues pese a que las entidades bancarias se encuentran presumidas de culpa, ello no implica que dentro del ámbito de la responsabilidad analizada, contractual, no deba estudiarse la conducta del otro extremo procesal, esto es, la demandante, como sujeto de la relación pasiva, depositante de los dineros en el banco, al ser “(...)necesario examinar, en cada caso, tanto la conducta de la entidad bancaria como la del girador, para evaluar la eventual concurrencia de causas, sean anteriores, coincidentes, concomitantes, recíprocas o posteriores, pues con ocasión de una eventual concausalidad en la ocurrencia del daño podría llegar a disminuirse la indemnización, o incluso exonerar a la entidad de toda responsabilidad; escrutinio que habrá de realizarse no a partir de la mera confrontación de conductas sino evaluando la causa jurídica del daño para definir en qué medida una u otra fue la determinante en la ocurrencia del hecho dañoso.”, como lo sostuvo la Corte en la sentencia del año de 2019 que se citó con anterioridad.

3. Se tiene entonces que la demandante le enrostra a la entidad bancaria demandada responsabilidad por el retiro fraudulento de \$30.000.000, el 20 de octubre de 2015 en la sucursal Bolivariana de la ciudad de Medellín; \$27.000.000, el 21 de octubre de 2015 en la sucursal Carrera 70 de la misma ciudad; tres retiros en cajero electrónico de Guatemala por las sumas de \$784.347,03, \$784.347,03 y \$ 200.772,00 el 22 de octubre de 2015, de su cuenta de ahorros No. 019 -197159-67.

Entre las defensas que promovió Bancolombia, está el hecho de un tercero y la inexistencia de nexo causal, fundamentadas en que la mujer que retiró los dineros presentó la cédula de ciudadanía, junto con la tarjeta y además conocía la clave; medio defensivo que acogió la Superintendencia para negar las pretensiones relacionadas con el dinero que se sustrajo de las sucursales ya citadas.

Adujo también la convocada, que la forma en que se retiró el dinero era indicativa que la demandante no custodió ni la tarjeta ni la clave y que por ello terceros pudieron tener acceso a la información indispensable para la comisión del ilícito.

Pero a juicio de la Sala esos medios de defensa quedaron insuficientemente demostrados, pues lo que generalmente sucede es que para fraguar esta clase de ilícitos siempre se ha de tener información del ahorrador, cuentahabiente o tarjetahabiente, información que no necesariamente éstos la suministran, sino que en muchas ocasiones provienen del interior del mismo Banco o de la debilidad de los sistemas implementados para detectarlos; estos últimos no desvirtuados.

Acá, acogiendo el argumento de la defensa, el juez de primera instancia tuvo por acreditada la falta del deber de custodia de la demandante sobre el plástico y la clave, por el sólo hecho de haber sido exitosa la transacción para el defraudador, invirtiendo la presunción de culpa que recae en el Banco al ser el profesional que se lucra de la actividad financiera, en este caso, ahorro.

Ignora el fallo, que las manifestaciones efectuadas por la señora Maryory Ocampo Morales, relativas a desconocer quién era la persona que realizó las transacciones bancarias e indicar que nunca descuidó su tarjeta débito ni su cédula de ciudadanía y que no compartió con nadie su clave de acceso, constituyen una negación indefinida al tenor de lo establecido en el inciso 3 del artículo 167 del C.G.P. en el cual se establece que: "*Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba*"⁵, es por lo anterior que la exención de la prueba opera igual que para las presunciones legales o de derecho, toda vez que el sujeto procesal con ello favorecido sólo le basta demostrar el hecho conocido, de cuya prueba está exento, lo que conlleva al desplazamiento de la carga a la parte contraria quien en últimas le corresponde desvirtuarlo.

Acá, no se demostró que la demandante, titular de la cuenta del ahorro, fue descuidada con el manejo de su tarjeta débito y su clave personal, que se la suministró a una tercera persona, y en esas condiciones no se le puede endilgar tan siquiera una culpa compartida.

⁵C-070 de 2003 Mg. Eduardo Cifuentes Muñoz

Nótese que si bien a lo largo del trámite, la demandada reiteró que la seguridad en las operaciones mediante tarjeta débito en oficinas a través de ventanilla (PIN PAD) está soportada en la utilización del plástico original, la presentación del documento de identidad y la digitación de la clave; requisitos sin los cuales no es factible que la operación resulte exitosa. Ello no demuestra de manera total la diligencia con la cual debía actuar el banco frente al retiro de las sumas aquí reclamadas, máxime si no se tuvieron en cuenta circunstancias tales como los hábitos transaccionales de la cliente y la manera en que se operó el plástico a la hora de efectuar el movimiento.

Debe tenerse en consideración, además, que según lo informó la demandante en el interrogatorio de parte que le hiciera el juez de primer grado, la tarjeta asignada contaba con banda magnética y chip; manifestación que confirmó la representante legal de Bancolombia en su declaración de parte; a su vez, en el plenario obra copia de la tarjeta débito con tales características y de otra parte el histórico de movimientos no refiere transacciones por cantidades mayores a \$1.800.000.

Lo anterior, resulta relevante si en cuenta se tiene que, según las pruebas filmicas⁶, los procesos realizados para los retiros de los días 20 y 21 de octubre de 2015, en dos sucursales de Bancolombia de la ciudad de Medellín, quien ejecuta las operaciones es una mujer que al parecer presenta la cédula de ciudadanía de la cliente ante los cajeros de la entidad; acto seguido procede en ambos casos a sacar de su billetera la tarjeta débito para ser deslizada en el dispositivo y luego de digitar la clave, guarda de nuevo el plástico para así diligenciar lo que se supone es el formato F-543 y una vez el funcionario realiza las validaciones en el sistema procede a entregar el dinero.

Así, llama la atención de la sala que aun cuando la tarjeta débito contaba con tecnología chip, lo que supone un ítem de seguridad más alto, la transacción fue realizada por medio de la banda magnética, que según la experiencia y que es de común conocimiento, representa mayores niveles de vulnerabilidad debido a los continuos casos de clonación; circunstancia, que no fue desechada por la demandada quien en respuesta de fecha 2 de diciembre de 2015⁷ informó que posiblemente el plástico había sido sujeto de duplicación.

⁶ Cd. Folio 401

⁷ Folio 79

Aunado a lo anterior y de nuevo en referencia a los videos aportados para ambas transacciones presenciales, no se observa que durante la instancia en el banco, la persona que hace el retiro entregue la tarjeta al cajero encargado de la operación, ni el funcionario la solicita para realizar la correspondiente validación.

Pues bien, las omisiones que se describieron con antelación hacen presumir que los retiros fueron efectuados con un plástico distinto al original de la tarjeta entregada a la demandante, por ende, uno de los elementos establecidos para la utilización del (PIN PAD), no correspondía al que debía usarse, pasándose por alto por parte de la entidad, la debida validación de la autenticidad de la tarjeta débito, de conformidad con el numeral 2.2 del documento denominado “*Descripción del proceso Realizar Retiros o Traslados por Pin-pad*”⁸, aportado como prueba por Bancolombia, en el cual se describe la forma en que el cajero debe revisar la legitimidad de la tarjeta:

“Solicitar la tarjeta debito con la cual se realizará la transacción y cerciorarse que sea una tarjeta Bancolombia, así mismo realizar una inspección visual, para lo cual se debe tener en cuenta los siguientes aspectos:

- ✓ *Valide el logo y la marca del banco.*
- ✓ *Valide el logotipo Maestro o MasterCard.*
- ✓ *Pueden presentarse dos tipos de tarjetas: realzada y No realzadas (Pre Expedidas), algunas de estas pueden estar personalizadas por el cliente a mano.*
- ✓ *El chip de las tarjetas Débito Maestro es de color oro y el de la tarjeta preferencial MasterCard es color plata.*
- ✓ *El Logotipo de PayPass nunca se presenta en una tarjeta sin chip”.*

Lo anterior permite establecer que el banco no dio cabal cumplimiento al deber de emplear los métodos de autenticación diseñados para ese tipo de transacciones, por lo que los funcionarios de la entidad no podían ignorar las normas de caracterización y autenticación cuando se adelanta un retiro de depósito a través del canal de oficina, siendo uno de ellos la presentación de la tarjeta original entregada por Bancolombia.

De igual forma, según la revisión del formato Excel contentivo histórico de movimientos transaccionales de la cliente para el año 2015⁹, se puede verificar que el promedio de retiros mensual de la accionante no supera

⁸ Fol. 350

⁹ Cd. Folio 317 idad

el monto de \$ 1.800.000, que en su mayoría se realizaron en cajeros electrónicos y que el total de las transacciones efectuadas por medio de la tecnología (Pin Pad) antes del suceso ascendió a \$3.400.000; situaciones que en conjunto constituyen un patrón de comportamiento transaccional, el cual no fue tenido en cuenta como filtro de seguridad, pese a que el banco se encontraba obligado a determinarlo, en razón a su condición de profesional en el ejercicio de su actividad. En esas condiciones, el Banco debió adoptar todas las medidas necesarias para identificar operaciones que a pesar de la “aparente” utilización del plástico y la clave personal, aun así, resultan inusuales y sospechosas, frente a lo cual deberá actuar oportuna y eficazmente en salvaguarda de los intereses de sus clientes, como de manera reiterada lo ha proclamado la jurisprudencia.

De conformidad con lo expuesto, y atendiendo al material probatorio que en este asunto se recaudó, en verdad, no hay prueba que indique que la demandante fue descuidada con su tarjeta y clave personal o que hubiese suministrado éstos a terceros para fraguar el ilícito, con lo que se presume que las obligaciones contraídas con el banco fueron cumplidas a cabalidad por la señora Ocampo Morales.

Lo anterior, conlleva a revocar la sentencia en lo que corresponde al reconocimiento de la excepción “*hecho de un tercero-inexistencia del nexo de causalidad*”, para acceder a las pretensiones negadas, en lo que atañe a la restitución del dinero sustraído a la demandante en la cantidad de \$57.000.000.00 (correspondiente a un retiro de \$ 30.000.000.00 el 20 de octubre de 2015 y otro de \$27.000.000.00 el 21 de octubre de 2015)

Ahora, la Sala con apoyo en el artículo 284 del Código General del Proceso, procede a actualizar la sumatoria de ese monto desde el 22 de octubre de 2015 hasta el 30 de agosto de 2020, con la siguiente fórmula admitida por la doctrina y la jurisprudencia:

$$Va = Vh \times \frac{\text{IPC FINAL}}{\text{IPC INICIAL}}$$

Dónde: Va= valor actualizado o sea ya indexado; Vh: es el valor histórico; IPC final: es el índice de precios al consumidor vigente al momento de la liquidación; IPC inicial: es el índice de precios al consumidor vigente al momento en que se transfirieron los bienes o derechos.

Aplicando entonces la anterior fórmula a un valor histórico de \$ 57.000.000.00, un IPC Inicial de 86.98 a partir del 22 de octubre de 2015, siendo el IPC final de 104.97 se obtiene un resultado de **\$ 69.472.052,00** que se ordenará restituir a título perjuicio.

4. En cuanto al reparo elevado por la entidad financiera, respecto de los retiros efectuados en un cajero electrónico en Guatemala, pretensión a la que se accedió, el Tribunal advierte que se mantendrá la decisión del *a-quo*, principalmente porque el Banco omitió el análisis de los hábitos y costumbres transaccionales de la cliente, al momento de autorizar el débito por el cajero automático; que de haberlo hecho, habría advertido que la señora Ocampo Morales durante el tiempo que ha tenido relaciones comerciales con el banco, nunca ha efectuado un retiro fuera de país.

Además, dos días antes de presentarse los retiros por cajero electrónico en el exterior, en la ciudad de Medellín se realizaron transacciones presenciales, lo cual supondría una señal de alerta para la entidad financiera; por ende, el débito del cual ahora se duele pudo ser obstaculizado, sin embargo, el banco omitió dicha señal en desatención a las recomendaciones contenidas en la Circular Básica Jurídica (C.E. 029/14), que en su canon 2.3.3.1.12., impone a todas las entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, “[e]stablecer procedimientos para el bloqueo de canales o de instrumentos para la realización de operaciones, cuando existan situaciones o hechos que lo ameriten (...)”;

preceptiva que, no obstante ser una obligación especial del establecimiento crediticio accionado, por disposición expresa del numeral 7, literal u), de la Ley 1328 de 2009,¹⁰ fue abiertamente desacatada, lo que arrojó la grave consecuencia por la que fue convocado al presente asunto.

Por lo tanto, como la operación fraudulenta materia de reclamación fue perpetrada en uso de la red que tiene habilitada Bancolombia para hacer retiros en el exterior, dicho elemento factual le facilitaba controlar y, por ende detener, cualquier movimiento sospechoso que se pudieran fraguar, debiendo, para el efecto, adoptar, con un grado

¹⁰ Ley 1328 de 2009 establece:
“ARTÍCULO 7o. OBLIGACIONES ESPECIALES DE LAS ENTIDADES VIGILADAS. Las entidades vigiladas tendrán las siguientes obligaciones especiales:
(...)u) Las demás previstas en esta ley, las normas concordantes, complementarias, reglamentarias, las que se deriven de la naturaleza del contrato celebrado o del servicio prestado a los consumidores financieros, así como de **las instrucciones que emita la Superintendencia Financiera de Colombia en desarrollo de sus funciones** y los organismos de autorregulación en sus reglamentos.” (Negrillas fuera de texto).

especial de diligencia, medidas de protección para salvaguardar el interés que la actividad bancaria comporta y en particular los dineros dejados a su cuidado por la demandante.

Lo expuesto, deja en evidencia que el argumento de defensa que empleó la Entidad Bancaria, referido a que la cliente no tenía activado el sistema de alertas proporcionado por el banco y que ello supondría un acto negligente de la víctima, resulta un alegato inaceptable, toda vez que –se itera– implica una inversión de la carga de la prueba. En efecto, era a Bancolombia a quien le correspondía acreditar que su contraparte actuó descuidadamente, carga probatoria de la que no se ocupó, aunado a demostrar cuáles fueron los actos que ejecutó frente a la operación fraudulenta, aspecto que también dejó desatendido, a tal punto que solo se limitó a efectuar una investigación interna cuyos resultados fueron conocidos varios días después, además que ni siquiera interpuso o promovió la acción penal, sino que fue la señora Maryory quien presentó la denuncia y la que ha estado atenta para que se investigue el delito y se juzgue a los responsables.

Del mismo modo, con fundamento en el citado artículo 284 del CGP es necesario actualizar el valor reconocido en primera instancia de \$ 1.769.466.00 que corresponden a tres retiros realizados en Guatemala, dos de \$ 784.347.03 y otro de \$ 200.000,00, también desde el 22 de octubre de 2015; monto que utilizando la fórmula e índices de IPC ya citados, arroja un total de **\$ 2.135.443.16**

En consecuencia, al no prosperar el reparo expuesto por la entidad bancaria demandada se confirmará la decisión del *a quo* en lo que atañe a la declaratoria de responsabilidad demandada con ocasión a los retiros efectuados en el exterior.

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: REVOCAR el ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia dictada en audiencia del 26 de agosto de 2019 por la Superintendencia Financiera de Colombia, a través de la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales, donde declaró probada la excepción de mérito “*Hecho de un tercero – Inexistencia del Nexo Causal*” y, en consecuencia, se declara no configurado ese medio exceptivo; así como en ordinal quinto, que negó “*las demás pretensiones de la demanda*”; y el sexto, que dispuso no condenar en costas.

SEGUNDO: DECLARAR responsable a Bancolombia S.A., de la sustracción de los dineros, en monto de \$ 57.000.000.00, que en la cuenta de ahorros No. 01919715967 tenía depositados allí la señora Maryory Ocampo Morales, identificada con la cédula de ciudadanía No. 43.263.225, conforme a las argumentaciones de este proveído.

TERCERO: CONDENAR a la entidad Bancolombia S.A., a que restituya a la citada demandante, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, las siguientes sumas de dinero:

i) \$ 36.887.665.00 que corresponde al monto indexado de \$ 30.000.000.00 retirados de su cuenta de ahorros el 20 de octubre de 2015 Medellín; y

ii) \$ 32.584.387.00 suma actualizada del retiro por \$27.000.000, efectuado en la misma ciudad el 21 de octubre de 2015.

TERCERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la precitada sentencia en el sentido de que el monto allí reconocido, indexado a la fecha asciende a la cantidad de **\$ 2.135.443.16**

Los anteriores montos deberán actualizarse utilizando la fórmula descrita en esta providencia, desde el 1º de septiembre de 2020 a la fecha de su pago. Vencido el plazo otorgado correrán intereses de mora.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás el fallo de fecha y procedencia pre-annotadas.

QUINTO: CONDENAR en costas de ambas instancias a Bancolombia S.A., Para ello la magistrada sustanciadora fija como agencias

en derecho de esta sede el monto de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, de conformidad con lo establecido por el Acuerdo 10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura. Los de primera instancia, tásense allí. Líquidense en la forma establecida en el artículo 366 del Código General del Proceso.

SEXTO: EJECUTORIADA esta decisión, devuélvase a la oficina de origen.

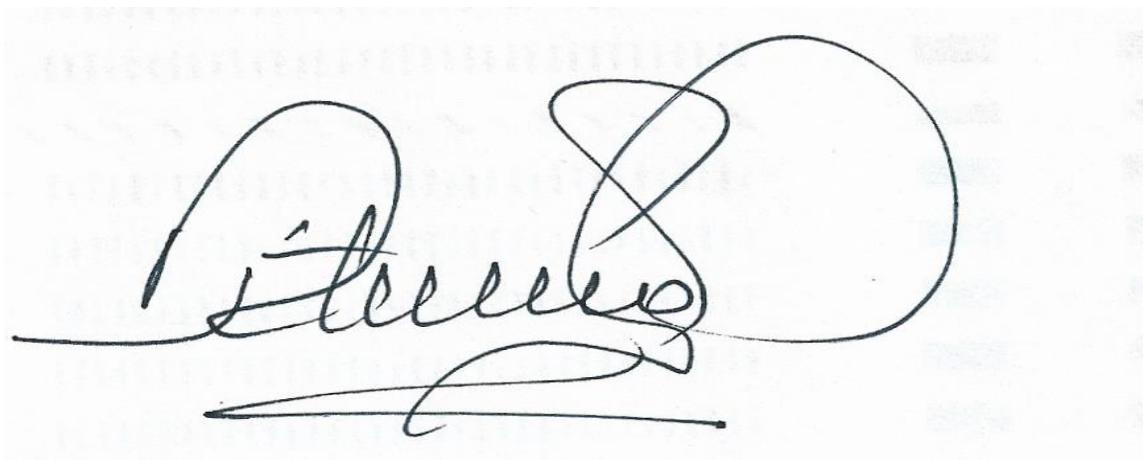
NOTIFIQUESE



MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada



JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO



RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Bogotá, D. C., diez (10) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Rad. 013-2016-00471-01.

Magistrado Sustanciador: **JULIÁN SOSA ROMERO.**

ASUNTO

Resuelve el Tribunal el recurso de reposición interpuesto por la parte actora contra el auto del 26 de agosto de 2020, mediante el cual se declaró desierto el recurso de apelación.

I. ANTECEDENTES

1. En la providencia censurada se determinó que debía aplicarse la sanción establecida en los artículos 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020 y 322 del Código General del Proceso, debido a que no se sustentó oportunamente la alzada contra la sentencia de primera instancia.

2. Inconforme con esta decisión, el extremo activo formuló el recurso de reposición, para lo cual sostuvo que ante el *a quo* presentó los reparos contra el fallo y la sustentación de estos, de manera que no era necesario hacer eso de nuevo, por lo que se debe dar traslado a ese medio de impugnación a la contraparte, para que así se garanticen los principios de contradicción y transparencia que rigen la actuación procesal; en efecto, invoca el fallo emitido el 19 de julio de 2017 por la Corte Suprema de Justicia. En adición, el Decreto Legislativo 806 de 2020 tiene como objetivo el acceso a la administración de justicia a través de los medios tecnológicos, y no el contrario, es decir, no puede constituir un obstáculo para acceder a la misma. Por último, solicitó que se revoque la decisión cuestionada y se emita la sentencia de fondo.

3. De otro lado, los representantes de Coonal Ltda. y Seguros del Estado S. A., así como la curadora *ad litem* de Germán Rubiano Pedraza y Javier Ramón Garzón Pinzón expusieron, de forma individual, que: (i) se debe mantener la determinación censurada, debido a que la Corte Constitucional en la sentencia SU418 de 2019 precisó que el recurso de apelación se debe sustentar ante el superior en la audiencia respectiva; (ii) los jueces ni las partes pueden

desnaturalizar las normas procesales, que son de orden público; (iii) el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020 es claro en señalar cuándo se debe sustentar la alzada, lo que no hizo la parte actora; (iv)

II. CONSIDERACIONES

1. En primer lugar, el numeral 3 del artículo 322 del Código General del Proceso dispone en materia de la sustentación del recurso de apelación contra providencias lo siguiente:

En el caso de la apelación de autos, el apelante deberá sustentar el recurso ante el juez que dictó la providencia, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, o a la del auto que niega la reposición. Sin embargo, cuando la decisión apelada haya sido pronunciada en una audiencia o diligencia, el recurso podrá sustentarse al momento de su interposición. Resuelta la reposición y concedida la apelación, el apelante, si lo considera necesario, podrá agregar nuevos argumentos a su impugnación, dentro del plazo señalado en este numeral.

*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.** (Sombreado fuera del texto original).*

En concordancia con las disposiciones anteriores, en el canon 327 de la codificación adjetiva establece que el *ad quem* convocará a la audiencia de sustentación y fallo, en la que el recurrente está obligado a “*sujetar su alegación a desarrollar los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia*”.

2. Ahora bien, el Decreto Legislativo 806 de 2020, a través del cual se adoptaron un conjunto de medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, que prescribió, en su artículo 14, para la apelación de sentencias en los procesos civiles y de familia:

*Ejecutoriada 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.** (Sombreado fuera del texto original).*

3. En ese orden, no cabe duda de que el ordenamiento jurídico impone un deber a cargo del apelante de presentar ante el superior la sustentación del recurso de apelación contra una sentencia dentro los cinco días siguientes a la ejecutoria de la providencia que admite ese mecanismo de impugnación o de la que niega la solicitud de medios de convicción. En adición, esta sustentación tendrá que ceñirse a los reparos concretos que el impugnante propuso ante el *a quo*, para lo cual se expresarán las razones de la inconformidad. Si el recurrente no cumple con estas cargas procesales, entonces la consecuencia que la normatividad previó consiste en que se declare desierta la alzada.

Sobre esta materia, es menester reiterar que la Corte Constitucional, a través de la sentencia SU418 de 2019, 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.** Por lo demás, la Corte puso de presente el deber que tenían los jueces de no desnaturalizar los trámites y procedimientos insertos en los procesos judiciales, respaldados en la garantía de materialización de los principios de oralidad e inmediación, entre otros. (Sombreado fuera del texto original).*

4. En este asunto, se observa que la parte actora, durante el término de cinco días que se le confirió en auto del 2 de julio anterior, únicamente expresó, de forma breve, que ratificaba “*como ALEGATOS DE CONCLUSIÓN, (sic) los argumentos expuestos en los reparos*” contra el fallo de primer grado.

Sin embargo, bajo la perspectiva normativa y jurisprudencial analizada, es claro que con esa manifestación no cumplió con la carga adjetiva que le correspondía, debido a que no expuso en esta instancia las razones de su inconformidad, las cuales debían circunscribirse a los reparos concretos que presentó ante el *a quo*, en otras palabras, no sustentó en debida forma el recurso de apelación, como es exigido en el ordenamiento procedimental; sin que para tal efecto se pueda tener por cumplida esa obligación con la actuación realizada ante el inferior, ya que esta postura implicaría que el juez de conocimiento

estaría habilitado para modificar las disposiciones de orden público que reglan el trámite de aquel recurso.

De ahí que, ante la falta de exposición del razonamiento fincado en sus reproches contra la sentencia del juzgador de primera instancia, no se le confirió la competencia funcional a este Tribunal para dirimir aquella herramienta de impugnación.

Finalmente, es relevante señalar que la conclusión anterior no transgrede las garantías al debido proceso y acceso a la administración de justicia de la parte recurrente, debido a que justamente el Decreto Legislativo 806 de 2020 le permitió a la apelante sustentar sus inconformidades por un medio electrónico, sin embargo, a pesar de contar con el término de cinco días para cumplir con su deber, tan solo presentó un memorial que no reunió los presupuestos para tener por verificada la sustentación.

5. En consecuencia, de acuerdo con lo examinado en precedencia, la queja propuesta por el extremo activo no tiene vocación de prosperidad y, por ende, se mantendrá la providencia cuestionada.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Despacho **RESUELVE:**

PRIMERO: NO REPONER el auto del 26 de agosto de 2020, proferido en el asunto de la referencia, por lo anotado en precedencia.

NOTIFÍQUESE,


JULIÁN BOSÁ ROMERO
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Bogotá, D. C., diez (10) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Rad. 017-2019-00106-01.

En atención al escrito remitido por vía electrónica, de conformidad con lo previsto en los artículos 74 y 76 del Código General del Proceso, el Despacho **RECONOCE** como apoderada de la parte demandante a la abogada Daniela Alejandra León Otálora, en los términos del poder conferido; asimismo, se tiene por revocada la representación otorgada al profesional del Derecho Miguel Ángel Bermúdez Salcedo.

Por Secretaría devuélvase el expediente al Despacho, una vez quede ejecutoriada esta providencia, para continuar con el trámite correspondiente.

NOTIFÍQUESE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Julian Sosa Romero', is written over a printed name and title.

JULIAN SOSA ROMERO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Magistrada Sustanciadora
MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Asunto: Proceso Verbal de los señores Luis Eduardo Medina y María Del Rosario Medina Calderón contra la sociedad Ferrinet S.A.S.

Rad. 020 2018 00105 01.

Sentencia escrita conforme al artículo 14 del Decreto 806 de 2020

Se decide el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia que profirió el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá, el 28 de noviembre de 2019.

ANTECEDENTES

1. Los señores Luis Eduardo Medina y María Del Rosario Medina Calderón demandaron a la sociedad Ferrinet S.A.S.¹, para que, como pretensión principal:

i) se declare resuelto el contrato de promesa de compraventa celebrado el 13 de febrero de 2013 entre los demandantes como prometedores vendedores, y la sociedad Ferrinet, como el prometiente compradora, por incumplimiento de las obligaciones por parte de ésta en cuanto al pago total del inmueble vendido; **ii)** se condene a la demandada a la restitución del

¹ Fls 40 a 46 C.1

inmueble objeto de la compraventa; **iii)** se ordene la inscripción de la sentencia en el folio de matrícula inmobiliaria No. 157-58223, de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos del Municipio de Fusagasugá; **iv)** se condene a la demandada al pago de los frutos civiles que pudo haber percibido el inmueble, desde el momento de la entrega y hasta que se restituya a los demandantes, a razón de dos millones de pesos (\$2.000.000,00) mensuales correspondientes al canon de arrendamiento del inmueble.

Y, como pretensión subsidiaria, se declaró la nulidad del contrato de promesa de compraventa suscrito entre las partes el 13 de febrero de 2013, y consecuentemente de la Escritura Pública No. 351 de 25 de febrero del mismo año, de la Notaría cincuenta (50) de Bogotá, que contiene la venta, por falta de causa al no cumplirse lo previsto por el artículo 1928 del Código Civil.

2. Para soportar las anteriores pretensiones, expuso en síntesis que entre las partes se celebró un contrato de promesa de compraventa el 13 de febrero del año 2013 sobre el bien inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 157-58223 del Municipio de Fusagasugá; que el precio se pactó en la suma de \$380.000.000, pagaderos así: a) \$160.000.000 representados en dos derechos fiduciarios del proyecto Capital Towers hotel 5 estrellas, identificados con los números 186 D y 190 A; b) la suma de \$100.000.000.00 a la firma del contrato de promesa de compraventa y a título de arras confirmatorias y c) el saldo de \$ 120.000.000 con la firma de la escritura.

Agregó que, en su condición de vendedores procedieron a dar cumplimiento al contrato de promesa de compraventa, para lo cual hicieron entrega del bien, suscribieron la escritura pública No. 351 del 25 de febrero de 2013 ante la Notaría 50 de esta Ciudad y la misma fue objeto de registro ante la oficina de instrumentos públicos correspondientes.

Que por su parte la compradora incumplió con el pago del precio en la forma acordada, pues soportó su oferta en la transferencia de la propiedad de los inmuebles (suits 186D y 190A) que hacían parte del Hotel Capital Towers 5 estrellas; sin embargo, lo que trasladó a nombre de la sociedad Comercializadora Medina Impoexport SAS, de propiedad de los demandantes, fueron los derechos fiduciarios del proyecto Hotel Wyndham Salitre, lo que dista del inicial convenio.

Que aunado a lo anterior, los derechos fiduciarios entregados se encuentran incursos en múltiples procesos judiciales, lo que ratifica el incumplimiento.

3. Notificada la sociedad demandada² se opuso a la prosperidad de las pretensiones y, sin nominar ninguna excepción, expuso que la promesa de compraventa se perfeccionó el 13 de febrero de 2013 con la voluntad de las partes y allí se encontraba definido el objeto y el precio; que el 25 del mismo mes y año se elevó el acto a escritura pública de venta número 351 de la Notaría 50 del Círculo de Bogotá, por consiguiente es improcedente que cinco años después se pretenda dejar sin efecto un contrato consumado.

Refirió que los demandantes conocían perfectamente que la transferencia de los derechos fiduciarios correspondían al 186D y 190 A; que conocieron el proyecto donde se les indicó qué rendimientos recibirían y su valor en el mercado; que en esas condiciones se firmó el contrato y se procedió con la respectiva cesión que se encuentra registrada ante la Fiduciaria Central a nombre de la compañía Impoexport S.A.S; y que no se comprometió a la transferencia del dominio de bienes inmuebles o suites del Hotel.

Además, el 21 de diciembre de 2011 la fiduciaria Central S.A., informó a los propietarios de los derechos fiduciarios, dentro de los cuales se encuentra Ferrinet, de la constitución de un patrimonio autónomo del Hotel II que hace parte del proyecto inmobiliario Capital Towers, en el fideicomiso Hotel Wyndham Salitre.

4. Agotado el trámite propio de este tipo de procesos, la juez de primera instancia profirió sentencia en la que negó las pretensiones de la demanda; ordenó levantar la inscripción de la demanda que pesa sobre el inmueble; y, condenó en costas a la parte demandante en la suma de \$10.000.000.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

² Folio 74 C. 1

La funcionaria de primer grado, en síntesis, consideró que no prosperaba la pretensión principal, resolución del contrato de promesa de compraventa, pues al haberse celebrado el contrato prometido se extinguió la obligación de hacer que conlleva, dado su carácter temporal.

En cuanto a la pretensión subsidiaria, nulidad de la promesa de compraventa y de la escritura pública por falta de causa, con fundamento en el artículo 1524 del Código Civil, expuso que tampoco tenía vocación de prosperidad por cuanto la parte demandante no probó la inexistencia de causa; y que por el contrario, de la prueba documental se deduce que la razón del convenio consistió en la transferencia del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 157-58223 por el pago del precio, luego si hubo causa.

Y, que se hizo uso de la acción equivocada, en razón a que lo que se vislumbra es que la parte creyó que el pago se efectuaba con unas suites de un hotel que estaban en construcción y lo realmente pactado fueron derechos fiduciarios sobre ellas, lo que constituiría un vicio del consentimiento.

Ante el fracaso de las pretensiones, condenó en costas y perjuicios.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Con la anterior decisión se mostró en desacuerdo el apoderado de los demandantes, quien reparó en lo siguiente:

i) que en la cláusula 2ª literal A de la promesa de compraventa, se estipuló como parte de pago la suma de \$160.000.000,00 representados en 2 derechos fiduciarios identificados con los números 186D y 190A correspondientes al proyecto Capital Towers Hotel 5 estrellas; sin embargo, no existe un hotel con ese nombre y el que aparece en los títulos de fiducia es el Wyndham, que no es 5 estrellas, lo prometido originalmente era la transferencia de unos derechos fiduciarios relativos a una propiedad y no los que le fueron entregados, con el agravante que a la fecha cada derecho fiduciario tiene un valor aproximado de \$30.000.000.

ii) Que la sentencia confunde la falta de causa alegada, en cuanto a los derechos ofrecidos como parte de pago del precio del inmueble, con la falta de causa respecto de la venta del bien, e igual sucedió con el tipo contractual, como quiera que en la sentencia refirió un contrato de permuta cuando lo acordado fue uno de compraventa.

iii) Que las agencias en derecho fueron exageradas, si en cuenta se tiene que no se presentaron medios exceptivos.

iv) Y que la condena al pago de perjuicios en abstracto no es procedente, se deben expresar en concreto, además, no existe prueba de ellos, aunado a que la parte demandada no ejerció sus derechos de contradicción al no proponer excepciones.

Reparos éstos que fueron sustentados en la oportunidad prevista por el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020 y replicados por la sociedad demandada.

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 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, atendiendo únicamente los reparos que al fallo se le hicieron, al tenor del artículo 328 del Código General del Proceso.

2. Para resolver recuerda la Sala que de conformidad con los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, los contratos válidamente celebrados son ley para las partes contratantes, quienes deben ejecutarlos de buena fe, obligándose por consiguiente no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, o que por ley, costumbre o equidad pertenecen a ella, de donde se desprende con claridad que su incumplimiento, bien sea por inexecución

o por ejecución tardía o defectuosa, sin causa justificada, sea sancionado por el ordenamiento jurídico y que dicho comportamiento, faculte al contratante cumplido para solicitar a la jurisdicción, ya sea el cumplimiento forzado de la prestación o prestaciones debidas, o la resolución del vínculo negocial, en uno u otro caso mediando la posibilidad de reclamar el valor de los perjuicios que la infracción contractual le haya ocasionado (arts. 1546 y 1930 del C.C.), en concordancia con los artículos 822, 864, 865 y 870 del Código de Comercio, al tratarse de un contrato de esta connotación.

3. Como en este caso la parte demandante solicitó la resolución del contrato de promesa de compraventa por el incumplimiento de la sociedad demandada respecto del pago del precio, en la forma estipulada, pese a que se había perfeccionado con la venta, elevada a escritura pública y registrada, conviene en parte la Sala con las consideraciones que tuvo la funcionaria de instancia para negar dicha, pretensión, en razón a que como lo indica el artículo 861 del C. de Co., la promesa de celebrar un negocio lo que produce es obligación de hacer; por lo tanto, celebrado el contrato a que la promesa se refiere, ésta pierde efectos; de tal forma que la mencionada pretensión no resultaría sobre el contrato de promesa. Así lo ha sentenciado la Corte Suprema de Justicia, al decir que:

“El objeto de la promesa –según lo tiene establecido la jurisprudencia– es la conclusión del contrato posterior. De ahí que “siendo el contrato de promesa un instrumento o contrato preparatorio de un negocio jurídico diferente, tiene un carácter transitorio o temporal, característica esta que hace indispensable, igualmente, la determinación o especificación en forma completa e inequívoca del contrato prometido, individualizándolo en todas sus partes por los elementos que lo integran”. (Sentencia de 14 de julio de 1998. Exp. 4724)

“La promesa de celebrar un contrato –en términos de ALESSANDRI– puede definirse diciendo que es aquella convención por la cual los contratantes se obligan a celebrar otro contrato dentro de cierto plazo o al evento de una condición. La promesa es un antecedente del contrato prometido; no es el mismo contrato, sino diverso de éste”. (Op. Cit. Pág. 841)

*El contrato de promesa, por tanto, no puede confundirse con el prometido, pues es su antecedente; **y la realización de éste es el objeto de aquélla.** “La promesa no es sino una convención que sirve para celebrar otra, por lo que no produce más efecto que poder exigir la celebración de éste. Ahí termina su misión. **Celebrado el contrato prometido desaparece la promesa.**” (Ibid, 842)*

*Por ello, ha sido reiterada la posición de esta Corte al considerar que la promesa tiene un “carácter preparatorio o pasajero, lo cual implica por naturaleza una vida efímera y destinada a dar paso al contrato fin, o sea, el prometido...” (Sentencia de 14 de julio de 1998. Exp.:4724) **La***

promesa y el contrato prometido jamás pueden coexistir en el tiempo, pues el nacimiento de éste acarrea la extinción de aquélla³.
(Destacado fuera de texto)

Pese al carácter preparatorio del contrato de promesa y dado a que en estricto sentido solo genera obligaciones de hacer, también ha sostenido el Máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria que ello no es óbice para que las partes, en ejercicio de su autonomía, pacten en dicho contrato obligaciones que, en principio, le son ajenas y resultan propias del contrato prometido, toda vez que:

“Por sabido se tiene que el contrato de promesa naturalmente es fuente de una y principal obligación: hacer el contrato prometido. Otorgar la escritura pública que perfeccione el contrato de compraventa del inmueble, cuando este es el tipo de bien sobre el cual se versa. Sin embargo, como con claridad lo ha explicado la Corporación, nada obsta para que las partes en el cuerpo de una misma convención combinen diferentes tipos de contratos o prestaciones, o tratándose del contrato de promesa, hacer una mixtura donde además de contraer la obligación de hacer o celebrar el contrato prometido, se anticipe el cumplimiento de prestaciones propias de este contrato fin, lo cual resulta válido por virtud de los principios de la autonomía privada y de la libertad contractual, en tanto el surgimiento de estas obligaciones no precise de una solemnidad diferente a la establecida para el contrato de promesa por el art. 89 de la ley 153 de 1887. De allí que estilen los contratantes cuando de promesa de compraventa se trata, estipular obligaciones sobre el pago del precio y la entrega material de la cosa, que naturalmente sólo vendría a generar el contrato prometido”. (Cas. de 4 de septiembre de 2000, Exp. 5420)

Por consiguiente, cuando en un mismo documento las partes se comprometen a celebrar posteriormente el contrato definitivo, pero además adelantan estipulaciones sobre prestaciones que han de regir el convenio conclusivo, tales como las condiciones de pago, la forma de entrega de la cosa, y las garantías, entonces es preciso admitir que esas obligaciones tienen plena vigencia una vez se perfecciona el acuerdo prometido –siempre que se trate de uno consensual y que los contratantes no hayan convenido otra cosa–; sin que ello signifique que la promesa coexista con el negocio principal, pues el pacto de realizar el contrato a futuro quedó extinto por completo, y solo las cláusulas referidas a regular el convenio final se entenderán incorporadas en éste, independientemente del documento o acto en el que se hayan establecido⁴”.

4. Conforme a la jurisprudencia en cita, la cláusula segunda de la promesa de compraventa que celebraron las partes el 13 de febrero de 2013, por corresponder a obligaciones inherentes al contrato de compraventa, se entiende incorporada a éste. En esa cláusula las partes pactaron:

³ CSJ, Cas. Civ. Sent. Dic 16/13, exp. 11001-3103-023-1997-04959-01. M. P. Doctor Ariel Salazar Ramírez.

⁴ CSJ, Cas. Civ. Sent. Dic 16/2013.

“SEGUNDA. PRECIO.- Se fija la suma de TRESCIENTOS OCHENTA MILLONES (\$ 380.000.000.00) DE PESOS M/CTE. Que el PROMETIENTE COMPRADOR pagará al PROMETIENTE VENDEDOR así: A) LA SUMA DE CIENTO SESENTA MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$160.000.000.00), representados en dos Derechos Fiduciarios del Proyecto Capital Towers – Hotel 5 estrellas, identificados con los números 186D y 190 A. B) LA SUMA DE CIEN MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$100.000.000.00) a la firma del presente contrato a título de arras confirmatorias y c) El saldo, LA SUMA DE CIENTO VEINTE MILLONES DE PESOS M/CTE (\$ 120.000.000.00) a la firma de la escritura.”

Ahora, es cierto que como se afirmó en la demanda, conforme al artículo 1928 del Código Civil, la principal obligación para el comprador es la de pagar el precio; el no hacerlo, le da al vendedor las alternativas del artículo 1930 *ibidem*, que es la misma condición resolutoria, pero prevista de manera especial para la compraventa, así: “*Si el comprador estuviere en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta con resarcimiento de perjuicios*”.

Pero acontece que en la pretensión subsidiaria se pidió la nulidad tanto del contrato de promesa como el de compraventa, “*por falta de causa al no cumplirse lo previsto por el artículo 1928 del Código Civil.*”

Y en los supuestos fácticos que se reseñaron como soporte general de las pretensiones se afirmó:

“ 6. *El promitente comprador Ferrinet Ltda., soportó su oferta con contrato de compraventa de dichos derechos, y se les hizo saber a mis representados que se trataba de transferir la PROPIEDAD de los citados inmuebles que formaban parte del Hotel CAPITAL TOWER Cinco (5) Estrellas.*”; “7. *La demandada transfirió a nombre de COMERCIALIZADORA MEDINA IMPOEXPORT S.A. (...) Representada Legalmente por LUIS EDUARDO MEDINA (...) Derechos Fiduciarios del FIDEICOMISO HOTEL WYNDHAM SALITRE, el citado representante legal suscribió este contrato de cesión de derechos bajo el convencimiento de que lo que le estaban transfiriendo era los derechos (sic) de pleno dominio y propiedad sobre la SUITE No. 186 D y 190 A del hotel CAPITAL TOWER, Hotel Cinco (5) Estrellas, hecho que no es cierto, toda vez que Hotel CAPITAL TOWERS CINCO ESTRELLAS no existe*”

5. Entonces, si bien conforme al artículo 1524 del Código Civil la causa es el motivo que induce al acto o contrato; y que para el vendedor en la compraventa obviamente sería recibir el precio como contraprestación de lo que entrega en venta, al tenor de la definición del contrato de compraventa consignada en el artículo 1849 *ibidem* “... una de las partes de obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero”; de donde se infiere que el no recibirlo o recibirlo de manera imperfecta, la acción que le otorga la codificación civil es la resolutoria o la del cumplimiento con indemnización de perjuicios prevista en el artículo 1930 de esa codificación, acción que no se ejerció respecto del contrato de compraventa, pues sólo se invocó sobre la promesa.

Y la pretensión subsidiaria que se pidió, eso sí respecto de los dos contratos, promesa de compraventa y contrato de venta, fue la nulidad por falta de causa “*al no cumplirse lo previsto por el artículo 1928*”, acción y fundamentos equivocados, conforme a lo que ya se expuso.

6. Dichas pretensiones marcaron la pauta para proferir la sentencia que se cuestiona, en la que no se advierte yerro, luego acoger un pedimento que no fue solicitado en el libelo introductorio, como sería la resolución del contrato de venta, ese aspecto implicaría la transgresión del principio de congruencia contenido en el artículo 281 del C.G.P., de acuerdo con el cual “*La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley...*”.

Al respecto, téngase en cuenta que la Corte Suprema de Justicia ha dicho que “*...constituye un verdadero límite de competencia para la función decisoria del juez, al propender porque cuando se desate un conflicto, el fallo definitorio no se pronuncie sobre más (ultra petita), menos (mínima petita) o algo diferente (extra petita) de lo que fue reclamado por las partes, en tanto ello además de representar un proceder inconsulto y desmedido, podría aparejar la vulneración del derecho a la defensa de los demandados, quienes a pesar de avenirse a los derroteros que demarca la discusión dialéctica ventilada en el juicio, se hallarían ante una decisión definitoria sorpresiva que, por su mismo carácter subitáneo e intempestivo, no pudieron controvertir*” (Sent. Cas. Civ. de 12 de agosto de 2005, Exp. No. 1995-09714-01)⁶.

⁵ No hay duda que el contrato fue de compraventa, en razón a que el dinero que se recibió fue superior a la especie recibida como parte del mismo, derechos fiduciarios.

⁶ C.S.J. Cas. Civ. Sent. Dic.15/2005, Exp. No. 680013103003-1996-19728-02.

Entonces, como entre la nulidad y la resolución existen marcadas diferencias, mal podría entrar la Sala a interpretar la demanda a efectos de establecer los fundamentos de ésta última, y si lo hiciera se encuentra con el escollo que advirtió la funcionaria de primera instancia, como es el hecho de que se afirma que el vendedor creyó estar recibiendo como parte del precio, la propiedad o dominio de la suite 186 D y 190 A del Hotel Capital Tower 5 estrellas, cuando lo que aparece en la cláusula segunda son derechos fiduciarios así nominados, situación que lo que conlleva es un vicio en el consentimiento, no reclamado por esta senda.

Sobre el tema, la jurisprudencia afirma que: “ *por manera que, ‘en el ejercicio de su función, el juez, al decidir el proceso, no puede desbordar los hechos en que éste, conforme a lo expuesto por las partes se apoya’, porque ‘la ‘razón de dar’ expresada en la sentencia ha de guardar correspondencia con la causa petendi’ (cas. civ. de 4 de septiembre de 2000, Exp. 5602, reiterada en cas. civ. de 13 de diciembre de 2002, Exp. 6893 y en cas. civ. de 12 de agosto de 2003, Exp. 7325)” (Sent. Cas. Civ. 147 de 1° de octubre de 2004, exp. 7560)*⁷

Así las cosas, emergen infructuosas las alegaciones tendientes a que se declare la nulidad del contrato ante la falta de causa en su celebración.

7. Finalmente en lo que atañe al reparo relativo a la fijación de agencias en derecho, basta que decir que el momento procesal oportuno para su alegación es en la liquidación de las expensas, de conformidad con el numeral 5° del artículo 366 del CGP; y en lo que corresponde a al pago de los perjuicios, ellos se originan en razón de la práctica de la medida cautelar, en este caso inscripción de la demanda, al tenor de lo previsto en los numerales 5°, 10° inciso 3° y párrafo del artículo 597 del Código General del Proceso, luego será en el trámite incidental donde se acredite si se causaron o no.

En conclusión, la sentencia objeto de apelación será confirmada.

DECISIÓN

⁷ Citada en la sentencia Cas Civil del 29 de noviembre de 2012 Ref.: 76001-3110-001-2008-00504-01

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

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia que profirió el Juzgado 20 Civil del Circuito de esta ciudad el 28 de noviembre 2019.

SEGUNDO. ABSTENERSE de imponer condena en costas.

TERCERO: Cumplido lo anterior, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

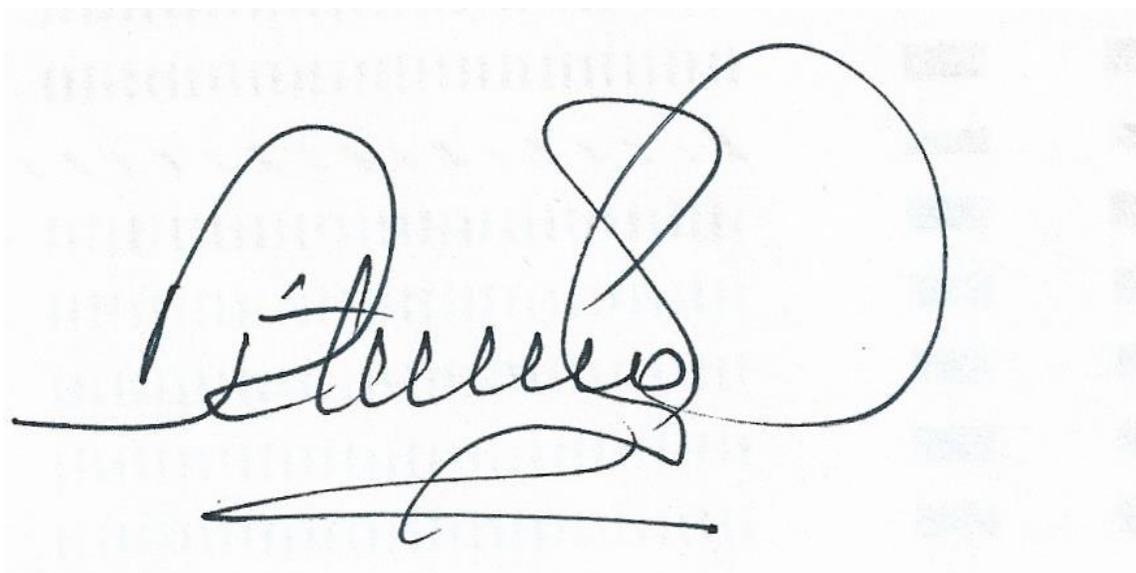
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada



JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO



RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá, D.C., diez de septiembre de dos mil veinte

Proceso: Verbal.
Demandante: Wilson Ochoa Ramírez y otros.
Demandado: Agustín Gómez Bello y otros.
Radicación: 11001310303020130073301.
Procedencia: Juzgado 30 Civil del Circuito de Bogotá.

Como quiera que dentro de las inconformidades planteadas por el apoderado de los demandantes-apelantes, incluyó la solicitud de nulidad, previamente a definir sobre el recurso vertical contra la sentencia de primer grado, corresponde a la Magistrada Sustanciadora resolver tal pedimento, a tono con lo dispuesto en el artículo 35 de la ley 1564 de 2012.

Antecedentes.

Dijo el recurrente que, el proceso se encuentra viciado de nulidad, toda vez que la audiencia de que trata el artículo 373 de la Ley 1564 de 2012, se surtió el 23 de febrero de 2018, el término para definir la instancia se prorrogó el 28 de agosto de la misma anualidad, pero la sentencia fue emitida 14 meses después, es decir, por fuera del plazo a que se refiere el artículo 121 de la ley antes citada.

Consideraciones.

1. Sabido es que la inobservancia o desviación de las formas legalmente establecidas para la regular constitución y desenvolvimiento de un proceso, constituyen verdaderas anomalías que impiden el recto cumplimiento de la función jurisdiccional, para cuya corrección o enmienda el legislador ha recurrido al instituto de las nulidades procesales, razón por la cual el Código de Procedimiento Civil, tal como quedó luego de la reforma introducida por el Decreto 2282 de 1989, destinó el Capítulo 2o. del Título XI del libro Segundo, a

reglamentar dicha materia determinando las causales de nulidad en todos los procesos y en algunos especiales. Estructura que, en esencia, se conservó en el Capítulo II del Título IV de la Sección Segunda del Libro Segundo de la ley 1564 de 2012.

Las nulidades procesales no responden a un concepto netamente formalista, sino que revestidas como están de un carácter preponderantemente preventivo para evitar trámites inocuos, son gobernadas por principios básicos, como el de especificidad o taxatividad, trascendencia, protección y convalidación. Por ello, siguiendo la orientación de restringir en lo posible los motivos de invalidez procesal, el ordenamiento procesal civil consagró todo un sistema a dicho propósito, en cuanto consignó reglas en relación con la legitimación y la oportunidad para alegarlos, dejando al juez la potestad de rechazarlas de plano cuando la solicitud de nulidad se funde en causal distinta de las determinadas en ese capítulo, en hechos que pudieron alegarse como excepciones previas u ocurrieron antes de promoverse otro incidente de la misma índole, o cuando se propone después de allanada. Esto significa, entonces, que las causales de nulidad procesal no pueden ser formuladas por cualquier persona, ni en el momento que discrecionalmente quiera.

2. Ahora bien, de conformidad con el artículo 133 de la ley 1564 de 2012, vigente a partir del 1º de enero de 2016 en este Distrito Judicial, *“El proceso es nulo, en todo o en parte, **solamente** en los siguientes casos”*¹; lo cual implica que no pueden tenerse como causales de nulidad sino aquellas taxativamente fijadas por el legislador, las que no es posible desligar del hecho o hechos que lo estructuran, sustentan o en que se apoyan, pues *“no es la nominación de la causal de nulidad lo que habilita su estudio, sino la sustentación fáctica que de ella se haga”*². El artículo 130 *ídem* autoriza al juez para rechazar de plano los incidentes que no estén expresamente enlistados, se presenten extemporáneamente o *“...cuando no reúna los requisitos formales.”*³ y, el artículo 135 establece el rechazo de plano de la solicitud de nulidad cuando *“...se funde en causal distinta de las determinadas en este capítulo o en hechos que pudieron alegarse como excepciones previas, o la que se proponga después de saneada o por quien carezca de legitimación.”*

2.1. En el caso examinado, el mandatario judicial de los demandantes arguye como báculo de su escueta petición de nulidad que no se atendió el plazo fijado en el artículo 121 de la ley procesal civil hoy vigente.

¹ En idéntica forma se concibió en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil

² Corte Suprema de Justicia, sentencia de 7 de diciembre de 1999. Exp. C-5037.

³ También así consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Civil.

2.2. Frente al argumento expuesto por el proponente de la nulidad, debe decirse sin mayores disquisiciones que la solicitud no reúne las exigencias formales, pues no señala el motivo legal, de alguno de los determinados expresamente por el legislador en el artículo 133 o en otra norma de la Ley 1564 de 2012. Por tanto, tal petición debe ser rechazada de plano como lo estipula el inciso final del artículo 135 de la misma ley que se cita.

Adicionalmente, cualquier supuesta irregularidad quedó subsanada por no ser cuestionada oportunamente la actuación⁴; véase que contra el proveído que prorrogó la competencia no se propició recurso alguno, ni se requirió se expidiera la sentencia; sólo vino el demandante a plantearlo una vez proferida, ante el resultado adverso a sus intereses.

3. Por otra parte, no debe soslayarse que la demanda fue radicada hace más de 6 años (27 de noviembre de 2013), época para la cual la norma vigente era el artículo 124 del Código de Procedimiento Civil, con la adición introducida por el artículo 9º de la Ley 1395 de 2010, que si bien consagró la pérdida de la competencia cuando dentro del plazo allí previsto no se hubiese definido la instancia, lo cierto es que no se contemplaba el efecto abrogatorio de la actuación.

Sólo con la entrada en vigencia del artículo 121 de la Ley 1564 de 2012, se concibió la pérdida automática de la competencia para el juzgador que desborde el plazo de duración de la instancia, y se impuso como sanción procesal la nulidad “*de pleno derecho*”.

Atendiendo las reglas fijadas por el artículo 40 de la ley 153 de 1887, norma modificada por el artículo 624 de la Ley 1564 de 2012, en vigor desde el 12 de julio de 2012, que señala:

“ARTÍCULO 624. Modifíquese el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el cual quedará así:

“Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones.

⁴ Parágrafo del artículo 133 de la ley 1564 de 2012

La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad”.
(Se subraya)

A partir de la dicha regla normativa, sin duda debe decirse que, en el proceso examinado no es factible aplicar retroactivamente el artículo 121 de la Ley 1564 de 2012 para fustigar con nulidad la actuación judicial que inició hace ya más de 6 años, en vigencia del artículo 124 del Código de Procedimiento Civil y la versión agregada por la Ley 1395 de 2010.

4. No está por demás anotar que la hermenéutica del artículo 121 de la obra procesal que nos rige, ha sido objeto de variadas interpretaciones; y si bien es cierto la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sede constitucional de tutela, venía sosteniendo que el plazo allí establecido debía contabilizarse de manera objetiva y sin consideración distinta a los motivos de suspensión o interrupción del proceso; no obstante, tal postura cambió en reciente pronunciamiento:

“la contabilización de tal lapso no puede ser mecánica, sino que debe atender a la realidad de cada uno de los procesos, pues hacer una interpretación distinta, sería llegar a consideraciones ilógicas, tales como asegurar que en los casos en los que se posesiona un nuevo funcionario en determinado Despacho y ya se encuentre vencido el término o este pronto a vencerse, deba perder su competencia y ver afectada su calificación, por actuaciones de su antecesor que le son ajenas y que perjudican a las partes gravemente.

En ese orden, no sólo las causales de interrupción (art. 159) o de suspensión del proceso (art. 161) tienen la aptitud de modificar el plazo previsto para dictar sentencia, sino cualquier situación procesal que conlleve una extensión de los términos (aunque el proceso siga su curso); y, sin lugar a dudas, toda actuación del juez que busque garantizar el derecho sustancial; así como las actuaciones de las partes en uso de su derecho de defensa, siendo, se reitera, el cambio de juez, uno de ellos.

En suma no hay que perder de vista, en suma, que en la práctica judicial pueden surgir situaciones atípicas de incumplimiento de términos, las cuales no son atribuibles a la conducta del funcionario judicial o al querer de las partes, sino que surgen de circunstancias propias del desarrollo normal del proceso; por lo que no es acertado un entendimiento absolutamente “objetivo” del conteo de los tiempos procesales, como si éstos dependieran únicamente de la potestad del juez.

Existen, en fin, muchas circunstancias que influyen en el curso normal o anormal del proceso y, por tanto, alteran los tiempos que la ley prevé para la realización de los actos procesales, y ello

no les resta su carácter de “normas procesales de orden público y de obligatorio cumplimiento”.⁵

5. El tema también mereció el escrutinio de la Corte Constitucional en la sentencia T-341 de 24 de agosto de 2018, en la que puntualizó:

“...la norma que fijó el término para la actuación del juez, involucra diversos aspectos de relevancia constitucional que impiden simplemente ceñirse al tenor literal de la disposición, tales como (i) la garantía del plazo razonable y (ii) el principio de lealtad procesal.

(...) la idea del derecho al debido proceso sin dilaciones injustificadas y de la prestación del servicio público a la administración de justicia con la observancia diligente de los términos procesales, so pena de sancionar su incumplimiento, ha determinado la construcción de una línea jurisprudencial, nacional[65] e interamericana[66], sobre la mora judicial, que parte del supuesto de que no todo incumplimiento de los términos procesales lesiona los derechos fundamentales, pues para que ello ocurra se requiere verificar la superación del plazo razonable y la inexistencia de un motivo válido que lo justifique. Este análisis se adelanta teniendo en cuenta (i) la complejidad del caso, (ii) la conducta procesal de las partes, (iii) la valoración global del procedimiento y (iv) los intereses que se debaten en el trámite. (...)

En esa medida, tendrá lugar la convalidación de la actuación judicial extemporánea en los términos del artículo 121 del CGP, bajo el razonamiento expuesto por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que se menciona en los fundamentos jurídicos 96 al 102 de la presente providencia, esto es: cuando lo que se pretenda sea la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial y la obtención de resultados normativos institucionales, siempre dentro del marco de la garantía del plazo razonable y el principio de la lealtad procesal.

Por el contrario, la actuación extemporánea del funcionario judicial no podrá ser convalidada y, por tanto, dará lugar a la pérdida de competencia, cuando en el caso concreto se verifique la concurrencia de los siguientes supuestos:

(i) Que la pérdida de competencia se alegue por cualquiera de las partes antes de que se profiera sentencia de primera o de segunda instancia. (ii) Que el incumplimiento del plazo fijado no se encuentre justificado por causa legal de interrupción o suspensión del proceso. (iii) Que no se haya prorrogado la competencia por parte de la autoridad judicial a cargo del trámite para resolver la instancia respectiva, de la manera prevista en el inciso quinto del artículo 121 del CGP. (iv) Que la conducta de las partes no evidencie un uso desmedido, abusivo o dilatorio de los medios de defensa judicial durante el trámite de la instancia correspondiente, que hayan incidido en el término de duración del proceso. (v) Que la sentencia de primera o de segunda

⁵ Sentencia 12908-2019 del 23 de septiembre de 2019; M.P Ariel Salazar Ramírez.

instancia, según corresponda, no se haya proferido en un plazo razonable.”⁶

6. Como ya se indicó, en el presente asunto ninguna de las partes reclamó la pérdida de competencia del juez de primer grado, y sólo al conocer los resultados adversos de la decisión propuso el demandante la nulidad, con base en un precepto que, se itera, no es aplicable a este asunto.

La conducta del apoderado de los demandantes, no se enmarca dentro de su deber de lealtad procesal, e inadmisibles es que finiquitado el asunto y prevalido de su propia omisión busque dejar sin efectos las decisiones judiciales que no le beneficiaron y revivir el debate procesal, pues como lo ha señalado la jurisprudencia:

“La Corte Constitucional ha mantenido una orientación jurisprudencial, respecto de la figura que se analiza en diversas providencias^[14], lo cual se justifica en la prohibición general de abusar del derecho propio como forma de acceder a ventajas indebidas o incluso INMERECHAS dentro del ordenamiento jurídico.^[15] Además, guarda coherencia con el principio de que nadie puede alegar a su favor su propia culpa, lo cual conduce a que eventualmente una acción de tutela resulte improcedente cuando los hechos desfavorables los ha generado el mismo interesado, como cuando por ejemplo no es advertida la curia o diligencia exigible en un proceso judicial.

Es que los derechos deben ejercerse de conformidad con el designio previsto por el Legislador. Pero ese ejercicio, a más de que lleva implícita una garantía en cabeza de su titular, al mismo tiempo comporta un deber y ello, no lo exonera, por tanto, de advertir la diligencia debida para el recto ejercicio de aquél.”⁷

Así las cosas, de lo anteriormente expuesto, emerge que “mal podría imponerse la sanción contemplada en la plurimencionada, disposición, cuando es evidente que las partes guardaron silencio sobre el término perentorio del artículo citado en precedencia antes de que se emitiera sentencia y, en esa medida, no se cumple con el presupuesto referenciado en la providencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción constitucional.”⁸

Habiéndose definido la primera instancia el 13 de noviembre de 2019, la finalidad de la administración de justicia aparece cumplida.

⁶ Corte Constitucional T-341 de 2018.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-213 de 28 de febrero de 2008 M.P. Jaime Araujo Rentería

⁸ Sentencia STL13139-2019 del 18 de septiembre de 2019; M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Se suma a lo consignado, el que la Corte Constitucional resolvió declarar inexecutable la expresión “*de pleno derecho*” contenida en el inciso 6 del artículo 121 de la ley 1564 de 2012, derroteros que han de tenerse en cuenta al momento de aplicar dicho precepto⁹.

7. Por lo demás, el silencio de las partes saneó cualquier irregularidad y ante él, la juzgadora no podía declarar su incompetencia (artículo 139 de la ley 1564 de 2012)

8. Dentro del contexto plasmado en precedencia, infundado emerge el reproche planteado; además que, en esta instancia y en sede de control de legalidad no se avizora actuación irregular que tenga la potencialidad de anular el proceso.

Decisión.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Civil, **RESUELVE:**

1. RECHAZAR la solicitud de nulidad planteada por el apoderado de la parte demandante.

2. Ejecutoriado regrese.

Notifíquese y cúmplase.



RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

⁹ Sentencia C443 de 2019, 25 de septiembre de 2019; M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Firmado Por:

**RUTH ELENA GALVIS VERGARA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 011 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.**

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

Código de verificación: **d0df4543293406336b6cd342f13f39b738007f59e58531ed5495d6d299d23300**

Documento generado en 10/09/2020 05:21:14 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SALA CIVIL

Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Proceso No. 110013103035201800442 01
Clase: VERBAL – RESPON. CIV. EXTRACONT.
Demandante: FABIÁN HERRERA PÁEZ
Demandados: AGRUPACIÓN DE VIVIENDA RAFAEL
NÚÑEZ y CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.

En orden a resolver el recurso de reposición que el demandante interpuso contra el auto del pasado 26 de agosto, mediante el cual, por ausencia de reparos concretos, se declaró desierta la apelación que interpuso contra la sentencia que el 5 de agosto de 2020 profirió el Juzgado 35 Civil del Circuito de esta ciudad, bastan las siguientes,

CONSIDERACIONES

El auto atacado se mantendrá incólume, puesto que no se advierte que la prueba decretada resulte impertinente, en los términos planteados por el censor.

Es sabido que el recurrente **debe** señalar las discrepancias que tiene con la decisión que ataca, debiendo, por tanto, cumplir estrictamente con los parámetros suficientemente decantados por la doctrina y la jurisprudencia.

El recurrente indistintamente ataca la deserción, con soporte en lo que, en su sentir, calificó como haber planteado ante el *a quo* como “argumentaciones al fallo”, cuando ello (la sustentación) es lo que se desarrolla precisamente en segunda instancia, en tanto lo que bastaba ante el operador de primer nivel, era simplemente “*manifestar las razones fácticas, probatorias y jurídicas de discrepancia con la decisión impugnada*”, anunciar los “**cargos concretos, y cuestionar las razones de la decisión o de los segmentos específicos que deben enmendarse**”, lo que, como se dijo en el auto recurrido, no acaeció (CSJ SC. 10223/2014 de 1° de agosto de 2014, exp. 2005-01034-01 M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, se subraya y resalta).

Ahora, cuando el reposicionista señala que solicitó al “*Juzgado 35 Civil del Circuito, se ordenara y nombrara perito para probar el tamaño de las barandas que rodean las escaleras del lugar donde se accidento el poderdante, así mismo el estado de las luces del tercer piso, queja registrada en la planilla de control de los supervisores del conjunto demandado*”, pero no “*ordenó el trabajo del perito, ni autorizó, su nombramiento, ni autorizo privadamente se hiciera el dictamen*”, antes que favorecerlo, lo perjudica, pues termina por aceptar que se trató de un acto procesal anterior a la sentencia, dejando de lado la exposición de las razones de su inconformidad contra los verdaderos argumentos en que se cimentó ese fallo.

Se itera, a riesgo de fatigar, que “[a]pelar no es ensayar argumentos disímiles o marginales que nada tengan que ver con lo decidido en la providencia impugnada, **es más bien endilgarle razones de desacuerdo al fallo cuestionado, esto es, [d]emostrar los desaciertos de la decisión para examinarla, y por tanto, el apelante debe formular los cargos concretos, y cuestionar las razones de la decisión o de los segmentos específicos que deben enmendarse, porque aquello que no sea objeto del recurso, no puede ser materia de decisión, salvo las autorizaciones legales necesarias y forzosas (art. 357 del C. de P. C., y 328 del C. G. del P.)**” (CSJ SC. 10223/2014 1º ago. Rad. 2005-01034-01; se resalta).

Así las cosas, se mantendrá indemne la determinación recurrida.

En mérito de lo expuesto, el suscrito magistrado,

RESUELVE

Mantener incólume en su totalidad el auto proferido el 26 de agosto de 2020, por las razones antes expuestas.

NOTIFÍQUESE



MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA
Magistrado.

110013103011201700431 01
Clase de Juicio: Apelación de Sentencia - Verbal
Accionante: ALVARO ROA ANGARITA
Accionado: HERNANDO SÁNCHEZ HENAO

**República de Colombia
Rama Judicial**



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

MAGISTRADA PONENTE: HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Bogotá, D.C., diez (10) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Previo a disponer sobre la admisibilidad del recurso de apelación de la sentencia de primer grado emitida en el asunto de la referencia, **REQUIÉRESE** por la Secretaría de esta Sala, al **Juzgado 11 Civil del Circuito de esta ciudad**, a fin de que en el término máximo de tres (03) días siguientes a la comunicación de esta providencia, remita con destino a este despacho, las siguientes piezas procesales faltantes e incompletas del expediente remitido digitalmente, que se relacionan así:

1)- Los folios 96,97,98,99, 144, 145, 281, 282, 286, y 298 del Cuaderno 1, en la medida que no fueron objeto de incorporación en tales archivos digitales escaneados y remitidos para la alzada.

110013103011201700431 01

Clase de Juicio: Apelación de Sentencia - Verbal

Accionante: ALVARO ROA ANGARITA

Accionado: HERNANDO SÁNCHEZ HENAO

2)- Copia legible de los folios 291, y 359 a 361 del cuaderno 1, toda vez que, la primera encuentra mal escaneada al estar doblado, y las segundas están borrosas, por lo que son inteligibles en su lectura.

Cúmplase,



HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Magistrada

(11201700431 01)

Firmado Por:

HILDA GONZALEZ NEIRA

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 009 SUPERIOR SALA CIVIL DE LA
CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA D.C.,**

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

Código de verificación:

**2922b71cafd6c92d4f76c59fa5d3cef7c8db1e683e6408fc6ce8a2f348
c22613**

Documento generado en 10/09/2020 05:07:29 p.m.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Bogotá, D. C., diez (10) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Rad. 014-2006-00401-04.

Devuélvase el expediente a la Secretaría para que surta en debida forma el traslado de la solicitud de nulidad formulada por la parte actora en este asunto.

CÚMPLASE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Julian Sosa Romero', is written over the typed name.

JULIAN SOSA ROMERO
Magistrado

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de agosto de dos mil veinte (2020).

**REF. PROCESO DECLARATIVO PROMOVIDO POR NICOLLE AROS
RESTREPO CONTRA YVONNE FRANCO S.A.S. RADICACIÓN 11001-
31-99-002-2018-00478-02.**

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 la parte actora y la médica ALBA ROCIO MUÑOZ GONZÁLEZ, por no haberse sustentado en esta instancia.

Descendiendo al caso concreto se colige que la parte demandante y la demandada ALBA ROCIO MUÑOZ GONZÁLEZ, 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 jurídica¹.

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 la parte accionante ni la demandada ALBA ROCIO MUÑOZ GONZÁLEZ, y por lo tanto, el camino a seguir era declararlo desierto por el Magistrado Ponente.

El Magistrado,



JULIÁN SOSA ROMERO

¹ Corte Constitucional. Sentencia SU-428 de 1998.

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de dos mil veinte (2020).

REF. PROCESO DECLARATIVO PROMOVIDO POR CARLOS EDUARDO MERCHÁN RAMOS Y OTROS CONTRA CONJUNTO RESIDENCIAL PASEO DE SANTA CATALINA P.H. Y OTRO. RADICACION 11001 31 030 18 201700363 01.

Con el acostumbrado respeto que me merecen los demás miembros de la Sala de Decisión, me aparto parcialmente del fallo proferido en el asunto de la referencia, por considerar que debió declararse desierto el recurso de apelación que interpuso el mandatario judicial del CONJUNTO RESIDENCIAL PASEO DE SANTA CATALINA P.H. 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 jurídica¹.

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,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Julián Sosa Romero', written over a horizontal line.

JULIÁN SOSA ROMERO

¹ Corte Constitucional. Sentencia SU-428 de 1998.